



**LA INTERVENCIÓN NOTARIAL COMO GARANTÍA DE LA
AUTODETERMINACIÓN: HACIA LA OBLIGATORIEDAD DEL INSTRUMENTO
PÚBLICO Y LA SUBSISTENCIA DEL PODER ANTE LA INCAPACIDAD
SUPERVINIENTE**

Tema I: Actos y contratos con efectos en terceras personas

Coordinador: Not. Rodolfo Vizcarra y subcoordinador Not. Claudio F. Rosselli

Autor: Not. Diana M. Sibaldi

Correo electrónico: daysibaldi@gmail.com

Categoría: Trabajo individual – Nuevo autor

Índice

PONENCIAS PROPUESTAS:	3
1. Introducción	6
2. Marco normativo y doctrinario	9
2.1. Regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación	9
2.2. Doctrina clásica y contemporánea sobre representación y mandato	9
2.3. Principios rectores	11
2.4. Derecho comparado	13
3. La intervención notarial como garantía de la autodeterminación	14
3.1. La función notarial en la tradición jurídica	15
4. La obligatoriedad del instrumento público	16
4.1. La forma como garantía de la voluntad	16
4.2. La intervención notarial como refuerzo de la forma	17
4.3. Principios rectores vinculados a la obligatoriedad del instrumento público	18
5. La ultraactividad del poder	19
5.1. Doctrina clásica sobre la extinción del poder	19
5.2. Doctrina contemporánea y crítica a la regla clásica	20
5.3. Principios vinculados a la ultraactividad del poder	21
6. Autonomía de la voluntad.	22
6.1. La autonomía de la voluntad y el poder	22
6.2. La autonomía de la voluntad y los derechos personalísimos	24
6.3. Doctrina clásica y contemporánea.	25
7. Propuesta de reforma.	26
8. Conclusiones	29
9. Bibliografía	31

PONENCIAS PROPUESTAS:

1. Obligatoriedad del instrumento público para la totalidad de los poderes.

La actual dualidad entre poderes privados y públicos genera inseguridad jurídica, riesgos de fraude y falta de certeza sobre la autenticidad y conservación de la voluntad del otorgante. Como señala Llambías, la escritura pública es *“la forma más idónea para garantizar la autenticidad y la conservación de los actos”*¹, y su ausencia abre la puerta a cuestionamientos sobre la validez y alcance del poder. La intervención notarial asegura identidad, fecha y contenido del acto, y cumple una función preventiva esencial, que Etchegaray describe, al referirse al notario, como *“custodio de la voluntad”*², subrayando que su participación no es un formalismo, sino una garantía sustantiva de legalidad y de respeto a la autonomía del otorgante.

2. La intervención notarial como garantía sustantiva de la autodeterminación.

La actuación del escribano no debe considerarse un mero requisito formal, sino un verdadero mecanismo de tutela de la autonomía de la voluntad. El notario, como depositario de la fe pública, asegura que el poderdante comprenda el alcance de sus actos, que su decisión sea libre y consciente, y que el documento otorgado goce de fijeza y legalidad, por lo que la doctrina contemporánea ha vinculado la función notarial con la protección de los derechos personalísimos. Alterini destaca que la intervención del notario asegura que la decisión adoptada en estado de plena capacidad prevalezca incluso frente a la incapacidad sobreviniente, evitando que un hecho biológico anule la autodeterminación previamente expresada, convirtiéndose el notario en un garante de la autonomía y en un actor clave para prevenir conflictos y fraudes en el tráfico jurídico³.

3. Reconocimiento de la ultraactividad del poder ante la incapacidad sobreviniente.

Se postula que la incapacidad del poderdante no debe extinguir automáticamente el poder si este fue otorgado en estado de plena capacidad y con previsión de subsistencia. La regla de extinción automática prevista en el artículo 380 del CCyC

¹ Llambías, J. J. Tratado de Derecho Civil. Parte General (Tomo I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1975.

² Etchegaray, N. P. Curso de Técnica Notarial. Módulo 5. representación. La Plata: Universidad Notarial Argentina. 2016.

³ Alterini, I. E. Representación. Buenos Aires: La Ley. 2023.

resulta anacrónica, pues desconoce la voluntad anticipada del individuo y obliga a recurrir a mecanismos judiciales de sustitución que muchas veces son más invasivos que protectores. Arévalo sostiene que los poderes preventivos constituyen un verdadero sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, evitando la judicialización innecesaria y respetando la decisión adoptada en estado de plena capacidad, siendo esto una forma de garantizar la autodeterminación y de adecuar el derecho argentino a los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006)⁴.

4. El poder preventivo como herramienta de protección de derechos personalísimos.

La vigencia del poder post incapacidad debe entenderse como una extensión de la identidad y dignidad del sujeto. El reconocimiento legal del poder preventivo permite que la voluntad anticipada del otorgante prevalezca sobre el evento biológico de la incapacidad, y de esta manera, se respeta la planificación patrimonial y personal realizada en estado de plena capacidad, alineándola con los estándares internacionales de derechos humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006), con jerarquía constitucional en Argentina, que exige que la capacidad jurídica sea reconocida en igualdad de condiciones, lo que refuerza la necesidad de que el poder preventivo tenga plena eficacia post-incapacidad.

5. Armonización con el bloque de constitucionalidad y el derecho comparado.

El régimen de poderes argentino debe evolucionar hacia modelos de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, siguiendo experiencias comparadas como el durable *power of attorney* en Estados Unidos y el *poder preventivo* introducido por la Ley 8/2021 en España. Estas figuras permiten que el poder subsista aun frente a la incapacidad del otorgante, siempre que haya sido previsto en estado de plena capacidad, evitando la sustitución judicial y respetando la voluntad anticipada. Entonces, la reforma resulta imperativa para cumplir con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006), y que establece que la capacidad jurídica debe reconocerse en igualdad de condiciones, priorizando la autonomía y la

⁴ Arévalo, E. J. La vigencia de los poderes preventivos en el derecho argentino. Revista Notarial, 983, 99-124. 2017

autodeterminación sobre los sistemas de sustitución. Como recuerda la Observación General N° 1 del Comité de La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *“la capacidad jurídica no puede restringirse por motivos de discapacidad”*, lo que obliga a repensar el poder desde un paradigma de apoyo y no de sustitución.

1. Introducción

El estudio de la representación voluntaria y del régimen de los poderes en el derecho argentino constituye un campo de especial relevancia tanto en la teoría jurídica como en la práctica notarial y judicial. La figura del poder, como manifestación de la voluntad anticipada de un sujeto que delega facultades en otro, se encuentra en el corazón de la dinámica del tráfico jurídico moderno. Su importancia radica en que permite la actuación de una persona en nombre y por cuenta de otra, proyectando efectos patrimoniales y personales que, en muchos casos, resultan decisivos para la vida del representado.

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) en 2015 supuso un cambio de paradigma respecto del régimen anterior, heredado del Código de Vélez Sarsfield. El nuevo sistema introdujo una arquitectura normativa que, si bien conserva las categorías clásicas de mandato y representación, las reordena bajo criterios de coherencia sistemática y de respeto por la autonomía de la voluntad. Sin embargo, esta transición no estuvo exenta de tensiones: la coexistencia de poderes otorgados por instrumento privado y por instrumento público, así como la extinción del poder por incapacidad sobreviniente del otorgante, han generado debates doctrinarios y jurisprudenciales que aún no encuentran una solución uniforme ^{5 6}.

El objetivo general es analizar los criterios doctrinarios y comparados actuales, que unifiquen la forma la intervención notarial en los poderes, bajo la exigencia del instrumento público, que regulen expresamente la subsistencia de los mismos ante la incapacidad sobreviniente.

Los objetivos específicos incluyen:

- Analizar importancia de la función del escribano.
- Fundamentar la necesidad de la forma impuesta.
- Desarrollar la tesis de la ultraactividad del poder.
- Examinar el principio de autonomía de la voluntad.

⁵ Etchegaray, N. P. Curso de Técnica Notarial. Módulo 5. Representación. La Plata: Universidad Notarial Argentina. 2016.

⁶ Tobías, J. W. Comentarios a los artículos 358-381 del CCyC. En Alterini, J. H. Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético (Tomo II). Buenos Aires: La Ley. 2019

- Proponer pautas para una reforma legislativa.

En este marco, el presente trabajo se propone constatar dos hipótesis de trabajo centrales que requieren una revisión crítica y una eventual reforma legislativa:

La primera hipótesis sostiene que la obligatoriedad del instrumento público para todos los poderes constituye una condición necesaria para garantizar la seguridad jurídica y la protección de la voluntad anticipada del otorgante. La hipótesis afirma que la intervención notarial no es un mero requisito formal, sino un mecanismo sustantivo de tutela de la autonomía y de prevención de conflictos, capaz de consolidar la certeza en el tráfico jurídico y de evitar riesgos de nulidad, fraude o litigios. En consecuencia, se plantea que la unificación del régimen bajo la exigencia del instrumento público es indispensable para reforzar la seguridad jurídica y para dar eficacia plena a las decisiones adoptadas en estado de capacidad.

La segunda hipótesis sostiene que la ultraactividad del poder debe ser reconocida como principio rector del régimen de poderes, en tanto la incapacidad sobreviniente del poderdante no debería extinguir el poder otorgado en estado de plena capacidad. La hipótesis afirma que el poder preventivo debe subsistir más allá de la incapacidad, siempre que así lo haya dispuesto expresamente el otorgante, evitando la judicialización innecesaria mediante curatelas o apoyos y garantizando continuidad en la representación. De este modo, la ultraactividad del poder se presenta como un mecanismo de planificación sucesoria y patrimonial, y como una herramienta de protección frente a la vulnerabilidad, alineada con los estándares internacionales en materia de capacidad jurídica y derechos humanos.

La relevancia práctica de estas cuestiones se evidencia en múltiples escenarios: poderes para administrar bienes, para representar en juicio, para disponer de inmuebles o para tomar decisiones médicas requieren un marco de certeza que evite conflictos posteriores. La informalidad en el otorgamiento de poderes puede derivar en nulidades, fraudes o litigios, mientras que la intervención notarial asegura conservación, autenticidad y fijeza de la voluntad. Asimismo, la discusión sobre la ultraactividad del poder se conecta con fenómenos contemporáneos como el envejecimiento poblacional, la discapacidad y la necesidad de sistemas de apoyo.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006), incorporada al derecho argentino con jerarquía constitucional, obliga a repensar la capacidad jurídica desde un paradigma de autonomía y no de sustitución. En este sentido, reconocer la vigencia del poder más allá de la incapacidad sobreviniente es una forma de respetar la decisión anticipada del individuo y de evitar intervenciones judiciales innecesarias. La Observación General N° 1 del Comité de La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad distingue entre capacidad jurídica y capacidad mental, subrayando que la primera no puede restringirse por razones de discapacidad. Esta distinción refuerza la idea de que la voluntad anticipada, expresada en un poder otorgado por instrumento público, debe prevalecer sobre la incapacidad posterior.

La doctrina argentina ha comenzado a explorar estas cuestiones. Etchegaray propone una armonización entre los incisos b y c del artículo 380, defendiendo la posibilidad de que ciertos poderes subsistan más allá de la incapacidad del otorgante⁷. Arévalo analiza la vigencia de los poderes preventivos en el derecho argentino, destacando su función como sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica⁸. Bressan también ha defendido la validez de los poderes vinculados a directivas anticipadas, especialmente en casos de discapacidad o enfermedad⁹.

El derecho comparado ofrece modelos inspiradores. En Estados Unidos, los “durable powers of attorney” permiten que el poder subsista aun cuando el otorgante pierde capacidad, siempre que así lo haya dispuesto. En España, la Ley 8/2021 introdujo la figura del poder preventivo, que mantiene su vigencia en caso de incapacidad del poderdante. Estos modelos muestran que es posible diseñar un régimen que respete la voluntad anticipada y que evite la necesidad de recurrir a mecanismos judiciales de sustitución.

En definitiva, la problemática del otorgamiento y extinción de los poderes en el derecho argentino exige una revisión crítica que combine rigor doctrinario, sensibilidad práctica y apertura comparada. La intervención notarial y la ultraactividad del poder se

⁷ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2022

⁸ Arévalo, E. J. Op. cit. 2017.

⁹ Bressan, P. E. Disposiciones para la propia incapacidad. Seminario virtual Laureano A. Moreira. Academia Nacional del Notariado. 2024

presentan como dos pilares fundamentales para garantizar la seguridad jurídica y la autonomía de la persona en el tráfico contemporáneo.

2. Marco normativo y doctrinario

2.1. Regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) regula la representación en los artículos 1319 a 1334, estableciendo que el representante actúa en nombre y por cuenta del representado, imputando los efectos del acto directamente a éste. La representación voluntaria se instrumenta principalmente a través del poder y del contrato de mandato (arts. 358-381).

El artículo 362 del CCyC dispone que el poder debe otorgarse por instrumento público cuando se trata de actos que requieren esa forma para su validez, como la disposición de inmuebles. Sin embargo, en otros casos admite el instrumento privado, lo que genera un régimen dual que, aunque coherente con la tradición jurídica, plantea problemas prácticos de seguridad y certeza¹⁰.

La extinción del poder se regula en el artículo 380, que establece como causales la revocación, la renuncia, la muerte o incapacidad del poderdante o apoderado, y el vencimiento del plazo. La incapacidad sobreviniente del poderdante extingue el poder, a pesar de haber sido otorgado en estado de plena capacidad. Esta disposición desconoce la voluntad anticipada y obliga a recurrir a mecanismos judiciales como la curatela o los apoyos, lo que resulta contrario al principio de autonomía de la voluntad¹¹.

2.2. Doctrina clásica y contemporánea sobre representación y mandato

La doctrina clásica del derecho civil analizó extensamente la representación y el mandato. Savigny concebía la representación como una técnica de imputación que permite que los efectos del acto recaigan directamente sobre el representado, sin necesidad de su intervención física¹². En tanto, Planiol y Ripert, en la tradición francesa, subrayaban que el mandato es un contrato de confianza, donde la voluntad del mandante se proyecta a través del mandatario, y que la forma es esencial para garantizar esa confianza¹³. Colin y Capitant insistieron en que la representación

¹⁰ Etcheagaray, N. P. Op. cit. 2016.

¹¹ Arévalo, E. J. Op. cit. 2017.

¹² Savigny, F. C. von. System des heutigen Römischen Rechts (Vol. III). Berlín: Veit und Comp. 1840.

¹³ Planiol, M., & Ripert, G. Traité pratique de droit civil français. París: LGDJ. 1939.

voluntaria exige claridad en la delimitación de facultades, para evitar abusos y proteger tanto al mandante como a los terceros¹⁴.

En la doctrina argentina, Borda destacó la importancia del mandato como contrato de colaboración, pero advirtió sobre los riesgos de poderes generales excesivos¹⁵. En tanto, Llambías subrayó la necesidad de que el poder sea otorgado con precisión y autenticidad, defendiendo la intervención notarial como garantía de seguridad¹⁶.

La doctrina contemporánea ha ampliado y profundizado estas ideas, vinculándolas con la función notarial y con la protección de la autonomía de la persona. Alterini insiste en la función del escribano como custodio de la voluntad, asegurando que el acto se ajuste a la legalidad y que la decisión del otorgante sea respetada en su integridad¹⁷. Etchegaray ha desarrollado la importancia de la forma pública en el otorgamiento de poderes, destacando que el notario garantiza la autenticidad y la conservación del acto^{18 19 20}. Acquarone analiza la representación necesaria en casos de incapacidad, destacando la importancia de la intervención notarial para asegurar la legitimación y la validez de los actos²¹. Y Urbaneja coincide en que la intervención notarial transforma al poder en una herramienta sólida para la protección de derechos personalísimos y patrimoniales²².

En cuanto a la extinción del poder, la doctrina clásica aceptaba la incapacidad como causal automática, pero la doctrina contemporánea ha comenzado a cuestionar esta regla. Autores como Arévalo²³ y Bressan²⁴ defienden la vigencia de los poderes preventivos, que subsisten más allá de la incapacidad del otorgante, en consonancia con el principio de autonomía de la voluntad y con los estándares internacionales en materia de capacidad jurídica.

¹⁴ Colin, A., & Capitant, H. Cours élémentaire de droit civil français. París: Dalloz. 1953.

¹⁵ Borda, G. Tratado de Derecho Civil. Parte General (Tomo I). Buenos Aires: La Ley. 1998.

¹⁶ Llambías, J. J. Tratado de Derecho Civil. Parte General (Tomo I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1975.

¹⁷ Alterini, I. E. Representación. Buenos Aires: La Ley. 2023.

¹⁸ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2016.

¹⁹ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2022.

²⁰ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2024.

²¹ Acquarone, M. T. Poderes, representación y mandato. Buenos Aires: Di Lalla. 2020.

²² Urbaneja, M. J. Comentarios a los artículos 1319-1334 del CCyC. En López Mesa, M. J. (Dir.). Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Buenos Aires: Hammurabi. 2023.

²³ Arévalo, E. J. Op. cit. 2017.

²⁴ Bressan, P. E. Op. cit. 2024.

2.3. Principios rectores

El análisis normativo y doctrinario revela que la interpretación y eventual reforma del régimen de poderes debe estar guiada por principios estructurales del derecho civil y notarial. Estos principios, reconocidos tanto por la doctrina clásica como por la contemporánea, constituyen el fundamento conceptual para justificar la obligatoriedad del instrumento público y la ultraactividad del poder.

- Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad es el principio rector del derecho privado moderno. Desde Savigny, quien concebía la voluntad individual como fuente de las obligaciones²⁵, hasta Planiol y Ripert, que la entendían como base del derecho civil, la doctrina clásica ha subrayado que la libertad de decidir es el núcleo de la vida jurídica ²⁶.

En Argentina, Llambías²⁷ y Borda²⁸ reafirmaron que la autonomía de la voluntad permite a los individuos organizar sus relaciones jurídicas, siempre dentro de los límites de la ley y el orden público.

La doctrina contemporánea ha ampliado este principio, vinculándolo con los derechos personalísimos y con los tratados internacionales de derechos humanos. Alterini sostiene que la autonomía de la voluntad exige que la decisión adoptada en estado de plena capacidad prevalezca sobre la incapacidad sobreviniente²⁹. Arévalo³⁰ y Bressan³¹ destacan que los poderes preventivos son una herramienta para garantizar la autodeterminación, evitando la sustitución judicial.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006) refuerza esta concepción, reconociendo el derecho de las personas a ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

- Seguridad jurídica

La seguridad jurídica exige que los actos sean claros, auténticos y comprobables. La doctrina clásica ya había advertido que la forma solemne cumple una función de

²⁵ Savigny, F. C. von. Op. cit. 1840.

²⁶ Planiol, M., & Ripert, G. Op. cit. 1939.

²⁷ Llambías, J. J. Op. cit. 1975.

²⁸ Borda, G. Op. cit. 1998.

²⁹ Alterini, I. E. Op. cit. 2023.

³⁰ Arévalo, E. J. Op. cit. 2017.

³¹ Bressan, P. E. Op. cit. 2024.

garantía: Colin y Capitant subrayaron que la escritura pública ofrece autenticidad y conservación, protegiendo tanto a las partes como a los terceros ³².

En la doctrina argentina, Llambías defendió la escritura pública como la forma más idónea para garantizar la autenticidad y la conservación de los actos³³. Etchegaray³⁴ y Urbaneja³⁵ coinciden en que la intervención notarial transforma al poder en una herramienta sólida para la protección de derechos personalísimos y patrimoniales.

La seguridad jurídica se logra mediante el instrumento público, que ofrece garantías de identidad, fecha, contenido y conservación, asegurando que los poderes sean válidos y oponibles frente a terceros.

- Protección de la persona vulnerable

La protección de la persona vulnerable obliga a diseñar mecanismos que respeten la voluntad anticipada y que eviten la sustitución indebida. La doctrina contemporánea ha vinculado este principio con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige reconocer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones y evitar restricciones basadas en discapacidad.

Acquarone destaca que el poder es una herramienta para garantizar la autodeterminación del individuo, especialmente en escenarios de vulnerabilidad³⁶. Este principio exige que la reforma legislativa contemple la figura del poder preventivo, que subsista más allá de la incapacidad del otorgante, evitando la judicialización innecesaria y respetando la voluntad anticipada.

- Tutela de la buena fe

La buena fe objetiva es un principio fundamental del derecho civil, reconocido tanto por la doctrina clásica como por la contemporánea. Planiol y Ripert ya habían advertido que la buena fe protege la confianza legítima de los terceros en los actos jurídicos³⁷.

³² Colin, A., & Capitant, Op. cit. 1953.

³³ Llambías, J. J. Op. cit. 1975.

³⁴ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2016.

³⁵ Urbaneja, M. J. Op. cit. 2023.

³⁶ Acquarone, M. T. Op. cit. 2020.

³⁷ Planiol, M., & Ripert, G. Op. cit. 1939.

En Argentina, Borda³⁸ y Llambías³⁹ subrayaron que la buena fe exige que los actos sean claros y auténticos, para que los terceros no se vean perjudicados por defectos formales o por dudas sobre la capacidad del otorgante.

La tutela de la buena fe garantiza que los terceros contratantes puedan confiar en la validez de los poderes otorgados por escritura pública, fortaleciendo la seguridad del tráfico jurídico y evitando conflictos.

- Función preventiva del notariado

La función preventiva del notariado ha sido destacada tanto por la doctrina clásica como por la contemporánea. El notario no solo autentica documentos, sino que previene conflictos, asegurando que la voluntad expresada sea clara y que el acto se ajuste a la legalidad.

Savigny ya había advertido que la forma solemne protege la voluntad y previene errores⁴⁰. Llambías⁴¹ y Borda⁴² defendieron la intervención notarial como garantía de autenticidad y conservación.

La doctrina contemporánea ha reforzado esta idea: Etchegaray sostiene que el notario actúa como “custodio de la voluntad”, asegurando que el acto se ajuste a la legalidad y que la decisión del otorgante sea respetada en su integridad⁴³. Hersalis enfatiza que el instrumento público cumple una función de control de legalidad y de garantía de autenticidad⁴⁴.

La función preventiva del notariado refuerza la necesidad de la intervención notarial en todos los poderes, asegurando que la voluntad anticipada sea clara, libre y comprobable.

2.4. Derecho comparado

El derecho comparado ofrece modelos inspiradores que pueden orientar una reforma legislativa en Argentina.

³⁸ Borda, G. Op. cit. 1998.

³⁹ Llambías, J. J. Op. cit. 1975.

⁴⁰ Savigny, F. C. von. Op. cit.. 1840.

⁴¹ Llambías, J. J. Op. cit.. 1975.

⁴² Borda, G. Op. cit.. 1998.

⁴³ Etchegaray, N. P. Op. cit.. 2016.

⁴⁴ Hersalis, M. E. Op. cit.. 2020.

En Estados Unidos, los “durable powers of attorney” permiten que el poder subsista aun cuando el otorgante pierde capacidad, siempre que así lo haya dispuesto expresamente. Estos poderes se utilizan ampliamente en la planificación patrimonial y en la toma de decisiones médicas, evitando la necesidad de recurrir a procesos judiciales de tutela. En España, la Ley 8/2021 introdujo la figura del poder preventivo, que mantiene su vigencia en caso de incapacidad del poderdante. Este modelo se alinea con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y refuerza el principio de autonomía de la voluntad. En Alemania, el “Vorsorgevollmacht” (poder de previsión) permite que una persona designe a un apoderado para que actúe en caso de incapacidad. Este poder debe otorgarse por escrito y, en muchos casos, se recomienda la intervención notarial para garantizar su validez y autenticidad.

El “mandat de protection future” de Francia permite que una persona designe a un apoderado para que actúe en caso de incapacidad futura. Este poder debe otorgarse por escritura pública o por acto bajo firma privada registrado, y ofrece una herramienta de planificación patrimonial y personal. Finalmente, la doctrina italiana ha desarrollado la figura del poder irrevocable y del poder en previsión de incapacidad, reconociendo la validez de cláusulas que extienden la vigencia del poder más allá de la incapacidad del otorgante.

Estos modelos muestran que es posible diseñar un régimen que respete la voluntad anticipada y que evite la necesidad de recurrir a mecanismos judiciales de sustitución. La intervención notarial se presenta como un elemento común en muchos de estos sistemas, reforzando la idea de que el instrumento público es la forma más segura y adecuada para otorgar poderes.

3. La intervención notarial como garantía de la autodeterminación

La intervención notarial en el otorgamiento de poderes no es un mero requisito formal: constituye un verdadero mecanismo de tutela de la voluntad individual y de prevención de conflictos. El escribano, cumple una función que trasciende la autenticación de firmas o la constatación de hechos. Su rol se vincula con la protección de la autonomía de la persona, asegurando que la decisión adoptada sea clara, libre y comprobable, y que se proyecte en el tiempo con la fuerza de un acto jurídico sólido.

La autodeterminación implica que cada persona tiene derecho a decidir sobre su vida y su patrimonio, incluso anticipando escenarios de incapacidad. El poder es una herramienta de autodeterminación, pues permite que el individuo designe a alguien

de confianza para actuar en su nombre. Sin embargo, esta herramienta solo es eficaz si la voluntad expresada es clara, libre y comprobable.

La intervención notarial garantiza que:

- El compareciente comprende el alcance del poder que está otorgando.
- La decisión se adopta en estado de plena capacidad y discernimiento.
- El documento refleja fielmente la voluntad del otorgante.
- El poder se conserva en protocolos notariales, evitando su pérdida o alteración.
- Los terceros contratantes pueden confiar en la validez del poder.

En este sentido, el notario no solo autoriza un documento, sino que protege la autonomía del individuo, asegurando que su voluntad anticipada sea respetada incluso en escenarios de vulnerabilidad.

3.1. La función notarial en la tradición jurídica

Autores clásicos del derecho civil ya habían advertido sobre la importancia de la forma y de la intervención de terceros imparciales en la documentación de la voluntad. Savigny concebía la representación como una técnica de imputación que exige certeza en la manifestación de la voluntad, pues de lo contrario se compromete la seguridad del tráfico jurídico⁴⁵. Planiol y Ripert subrayaban que el mandato es un contrato de confianza, y que la forma solemne refuerza esa confianza, protegiendo tanto al mandante como al mandatario y a los terceros⁴⁶. Colin y Capitant insistieron en que la intervención de un notario asegura que la voluntad no sea producto de error, dolo o violencia, y que el acto pueda ser defendido frente a cualquier cuestionamiento⁴⁷.

En la doctrina argentina, Llambías destacó que la escritura pública es la forma más idónea para garantizar la autenticidad y la conservación de los actos, y que el notario cumple una función preventiva esencial⁴⁸. Borda reconoció que el mandato es un contrato de colaboración, pero advirtió que la informalidad puede dar lugar a abusos, por lo que defendió la necesidad de reforzar los mecanismos de control⁴⁹.

⁴⁵ Savigny, F. C. von. Op. cit. 1840.

⁴⁶ Planiol, M., & Ripert, G. Op. cit. 1939.

⁴⁷ Colin, A., & Capitant, H. Op. cit. 1953.

⁴⁸ Llambías, J. J. Op. cit. 1975.

⁴⁹ Borda, G. Op. Cit. 1998.

La doctrina contemporánea ha retomado estas ideas, vinculándolas con el principio de autonomía de la voluntad y con la protección de derechos personalísimos. Etchegaray sostiene que el notario actúa como “custodio de la voluntad”, asegurando que el acto se ajuste a la legalidad y que la decisión del otorgante sea respetada en su integridad⁵⁰. Urbaneja agrega que la matriz (protocolo) ofrece seguridad en términos de conservación, autenticidad y fijeza de la voluntad, evitando que el documento se pierda, se altere o se cuestione⁵¹.

Además, la doctrina notarial argentina ha insistido en la función preventiva del notariado. Alterini señala que la intervención notarial evita conflictos posteriores, pues asegura que el acto sea válido y eficaz frente a terceros⁵². Acquarone destaca que la informalidad en el otorgamiento de poderes puede generar riesgos graves, especialmente en operaciones patrimoniales de alto valor⁵³.

Hersalis enfatiza que el instrumento público no solo cumple una función probatoria, sino también de control de legalidad y de garantía de autenticidad⁵⁴. El escribano verifica la capacidad y el discernimiento del otorgante, advierte sobre los riesgos del acto y asegura que la decisión se ajuste a la legalidad.

4. La obligatoriedad del instrumento público

La exigencia de que los poderes se otorguen por instrumento público no es una cuestión meramente formal, sino que responde a principios estructurales del derecho privado y del derecho notarial. La escritura pública, como forma solemne, cumple una función de garantía de la voluntad, de seguridad jurídica y de tutela de la buena fe. La coexistencia de poderes otorgados por instrumento privado y por instrumento público, prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), genera una dualidad que, lejos de aportar flexibilidad, introduce incertidumbre y riesgos en el tráfico jurídico.

4.1. La forma como garantía de la voluntad

La doctrina clásica del derecho civil ha subrayado la importancia de la forma en los actos jurídicos.

⁵⁰ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2016.

⁵¹ Urbaneja, M. J. Op cit. 2023.

⁵² Alterini, I. E. Op cit. 2023.

⁵³ Acquarone, M. T. Op cit. 2020.

⁵⁴ Hersalis, M. E. Op cit. 2020.

Savigny entendía que la forma es un medio de protección de la voluntad, pues asegura que la decisión adoptada sea clara y verificable⁵⁵. Planiol y Ripert sostenían que la forma solemne refuerza la confianza en los actos jurídicos, protegiendo tanto a las partes como a los terceros⁵⁶. Colin y Capitant destacaron que la escritura pública ofrece una garantía de autenticidad y de conservación que no puede ser reemplazada por documentos privados⁵⁷.

En la doctrina argentina, Llambías defendió la escritura pública como la forma más idónea para garantizar la autenticidad y la conservación de los actos, subrayando que la intervención notarial cumple una función preventiva esencial⁵⁸. Borda reconoció que la forma solemne no es un mero ritual, sino una garantía de seguridad jurídica, especialmente en actos de disposición patrimonial⁵⁹.

La escritura pública, en este sentido, no solo cumple una función probatoria, sino también constitutiva: asegura que el acto sea válido y eficaz, y que la voluntad expresada sea respetada en su integridad.

4.2. La intervención notarial como refuerzo de la forma

La intervención del notario en el otorgamiento de poderes refuerza la función de la forma. El escribano, como oficial público, verifica la identidad y la capacidad del otorgante, asegura que la decisión sea libre y consciente, y conserva el documento en protocolos notariales.

Etchegaray sostiene que el notario actúa como “custodio de la voluntad”, asegurando que el acto se ajuste a la legalidad y que la decisión del otorgante sea respetada en su integridad⁶⁰. Urbaneja agrega que la matriz notarial ofrece seguridad en términos de conservación, autenticidad y fijeza de la voluntad, evitando que el documento se pierda, se altere o se cuestione⁶¹.

Hersalis enfatiza que el instrumento público no solo cumple una función probatoria, sino también de control de legalidad y de garantía de autenticidad⁶². El escribano

⁵⁵ Savigny, F. C. von. Op. cit. 1840.

⁵⁶ Planiol, M., & Ripert, G. Op. cit. 1939.

⁵⁷ Colin, A., & Capitant, Op. cit. 1953.

⁵⁸ Llambías, J. J. Op. cit. 1975.

⁵⁹ Borda, G. Op. cit. 1998.

⁶⁰ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2016.

⁶¹ Urbaneja, M. J. Op. cit. 2023.

⁶² Hersalis, M. E. Op. cit.. 2020.

verifica la capacidad y el discernimiento del otorgante, advierte sobre los riesgos del acto y asegura que la decisión se ajuste a la legalidad.

4.3. Principios rectores vinculados a la obligatoriedad del instrumento público

La obligatoriedad del instrumento público se vincula directamente con varios principios rectores que han sido destacados tanto por la doctrina clásica como por la contemporánea.

- Autonomía de la voluntad: La escritura pública asegura que la decisión adoptada sea libre y consciente, respetando la autodeterminación del individuo. Como señala Alterini, la intervención notarial garantiza que la voluntad expresada en estado de plena capacidad prevalezca incluso frente a la incapacidad sobreviniente, evitando que el evento biológico anule la decisión anticipada⁶³.

- Seguridad jurídica: La escritura pública ofrece certeza sobre la identidad, la fecha y el contenido del poder, protegiendo tanto al otorgante como a los terceros. Llambías subrayaba que la escritura pública es la forma más idónea para asegurar la autenticidad y conservación de los actos, constituyendo una garantía preventiva frente a futuros litigios⁶⁴.

- Tutela de la buena fe: Los terceros contratantes pueden confiar en la validez del poder otorgado por escritura pública, lo que fortalece la seguridad del tráfico jurídico. Planiol y Ripert afirmaban que “le mandat est un contrat de confiance”, destacando que la forma solemne refuerza esa confianza y protege la buena fe de quienes contratan con el apoderado⁶⁵.

- Función preventiva del notariado: El notario no solo autentica documentos, sino que previene conflictos, asegurando que el acto sea válido y eficaz, y que la voluntad anticipada sea respetada. Etchegaray sostiene que el escribano actúa como “custodio de la voluntad”, verificando capacidad y discernimiento, y asegurando que el acto se ajuste a la legalidad⁶⁶.

- Protección de la persona vulnerable: La intervención notarial evita que se otorguen poderes en situaciones de vulnerabilidad o manipulación, reforzando la tutela de los derechos personalísimos. Acquarone enfatiza que la representación en casos de

⁶³ Alterini, I. E. Op. cit. 2023.

⁶⁴ Llambías, J. J. Op. cit. 1975.

⁶⁵ Planiol, M., & Ripert, G. Op. cit. 1939.

⁶⁶ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2016.

incapacidad requiere la intervención notarial para garantizar legitimación y validez, evitando abusos y sustituciones indebidas⁶⁷.

5. La ultraactividad del poder

La problemática de la vigencia del poder cuando sobreviene la incapacidad del otorgante constituye un punto neurálgico en el derecho civil contemporáneo, porque pone en tensión dos valores fundamentales: la seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad. El artículo 380 del CCyC mantiene la regla de extinción automática, heredera de la tradición clásica, que entendía la representación como inseparable de la capacidad de ejercicio. Sin embargo, esta solución se revela insuficiente en un contexto donde la persona puede prever y organizar su vida jurídica más allá de su capacidad futura. La norma, al desconocer la voluntad anticipada, obliga a recurrir a mecanismos judiciales de sustitución como la curatela o los apoyos, que muchas veces resultan más invasivos y burocráticos que protectores.

En la práctica, esto genera un vacío: aun cuando el otorgante haya designado expresamente a un apoderado para actuar en caso de incapacidad, la ley impide que esa previsión tenga eficacia, lo que contradice el principio de respeto a la dignidad y a la autodeterminación personal. Por ello, la discusión sobre la ultraactividad del poder no es meramente técnica, sino que se vincula con la necesidad de adaptar el derecho civil a los estándares contemporáneos de derechos humanos y protección de la persona vulnerable.

5.1. Doctrina clásica sobre la extinción del poder

La doctrina civilista tradicional consideraba que la incapacidad del otorgante debía extinguir el poder porque la representación se concebía como una prolongación de la capacidad del otorgante. Bajo esta perspectiva, el apoderado no era más que un “brazo jurídico” del poderdante, y su actuación dependía de que éste conservara plena capacidad de ejercicio. La pérdida de discernimiento se entendía como una ruptura absoluta de la voluntad, que impedía proyectarla en el tiempo. Esta concepción respondía a un modelo patrimonialista y formalista del derecho civil, donde la capacidad era vista como un requisito rígido y excluyente, y donde la protección de los terceros se lograba mediante la extinción automática del poder.

En este esquema, la voluntad anticipada carecía de relevancia, porque se consideraba que la persona incapaz no podía mantener decisiones previas. El resultado era un

⁶⁷ Acquarone, M. T. Op. cit. 2020.

sistema que privilegiaba la certeza formal sobre la continuidad de la voluntad, y que dejaba a la persona vulnerable bajo la tutela judicial, sin posibilidad de que sus previsiones personales fueran respetadas.

Savigny entendía que la representación es una técnica de imputación que presupone la capacidad del representado; si éste pierde capacidad, la imputación deja de ser posible⁶⁸. Planiol y Ripert sostenían que el mandato es un contrato de confianza que requiere la capacidad del mandante para subsistir; la incapacidad sobreviniente rompe esa confianza y extingue el vínculo⁶⁹. Colin y Capitant afirmaban que la incapacidad del mandante impide que el mandatario continúe actuando en su nombre, porque ya no existe una voluntad válida que pueda proyectarse⁷⁰.

En la doctrina argentina, Llambías⁷¹ y Borda⁷² siguieron esta línea, considerando que la incapacidad del otorgante extingue el poder, pues la representación se basa en la capacidad de ejercicio del otorgante.

Esta concepción clásica se apoyaba en una visión patrimonialista y formalista de la capacidad, donde la pérdida de discernimiento anulaba la posibilidad de proyectar la voluntad en el tiempo.

5.2. Doctrina contemporánea y crítica a la regla clásica

La doctrina contemporánea ha comenzado a cuestionar esta regla, en consonancia con el principio de autonomía de la voluntad y con los estándares internacionales en materia de capacidad jurídica. A diferencia de la visión clásica, hoy se reconoce que la capacidad no es un atributo absoluto, sino un derecho que debe ejercerse con apoyos y mecanismos que permitan su continuidad. La incapacidad sobreviniente no debería anular automáticamente la voluntad anticipada, porque ello implica desconocer la decisión adoptada en estado de plena capacidad. En este sentido, los poderes preventivos se presentan como instrumentos de planificación y protección, que permiten a la persona organizar su vida patrimonial y personal frente a escenarios de vulnerabilidad.

La crítica contemporánea también se apoya en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige respetar la capacidad jurídica en igualdad

⁶⁸ Savigny, F. C. von. Op. cit. 1840.

⁶⁹ Planiol, M., & Ripert, G. Op. cit. 1939.

⁷⁰ Colin, A., & Capitant, Op. cit. 1953.

⁷¹ Llambías, J. J. Op. cit. 1975.

⁷² Borda, G. Op. cit. 1998.

de condiciones y evitar sustituciones indebidas. Desde esta perspectiva, la extinción automática del poder por incapacidad resulta anacrónica, porque desconoce la posibilidad de que la persona haya previsto expresamente quién debía representarla. La doctrina moderna, por tanto, propone una reinterpretación del artículo 380 del CCyC, orientada a reconocer la ultraactividad del poder como garantía de autonomía, seguridad y dignidad.

Etchegaray⁷³ propone una armonización del artículo 380, defendiendo la posibilidad de que ciertos poderes subsistan más allá de la incapacidad del otorgante, especialmente cuando se trata de poderes preventivos. Arévalo analiza la vigencia de los poderes preventivos en el derecho argentino, destacando su función como sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica⁷⁴. Bressan defiende la validez de los poderes vinculados a directivas anticipadas, especialmente en casos de discapacidad o enfermedad, como una forma de respetar la voluntad anticipada y de evitar la judicialización innecesaria⁷⁵. Alterini subraya que la autonomía de la voluntad exige que la decisión adoptada en estado de plena capacidad prevalezca sobre la incapacidad sobreviniente, evitando que el evento biológico de la incapacidad anule la voluntad anticipada⁷⁶.

La crítica contemporánea se apoya en una concepción más amplia de la capacidad, vinculada con los derechos humanos y con la protección de la persona vulnerable. La incapacidad no debería anular automáticamente la voluntad anticipada, sino que debería respetarse la decisión adoptada en estado de plena capacidad.

La reforma legislativa debería, por tanto, reconocer expresamente la vigencia de los poderes preventivos más allá de la incapacidad del otorgante, estableciendo que la voluntad anticipada prevalece sobre la incapacidad sobreviniente. De este modo, el poder se convierte en una herramienta de continuidad jurídica y de protección integral, alineada con los principios de autonomía, seguridad y dignidad de la persona.

5.3. Principios vinculados a la ultraactividad del poder

La tesis de la ultraactividad del poder se vincula con varios principios rectores:

⁷³ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2022.

⁷⁴ Arévalo, E. J. Op. cit. 2017.

⁷⁵ Bressan, P. E. Op. cit. 2024.

⁷⁶ Alterini, I. E. Op. cit. 2023.

- Autonomía de la voluntad: Reconoce el derecho del individuo a decidir sobre su vida y su patrimonio, incluso anticipando escenarios de incapacidad. La decisión adoptada en estado de plena capacidad debe prevalecer sobre la incapacidad sobreviniente.
- Seguridad jurídica: La subsistencia del poder asegura que los actos realizados por el apoderado sean válidos y oponibles, evitando conflictos y litigios.
- Protección de la persona vulnerable: El poder preventivo permite que la persona designe a alguien de confianza para actuar en su nombre en caso de incapacidad, evitando la sustitución judicial y respetando su voluntad anticipada.
- Tutela de la buena fe: Los terceros contratantes pueden confiar en la validez del poder, incluso en escenarios de incapacidad, lo que fortalece la seguridad del tráfico jurídico.
- Función preventiva del notariado: El notario, como depositario de la fe pública, verifica la capacidad y el discernimiento del otorgante al momento de otorgar el poder, asegurando que la decisión sea libre y consciente, y que pueda proyectarse en el tiempo.

La ultraactividad del poder debe ser concebida como un instrumento de planificación sucesoria y de protección frente a la vulnerabilidad. En el plano patrimonial, permite organizar la administración de bienes y decisiones futuras, evitando la paralización de negocios y la necesidad de intervención judicial. En el plano personal, asegura que la voluntad anticipada del individuo sea respetada, incluso en escenarios de incapacidad, reforzando su dignidad y autonomía.

6. Autonomía de la voluntad.

6.1. La autonomía de la voluntad y el poder.

Entender el principio de autonomía de la voluntad, en el marco del poder, exige reconocer que la decisión adoptada en estado de plena capacidad no puede quedar subordinada al evento biológico de la incapacidad posterior. La regla del artículo 380 del CCyC, al extinguir el poder por incapacidad del otorgante, refleja una concepción clásica que vinculaba la representación con la capacidad de ejercicio, pero que hoy aparece como insuficiente frente a los estándares contemporáneos de derechos humanos y de respeto a la dignidad personal. La autonomía de la voluntad, como principio rector del derecho privado, implica que las personas puedan organizar su

vida jurídica y patrimonial anticipando escenarios de vulnerabilidad, y que esas decisiones tengan eficacia más allá de la pérdida de discernimiento.

La doctrina contemporánea ha insistido en que la voluntad expresada en estado de plena capacidad debe prevalecer sobre la incapacidad sobreviniente. Alterini subraya que la autonomía no puede ser anulada por un hecho biológico, porque ello implicaría desconocer la autodeterminación del individuo⁷⁷. En la misma línea, Arévalo destaca que los poderes preventivos constituyen un mecanismo de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, evitando la judicialización innecesaria y respetando la voluntad anticipada⁷⁸. Bressan ha defendido la validez de los poderes vinculados a directivas anticipadas, especialmente en casos de discapacidad o enfermedad, como una forma de garantizar que la persona mantenga el control sobre sus decisiones incluso en escenarios de vulnerabilidad⁷⁹.

La intervención notarial cumple aquí un papel esencial, al otorgarse el poder en escritura pública, el notario verifica la capacidad y el discernimiento del otorgante, asegurando que la decisión sea libre y consciente. Etchegaray describe al notario como “custodio de la voluntad”, lo que refuerza la idea de que el poder otorgado en estado de plena capacidad debe proyectarse en el tiempo con plena validez y eficacia⁸⁰. De este modo, la autonomía de la voluntad se convierte en un principio operativo que no solo legitima el acto en el momento de su otorgamiento, sino que también exige que se respete en el futuro, evitando que la incapacidad posterior lo anule.

La judicialización mediante curatelas o apoyos, cuando ya existe un apoderado designado, aparece como una solución innecesaria y muchas veces contraria al interés del propio sujeto. Obligar a la persona vulnerable a someterse a un proceso judicial para designar un representante, cuando ya lo había previsto en estado de capacidad, implica desconocer su voluntad anticipada y someterla a un esquema de sustitución que puede resultar más invasivo que protector. La autonomía de la voluntad, en cambio, permite que la persona organice su vida jurídica de manera coherente y continua, asegurando que sus decisiones sean respetadas incluso en escenarios de incapacidad.

⁷⁷ Alterini, I. E. Op. cit. 2023.

⁷⁸ Arévalo, E. J. Op. cit. 2017.

⁷⁹ Bressan, P. E. Op. cit. 2024.

⁸⁰ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2016.

En definitiva, la incapacidad sobreviniente no debería extinguir automáticamente el poder, sino que debe reconocerse la ultraactividad del poder como garantía de respeto a la voluntad anticipada, de seguridad jurídica para los terceros y de protección integral de la persona vulnerable. La autonomía de la voluntad, entendida en su dimensión moderna, exige que la decisión adoptada en estado de plena capacidad prevalezca sobre la incapacidad posterior, evitando la judicialización innecesaria y consolidando al poder como un instrumento de planificación sucesoria y de protección personal.

6.2. La autonomía de la voluntad y los derechos personalísimos.

La autonomía de la voluntad no puede entenderse únicamente como un principio rector del derecho patrimonial, sino como una manifestación directa de los derechos personalísimos. Cuando una persona otorga un poder en estado de plena capacidad, está ejerciendo su derecho a decidir sobre su vida, su cuerpo y su patrimonio, proyectando esa decisión hacia el futuro. La extinción automática del poder por incapacidad, prevista en el artículo 380 del CCyC, desconoce esa dimensión personalísima de la autonomía, porque reduce la voluntad a un mero acto patrimonial y la subordina a un evento biológico. En cambio, reconocer la ultraactividad del poder implica afirmar que la voluntad anticipada es una extensión de la identidad y dignidad del sujeto, y que debe ser respetada como parte de sus derechos personalísimos.

La doctrina contemporánea ha insistido en este vínculo. Alterini señala que la autonomía de la voluntad exige que la decisión adoptada en estado de capacidad prevalezca sobre la incapacidad sobreviniente, porque lo contrario implicaría desconocer la autodeterminación personal⁸¹. Arévalo agrega que los poderes preventivos funcionan como un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, evitando la judicialización innecesaria y respetando la voluntad anticipada⁸². En ambos casos, la autonomía no se concibe como un mero principio abstracto, sino como un derecho personalísimo que protege la continuidad de las decisiones vitales del individuo.

La intervención notarial refuerza este vínculo entre autonomía y derechos personalísimos. Al otorgarse el poder en escritura pública, el notario verifica la capacidad y el discernimiento del otorgante, asegurando que la decisión sea libre y

⁸¹ Alterini, I. E. Op. cit. 2023.

⁸² Arévalo, E. J. Op. cit. 2017.

consciente. Etchegaray describe al notario como “custodio de la voluntad”, lo que significa que el poder otorgado en estado de plena capacidad no es solo un acto patrimonial, sino una manifestación de la personalidad jurídica del individuo⁸³. De este modo, la escritura pública se convierte en un instrumento que protege tanto la autonomía como los derechos personalísimos, garantizando que la voluntad anticipada pueda proyectarse en el tiempo.

En definitiva, la autonomía de la voluntad y los derechos personalísimos se encuentran estrechamente vinculados en la discusión sobre la ultraactividad del poder. Reconocer que la decisión adoptada en estado de plena capacidad debe prevalecer sobre la incapacidad posterior no es solo una cuestión de técnica jurídica, sino un imperativo de respeto a la dignidad y a la identidad del sujeto. La voluntad anticipada, cuando se expresa en un poder preventivo, constituye una forma de ejercicio de los derechos personalísimos, que debe ser protegida frente a la judicialización innecesaria y frente a cualquier intento de sustitución que desconozca la autodeterminación individual.

6.3. Doctrina clásica y contemporánea.

La doctrina civilista clásica vinculó la autonomía de la voluntad con la libertad contractual y con la capacidad de ejercicio. Savigny concebía la autonomía de la voluntad como el fundamento de los actos jurídicos, entendiendo que la voluntad individual es la fuente de las obligaciones⁸⁴. Planiol y Ripert sostenían que la autonomía de la voluntad es la base del derecho civil, pero advertían que debía ser limitada por el orden público y por la protección de los incapaces⁸⁵. Colin y Capitant destacaron que la autonomía de la voluntad permite a los individuos organizar sus relaciones jurídicas, pero que la forma solemne es necesaria para proteger esa autonomía frente a abusos o errores⁸⁶.

En la doctrina argentina, Llambías defendió la autonomía de la voluntad como principio rector del derecho privado, pero subrayó que debía ejercerse dentro de los límites de la ley y del orden público⁸⁷. Borda reconoció que la autonomía de la voluntad es

⁸³ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2016.

⁸⁴ Savigny, F. C. von. Op. cit. 1840

⁸⁵ Planiol, M., & Ripert, G. Op. cit. 1939.

⁸⁶ Colin, A., & Capitant, Op. cit. 1953.

⁸⁷ Llambías, J. J. Op. cit. 1975.

esencial para la libertad contractual, pero advirtió que la protección de los incapaces exige límites a su ejercicio⁸⁸.

En esta concepción clásica, la autonomía de la voluntad se vinculaba principalmente con la libertad contractual y con la capacidad de ejercicio, lo que justificaba la extinción del poder por incapacidad sobreviniente.

La doctrina contemporánea ha ampliado el concepto de autonomía de la voluntad, vinculándolo con los derechos personalísimos y con los tratados internacionales de derechos humanos. Etchegaray sostiene que la autonomía de la voluntad implica el derecho del individuo a decidir anticipadamente sobre su representación, incluso en escenarios de incapacidad^{89 90}. Acquarone vincula la autonomía de la voluntad con la protección de los derechos personalísimos, destacando que el poder es una herramienta para garantizar la autodeterminación del individuo⁹¹.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006) refuerza esta concepción contemporánea. El artículo 12 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. La Observación General N° 1 distingue entre capacidad jurídica y capacidad mental, subrayando que la primera no puede restringirse por razones de discapacidad. Esta distinción implica que la voluntad anticipada, expresada en un poder otorgado por instrumento público, debe prevalecer sobre la incapacidad posterior.

7. Propuesta de reforma.

La necesidad de una reforma legislativa en materia de poderes se fundamenta en la tensión entre el régimen actual del CCyC y los principios de seguridad jurídica y autonomía de la voluntad. Los dos ejes centrales de la propuesta son:

a) Unificación de la forma: obligatoriedad del instrumento público

El régimen vigente admite poderes por instrumento privado, salvo que se trate de actos que requieren escritura pública. Esta dualidad genera inseguridad jurídica y abre la puerta a conflictos sobre la autenticidad y el alcance de las facultades conferidas.

⁸⁸ Borda, G. Op. cit. 1998.

⁸⁹ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2016.

⁹⁰ Etchegaray, N. P. Op. cit. 2022.

⁹¹ Acquarone, M. T. Op. cit. 2020.

La reforma debería establecer que todos los poderes deben otorgarse por instrumento público, sin excepciones. Esta medida aportaría:

- Certeza probatoria: El instrumento público asegura identidad, fecha y contenido.
- Conservación documental: Los protocolos notariales garantizan la preservación del documento.
- Autenticidad y fijeza de la voluntad: La intervención notarial evita falsificaciones y asegura que la voluntad sea clara y comprobable.
- Seguridad del tráfico jurídico: Los terceros contratantes pueden confiar en la validez del poder.

La obligatoriedad del instrumento público también se alinea con la tendencia internacional hacia mayores estándares de transparencia y trazabilidad en las operaciones jurídicas, especialmente en contextos de prevención de lavado de dinero y de identificación del beneficiario final.

b) Regulación de la vigencia post-incapacidad

El artículo 380 del CCyC extingue el poder por incapacidad del mandante. Esta disposición desconoce la voluntad anticipada y obliga a recurrir a mecanismos judiciales como la curatela o los apoyos.

La reforma debería introducir la figura del poder preventivo, que subsista aun cuando el otorgante pierde capacidad, siempre que así lo haya dispuesto expresamente. Este modelo ya existe en otros países, como Estados Unidos (durable powers of attorney) y España (Ley 8/2021).

La regulación debería contemplar:

- Requisitos de validez: El poder preventivo debe otorgarse por instrumento público, con intervención notarial que verifique la capacidad y el discernimiento del otorgante.
- Alcance temporal: El poder subsiste mientras dure la incapacidad, salvo revocación expresa o cumplimiento de su finalidad.
- Protección de terceros: Los actos realizados por el apoderado deben ser válidos y oponibles, siempre que se ajusten a las facultades conferidas.
- Control judicial limitado: La intervención judicial solo debería ser necesaria en casos de abuso o conflicto, no como requisito general.

c) Pautas de control notarial y registral

La reforma debería establecer pautas claras para el control notarial y registral de los poderes:

- Verificación de la capacidad y el discernimiento del otorgante.
- Advertencia sobre los riesgos y alcances del poder preventivo.
- Publicidad registral de los poderes otorgados, para asegurar su oponibilidad frente a terceros.
- Conservación en protocolos notariales y sistemas digitales de trazabilidad.

d) Impacto en la práctica profesional

La reforma tendría un impacto significativo en la práctica notarial y judicial:

- Los escribanos se consolidarían como garantes de la autodeterminación y de la seguridad jurídica.
- Los jueces verían reducida la necesidad de intervenir en casos de incapacidad, al existir poderes preventivos válidos.
- Los ciudadanos contarían con herramientas más sólidas para planificar su futuro y proteger su patrimonio.

8. Conclusiones

La intervención notarial y la subsistencia del poder más allá de la incapacidad son dos pilares que deben integrarse en una eventual reforma legislativa, ofreciendo un marco normativo más coherente y protector de la persona vulnerable.

La obligatoriedad del instrumento público en el otorgamiento de poderes no debe ser interpretada como un rigorismo formalista o una carga burocrática, sino como la máxima garantía sustantiva de la que dispone el ciudadano para proteger su autodeterminación. En un contexto donde la vulnerabilidad se vuelve una posibilidad latente por el paso del tiempo, la figura del escribano emerge como un actor fundamental del "derecho preventivo".

La importancia de la intervención notarial radica en tres ejes determinantes:

El control de legalidad y capacidad: A diferencia de los instrumentos privados, la escritura pública asegura que el otorgante posee el discernimiento y la libertad necesarios. El notario no solo identifica a la persona, sino que indaga su verdadera voluntad, traduciendo sus deseos en cláusulas jurídicas sólidas y evitando que el poder sea fruto de vicios.

La fijeza y conservación del acto: La matricidad otorga una seguridad que el documento privado no puede alcanzar. Al quedar el acto resguardado en el protocolo, se garantiza su inalterabilidad y su disponibilidad permanente, eliminando riesgos de fraude, pérdida o manipulación por parte de terceros.

La fe pública como motor de la seguridad jurídica: En el tráfico jurídico, la intervención del escribano genera una presunción de autenticidad que brinda confianza a los terceros contratantes. Esto agiliza la circulación de derechos y asegura que las decisiones tomadas "hoy" por el representado tengan plena eficacia "mañana", incluso ante escenarios de incapacidad.

El instrumento público es el único vehículo capaz de transformar una simple delegación de facultades en una verdadera herramienta de protección personalísima. La función notarial constituye, por lo tanto, el nexo indispensable entre la voluntad individual y el sistema jurídico, asegurando que la autonomía de la persona no sea un concepto abstracto, sino una realidad protegida y respetada a lo largo de toda su vida.

Es imperativo reconocer que el Derecho no puede permanecer ajeno a la realidad demográfica y biológica del siglo XXI. El avance de la ciencia y la medicina ha logrado la extensión de la expectativa de vida. Sin embargo, este éxito plantea una paradoja jurídica sin precedentes: hoy la población vive muchos más años porque el cuerpo resiste, pero, con frecuencia, la mente no acompaña ese mismo ritmo de longevidad.

Esta brecha entre la vitalidad física y el deterioro cognitivo —propio de patologías como las demencias o el simple paso del tiempo— deja al individuo en una zona de extrema vulnerabilidad. Si el sistema legal insiste en la extinción automática del poder ante la incapacidad, está castigando la longevidad del sujeto, privándolo de sus propias provisiones justo en el momento en que más las necesita.

En definitiva, la reforma hacia la ultraactividad del poder otorgado por escritura pública no es solo una cuestión de técnica jurídica o de seguridad en el tráfico comercial; es una respuesta humanista a la realidad de nuestro tiempo. Reconocer la validez de los poderes preventivos es admitir que la identidad de una persona y su derecho a decidir no deben caducar cuando su mente se nubla, sino que deben ser protegidos por el Estado a través de la función notarial, garantizando que el "yo" que decidió en plena capacidad siga siendo el soberano de su propia vida, aun cuando su cuerpo lo sobreviva en el tiempo

La ultraactividad del poder asegura el respeto de la voluntad de la persona y su dignidad ante una disminución de su capacidad sobreviniente permitiendo que sea ella misma la que determine qué decisiones toma sobre sus derechos patrimoniales y personales.

9. Bibliografía

1. Acquarone, M. T. (2020). *Poderes, representación y mandato*. Buenos Aires: Di Lalla.
2. Alterini, I. E. (2023). *Representación*. Buenos Aires: La Ley.
3. Alterini, J. H. (2019). *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (3ª ed., Tomo II). Buenos Aires: La Ley.
4. Arévalo, E. J. (2017). La vigencia de los poderes preventivos en el derecho argentino. *Revista Notarial*, 983, 99-124.
5. Borda, G. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (Tomo I). Buenos Aires: La Ley.
6. Bressan, P. E. (2024). *Disposiciones para la propia incapacidad. Seminario virtual Laureano A. Moreira*. Academia Nacional del Notariado.
7. Colin, A., & Capitant, H. (1953). *Cours élémentaire de droit civil français*. París: Dalloz.
8. Etchegaray, N. P. (2016). *Curso de Técnica Notarial. Módulo 5. Representación*. La Plata: Universidad Notarial Argentina.
9. Etchegaray, N. P. (2022). *Representación irrevocable*. La Ley, 17/02/2022.
10. Etchegaray, N. P. (2024). Mandato y representación. En Clusellas, E. G. *Manual para concursos notariales*. Tomo 3. Buenos Aires: Astrea.
11. Hersalis, M. E. (2020). Comentarios a los artículos 358-381 del CCyC. En López Mesa, M. J. (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Buenos Aires: Hammurabi.
12. Llambías, J. J. (1975). *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (Tomo I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
13. Llorens, L. R. (2021). *Poder irrevocable y eficacia post-incapacidad*. Blog personal.
14. Martínez Alcorta, J. A. (2022). *Poderes preventivos y autonomía de la voluntad*. La Ley.
15. Müller, E. C. (2019). Comentarios a los artículos 1319-1334 del CCyC. En Lorenzetti, R. L. *Código Civil y Comercial explicado. Obligaciones y contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
16. Planiol, M., & Ripert, G. (1939). *Traité pratique de droit civil français*. París: LGDJ.

17. Roldán, V. (2024). Poderes preventivos. *Revista del Notariado*, N° 945. Buenos Aires. Argentina.
18. Savigny, F. C. von (1840). *System des heutigen Römischen Rechts* (Vol. III). Berlín: Veit und Comp.
19. Saux, E. I. (2019). Comentarios a los artículos 100-140 del CCyC. En Lorenzetti, R. L. *Código Civil y Comercial explicado. Parte General*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
20. Tobías, J. W. (2019). Comentarios a los artículos 358-381 del CCyC. En Alterini, J. H. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (Tomo II). Buenos Aires: La Ley.
21. Urbaneja, M. J. (2023). Comentarios a los artículos 1319-1334 del CCyC. En López Mesa, M. J. (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Buenos Aires: Hammurabi.
22. Von Tuhr, A. (1910). *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. Leipzig: Tauchnitz.

Sitios visitados:

- American Bar Association (ABA). (2023). Durable Power of Attorney. Recuperado de <https://www.americanbar.org>
- Boletín Oficial del Estado (BOE). (2021). Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE-A-2021-9233. Recuperado de <https://www.boe.es>
- Bundesministerium der Justiz (BMJ). (2022). Vorsorgevollmacht. Recuperado de <https://www.bmj.de>
- Code Civil français. (2007). Artículo 477, modificado por la Ley n.º 2007-308 de 5 de marzo de 2007. París: Legifrance. Recuperado de <https://www.legifrance.gouv.fr>
- Service Public. (2024). Mandat de protection future. Recuperado de <https://www.service-public.fr>