



DECISIONES A TIEMPO

Los poderes preventivos como herramienta para ejercer
el Derecho a la Autoprotección

Autora: Not. Abril ROST

Datos de contacto: abrilrostg@gmail.com

Trabajo presentado en la **46° Convención Notarial de Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, en el marco del **Tema 1: Representación**; coordinado por los Escribanos **Rocío Ibañez y Sebastián A. Szabo.-**

Año 2.026

46° Convención Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2026)

Tema 1: Representación

Coordinadores: Escribanos **Rocío Ibañez y Sebastián A. Szabo**

Trabajo: “DECISIONES A TIEMPO: Los poderes preventivos como herramienta para ejercer el Derecho a la Autoprotección” (2026)

Autora: ROST, Abril

PONENCIAS

- 1) Los Poderes Preventivos pueden ser incorporados a la legislación argentina siempre y cuando se reforme el Artículo 380 inc. h) del Código Civil y Comercial de la Nación, estableciendo como excepción a la extinción de un poder por incapacidad del poderdante cuando el mismo sea reconocca como negocio jurídico subyacente a un acto de autoprotección.
- 2) Para determinar la entrada en vigor de un Poder Preventivo, además de la incapacidad declarada judicialmente del otorgante, se considerará como punto de inflexión para su entrada en vigor a las condiciones o pautas determinadas por el otorgante dentro del instrumento para considerar que ya no puede manifestar su voluntad por sí mismo y que se encuentra en situación de dependencia.
- 3) Se reconocen dos modalidades posibles de los Poderes Preventivos: a) el Poder Preventivo en sentido estricto, es aquel que estipula facultades a favor de terceros para cuando el poderdante no pueda realizar los actos encomendados por sí mismo y surte efectos una vez acaecida la circunstancia que impide la capacidad de decisión del otorgante; y b) Poder continuado o prorrogado, se trata de un poder común que contiene una cláusula de subsistencia para el caso de la incapacidad sobrevenida del otorgante, manteniendo vigentes las facultades concedidas. La segunda modalidad permite que se otorguen escrituras complementarias a los poderes otorgados con anterioridad para que éstos se prorroguen en el tiempo ante la incapacidad sobrevenida.

- 4) El contenido del Poder Preventivo puede versar sobre cuestiones patrimoniales y extrapatrimoniales del poderdante. Siendo que se discute el contenido patrimonial, las normas que lo justificarían son el Artículo 139 (CCyCN) que permite que “la persona capaz pueda designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela” y el Artículo 138 que determina que la función del curador es la de “cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, incluso pudiendo utilizar “las rentas de los bienes de la persona protegida para ese fin.”
- 5) Se propone que en el caso de un Poder Preventivo en sentido estricto o con cláusula de subsistencia otorgado en el extranjero la carga de la prueba de la incapacidad para que el mismo surta efectos, recaiga en el apoderado, quedando a criterio del profesional interviniente su utilización y documentación de respaldo.

SUMARIO

1. Introducción
2. El Derecho de Autoprotección como fundamento del Poder Preventivo
3. Naturaleza jurídica del Poder Preventivo
4. El Poder Preventivo
 - a) Definición
 - b) Contenido

- c) Modalidades
 - d) Extinción
 - e) Registración
- 5. Derecho comparado
- 6. Luces y sombras de los Poderes Preventivos
 - a) Sobre la capacidad y su entrada en vigor
 - b) ¿Todo poder común puede tornarse preventivo?
 - c) Notificación del representante/apoderado ¿sí o no?
 - d) Poder preventivo otorgado en el extranjero con efectos en nuestro país
- 7. Conclusiones
- 8. Bibliografía

1. Introducción

La doctrina mucho ha escrito sobre el Derecho de Autoprotección y sus herramientas jurídicas para ejercerlo, pero aun así los legisladores mantienen deudas pendientes en su regulación y operatividad. Si bien contamos con la herramienta jurídica de los Actos de Autoprotección, dentro de este género podemos ubicar a los Poderes Preventivos como la figura jurídica que pretende garantizar el cumplimiento de la voluntad de una persona, previendo que en un futuro ésta carezca de capacidad o autonomía para poder expresarla; esa voluntad podría versar sobre aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Actualmente, el Código Civil y Comercial se ocupó de legislar sobre las Directivas Médicas Anticipadas en el Artículo 60, estableciendo la posibilidad de conferir mandato en cuestiones solamente relativas a la salud, actos médicos y designación de curadores, dejando el interrogante sobre temas de índole patrimonial. En este sentido, la figura de los Poderes Preventivos se anima a prever cuestiones que van más allá de la cotidianeidad de la persona humana, extendiéndose a decisiones que tengan que ver con la administración y disposición de los bienes que integren su patrimonio.

En este escenario, el rol del Notario es imprescindible y único para instrumentar a los Poderes Preventivos a partir de la inmediatez que lo caracteriza con sus requirentes, y su

potestad de crear instrumentos públicos con sus consecuentes beneficios, como la perdurabilidad en el tiempo y la garantía de la seguridad jurídica, convirtiéndolo en el profesional indicado al que la comunidad puede acudir para prever la toma de decisiones respecto a diferentes ámbitos de su vida para cuando ya no pueda valerse por sí mismo.

En consecuencia, el presente trabajo pretende dar lineamientos teóricos sobre los Poderes Preventivos para arribar a nuevas propuestas que despierten el debate académico y en un futuro sean tenidas en cuenta por los legisladores.

2. El Derecho de Autoprotección como fundamento del Poder Preventivo

El **Derecho de Autoprotección** es aquel que tiene todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento¹. Este derecho encuentra su fundamento en principios esenciales a la Persona Humana, tales como el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, a disponer del propio cuerpo libremente, a la autodeterminación de llevar una vida independiente conservando su protagonismo y autonomía. Por su parte, el ordenamiento jurídico estableció como mecanismo para hacer valer el Derecho de Autoprotección a los “Actos de Autoprotección”.

El **Acto de Autoprotección** es el acto jurídico mediante el cual el sujeto deja plasmada su voluntad para el caso de que ya no pueda expresarla por sí mismo, ya sea ante la pérdida de la capacidad en términos jurídicos o la pérdida de la capacidad de autogobierno en cuestiones de su cotidianeidad. Estos actos además de proteger derechos fundamentales de los otorgantes, orienta y facilita la toma de decisiones por parte de familiares, médicos, operadores del derecho para cuando el sujeto no pueda manifestarse sobre sí mismo. En este sentido, los Actos de Autoprotección pueden versar sobre materias autorreferentes al otorgante de diversa índole, tales como su vida cotidiana, deseos y necesidades, cuestiones médicas y de salud, aspectos patrimoniales, designación de apoyos o curadores, y todas otras cuestiones que hacen a la dignidad y proyección de la esencia de la persona humana y de su calidad de vida, todo previendo el momento en que ya no pueda decidir por sí mismo.

¹ LLORENS, Luis Rogelio y RAJMIL, Alicia B., “Derecho de autoprotección”, Ed. Astrea, 2.010.

Tras las definiciones dadas, ¿en dónde ubicamos a los poderes preventivos? Podríamos decir que dentro del “género” de los Actos de Autoprotección, el Poder Preventivo aparece como una “especie” de los instrumentos factibles para cumplir con las directivas que una persona ha previsto en un acto de autoprotección. Se trata de una figura con sus propias características que reconoce como negocio causal y subyacente al derecho de autoprotección.

3. Naturaleza jurídica del Poder Preventivo

Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) nos deja la puerta entreabierta para considerar a la figura del Poder Preventivo en el Artículo 60, estableciendo que “*La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y **conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad (...)***”.

Por un lado y a simple vista, claramente la normativa se circunscribe a que el otorgante confiera facultades a un tercero sobre cuestiones que estén ligadas a actos y tratamientos médicos, disposiciones sobre su cuerpo y toda otra situación posible sobre su salud, siempre con el límite de que se tendrán a las prácticas eutanásicas como no escritas. Es en este punto donde el Poder Preventivo se atreve a ir más allá y pretende abarcar facultades relativas a cuestiones patrimoniales del otorgante, ya sea administrar o disponer de sus bienes, lo que se analizará luego.

Por otra parte, el articulado se refiere a la figura del Mandato para concretar a las Directivas Anticipadas, pero antes de continuar con el análisis de los Poderes Preventivos, es menester recordar brevemente las distinciones que la doctrina ha establecido entre los siguientes conceptos: mandato, poder y representación. A saber:

- El **mandato** se ubica en la faz contractual, entendiendo que es el acto jurídico bilateral por el cual una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra.² No siempre conlleva representación. Se rige por la Parte General de los contratos en cuanto a sus causales de extinción y posibilidad de revocación.
- El **poder** o acto de apoderamiento es el medio para establecer la representación voluntaria, entendiéndolo como el andamiaje para concretar distintos negocios jurídicos subyacentes, es decir que suele encontrar su justificación en una relación

² Art. 1321 CCyCN.

que puede ser de la más variada índole, que generalmente puede coexistir con el mandato pero no siempre (pudiendo ser que su negocio subyacente sea una locación de obra, de servicios, de una compraventa, cualquier otro negocio jurídico).

- La **representación** es un efecto jurídico que tienen aquellos actos que celebró una persona invocando un poder de otro para actuar en su nombre y de su cuenta; para ello debe acreditar esa circunstancia ante el tercero con el que contrata, trasladando la relación en forma directa al representado.³

Hecho este repaso de conceptos, siguiendo a Brandi Taiana⁴, adherimos a lo sostenido de que “el mandato no es el instrumento idóneo para encauzar un acto de autoprotección”, sino lo adecuado es la figura del poder, el que tendrá en este caso al acto de autoprotección como negocio jurídico subyacente. Por lo tanto, debemos remitirnos a las reglas de la representación voluntaria⁵, concluyendo que toda persona puede otorgar poder para aquellos actos que puede realizar por sí mismo (Art. 362 CCyCN), en este caso los actos de autoprotección, y para ello siempre debe contar con capacidad jurídica al momento de conferir el acto de apoderamiento.

4. El Poder Preventivo

a) Definición

La figura jurídica del Poder Preventivo nace como respuesta a una necesidad de sectores vulnerables de la sociedad, tales como los adultos mayores o personas con capacidades diferentes quienes, por su estado de salud, condiciones físicas o psíquicas, o edad avanzada, dependen de otras personas para el desenvolvimiento de su vida cotidiana, y para ello se entendió que no hay mejor solución que dejar las instrucciones que consideren importantes por escrito.

Sobre la idea de “*admitir la posibilidad de que una persona, siendo capaz, prevea cómo quiere vivir su propia incapacidad*”⁶ -eventual o no- es que en diferentes legislaciones

³ Lamber, Ruben A., “Representación, poder y mandatos”, trabajo presentado en la XXVII Jornada Notarial Bonaerense [Bahia Blanca, 1988].

⁴ Brandi Taiana, Maritel M. “El poder al servicio del derecho de autoprotección”, Revista del Notariado 921.

⁵ CCyCN, Libro Primero, Título IV, Capítulo 8

⁶ Brandi Taiana, Maritel M. “Incapacidad” publicado en Revista Notarial (2006)

aparecieron conceptos como el “testamento vital”, “testamento biológico” o “living will”, considerados como el acto *“por el cual una persona, con todo el poder de su capacidad para decidir, pensar y ejecutar, resuelve dar directivas, para que en caso de discapacidad sobreviniente alguien se encargue de su patrimonio, o bien directivas médicas para estipular determinados tipos de tratamiento que eviten el sufrimiento terapéutico.”*⁷

En nuestro país, los intentos legislativos definieron al Poder Preventivo como *“El acto jurídico unilateral otorgado por una persona humana a favor de una o más personas humanas o jurídicas para que la representen en determinados actos en previsión de la pérdida del discernimiento o autonomía del poderdante.”*⁸

La propuesta legislativa preveía la posibilidad de que el apoderado sea una persona jurídica, teniendo en cuenta que existen fundaciones, asociaciones u otras entidades que velan por los derechos de determinados grupos sociales en situación de vulnerabilidad, como pueden ser los adultos mayores, niños y adolescentes, adultos con distintas capacidades o enfermedades, que pueden contar con su propio equipo de tutela de derechos.

Por otra parte, el articulado establece que ante la pérdida del discernimiento o la capacidad de autogobierno del otorgante del Poder Preventivo, la representación puede darse para “determinados actos”, expresión que resulta muy amplia y poco clara, sin referirse específicamente al contenido que puede acarrear un Poder Preventivo.

b) Contenido

El contenido de los temas que puede prever el Poder Preventivo puede ser extrapatrimonial o patrimonial. En el primer caso, podría involucrar cuestiones que tengan que ver con la vida cotidiana de la persona, como decidir su lugar de residencia, su alimentación, su vestimenta, sus pasatiempos, quiénes son sus personas de confianza, ya sea acompañantes o profesionales con distintas incumbencias, hasta prever el cuidado de sus mascotas y objetos relevantes en su día a día. Mientras que, en el segundo caso, el Poder Preventivo podría

⁷ Cabuli E. y Jatib G.J, “Testamento vital y voluntad de prevenir la propia incapacidad”, Revista del Notariado 890.

⁸ Proyecto de “Ley nacional de autoprotección y poderes preventivos” (expediente S-0669/2022)

prever facultades de administración y hasta disposición de los bienes del patrimonio del otorgante, cuestión que en la doctrina es discutida.

Si bien el Artículo 60 del CCyCN establece que toda persona capaz puede designar su propio curador ante la posibilidad de sufrir en un futuro una incapacidad sobreviniente para que éste lo represente y pueda atender cuestiones relacionadas con su salud y su persona, el Artículo 139 del CCyCN permite que “la persona capaz pueda designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”.

Recordemos que la función del curador es la de “cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz”, y que debe procurar que éste recupere su salud, incluso pudiendo utilizar “las rentas de los bienes de la persona protegida para ese fin.”⁹ Es aquí donde comienza la evaluación del aspecto patrimonial que puede llegar a contener el Poder Preventivo.

Uno de los obstáculos a considerar es que debemos tener en cuenta que toda designación de tutor, curador o sistema de apoyos, en nuestra legislación actual requiere que sea aprobada judicialmente. Esta norma se contrapone con la esencia de los Actos de Autoprotección de brindar una respuesta jurídica rápida y eficiente en cuestiones que a veces no pueden esperar los tiempos judiciales. Por ejemplo, que se tenga que vender un bien de propiedad de la persona que ya no puede autogobernarse y decidir por sí mismo por la incapacidad sobrevinida para solventar gastos de su manutención. Si en este caso, la persona lo hubiera previsto, los operadores del derecho podrían encontrar la legitimación del representante o del curador sin dilaciones en el tiempo.

En este sentido, podemos citar a Brandi Taiana: *“Es cierto que la intervención judicial pretende garantizar la protección de las personas con discapacidad, pero a veces esperar los tiempos de la justicia o dar acceso a la opinión de terceros que nos desconocen constituye en sí mismo una desprotección. En todo caso, siempre podrán efectuarse los controles judiciales pertinentes.”*¹⁰

c) Modalidades

⁹ Art. 138 CCyCN.

¹⁰ Brandi Taiana, Maritel M. “El poder al servicio del derecho de autoprotección”

Según la doctrina, el Poder Preventivo puede adoptar dos modalidades:

- **Poder en sentido estricto:** es un poder que se otorga especialmente para que sus efectos se produzcan una vez acaecida la pérdida del discernimiento o la incapacidad (temporaria o permanente) del poderdante.
- **Poder con cláusula de subsistencia o “poder prorrogado”:** es un poder efectivo desde el momento de su otorgamiento pero que subsistirá a pesar de que el poderdante haya perdido su discernimiento o autonomía de manera temporaria o definitiva, permitiendo la posibilidad de su continuación.¹¹

Entendemos que en los Poderes Preventivos la redacción se torna en el elemento fundamental para garantizar la seguridad jurídica, y el Notario es el operador del derecho indicado para ello. En esta materia, la **redacción clara y precisa** es fundamental ya que el carácter de preventivo o no de un poder no se presume, no debe deducirse ni inferirse, sino que debe resaltar la condición de ser un poder que surta efectos a partir de la incapacidad o a pesar de la incapacidad del poderdante.

Se recomienda utilizar lenguaje sencillo, nombrar por nombre y apellido a los intervinientes para que no haya lugar a dudas, justificar la elección del apoderado, no utilizar términos jurídico-académicos, definir párrafos o acápites según las temáticas (asuntos de la vida cotidiana, instrucciones a determinada persona, asuntos del cuerpo y la salud, etcétera) y utilizar todo método de escritura que permita que el Poder Preventivo sea un documento accesible a toda la sociedad.¹²

La redacción también se torna esencial al momento de establecer la **sustitución del apoderado**, recomendándose que específicamente se prevea la posibilidad de sustitución o no, o incluso establecer la pluralidad de apoderados y si un apoderado tiene que hacerse cargo de una facultad específica. Por ejemplo, que del cuidado diario se encargue tal persona por ser con quien el poderdante tiene mayor confianza; que de los actos médicos se ocupe determinado especialista; que de cuestiones legales se ocupe determinado profesional, y así sucesivamente.¹³

¹¹ ARÉVALO, Enrique Jorge. “La vigencia de los poderes preventivos en el derecho argentino”. (2016)

¹² BRUSCO, M J., MOLINARI, M.E. VILLORES, D.F. “Piedra Libre” trabajo presentado en la 43° JNB (2024)

¹³ Art. 377 CCyCN.

En las normas generales de la Representación Voluntaria la sustitución está permitida, siempre y cuando no se prohíba. Sin embargo, en materia de los actos de autoprotección la sustitución del apoderado puede interpretarse como un incumplimiento a las directivas enunciadas por el otorgante, ya que justamente se trata de un acto basado en la confianza. De todos modos, visto desde otro punto, que se permita la sustitución del apoderado puede significar que, si el encomendado no pudiese cumplir con la instrucción, habrá otra persona que válidamente pueda llevarla a cabo. Nuevamente, se torna esencial la redacción del Poder Preventivo ya sea para prohibir la sustitución o para designar al sustituto.

En esta misma línea, el otorgante puede establecer sus propios **mecanismos de control** para evitar abusos en el cumplimiento de las facultades concedidas. Suponiendo que prevea la posibilidad de venta de bienes, puede establecer que el precio de esta no sea inferior a la valuación fiscal o que supere a la misma en cierto porcentaje; otro ejemplo puede ser respecto a la administración de sus bienes, que las rentas se destinen a su sustento económico, o en caso de excederse que se reinvierta o se cubran otros gastos, o se destinen a una especie de remuneración del tercero ejecutor de las instrucciones, entre otras posibilidades.

Finalmente, consideramos que el principio de la libertad de formas no aplica para los Poderes Preventivos, siendo que deberá formalizarse por escritura pública por ser éste el medio idóneo para darle perdurabilidad en el tiempo a las disposiciones, asegurar la identidad y capacidad del otorgante y otorgarle fecha cierta.

d) Extinción

Las reglas de la Representación Voluntaria enumeran en el Artículo 380 (CCyCN) las causales de extinción de un poder, siendo el Inciso H) el meollo de la discusión de los Poderes Preventivos, estableciendo que el poder se extingue “por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado.”

Claro está que, si el apoderado pierde su autonomía o discernimiento, al no valerse por sí, menos se valdrá en nombre y por otros; sin embargo, si es el poderdante quien ha perdido su capacidad jurídica, el poder que haya otorgado ya no puede utilizarse ni surtirá efectos.

En este sentido, los estudiosos han hecho el paralelismo con los poderes especiales con efectos post mortem, “...*Así como existen poderes y mandatos que subsisten luego de la*

muerte del poderdante o mandante, así también es posible que la ley permita la subsistencia del poder y del mandato, luego de la incapacidad del poderdante o mandante...”

Llorens y Taiana de Brandi propusieron que *“se permitiera el ejercicio de la representación aun después de la incapacidad del mandante cuando el mandato ha sido dado en previsión de la propia incapacidad o para subsistir a ella.”*

Para avanzar en la legislación del Poder Preventivo, el Art. 380 inc. h) es el que debería ser reformado, siendo que este instituto se trataría de una excepción.

En cuanto a la revocación del Poder Preventivo, sobrevenida la incapacidad o pérdida de la autonomía, el otorgante ya no tendrá los medios para decidir una revocación válida si no puede expresarse con discernimiento, intención y libertad. Sin embargo, habrá que estarse al caso particular, ya que puede llegar a revocarse el poder si estamos ante una incapacidad eventual o temporaria por parte del otorgante.

En todo lo demás, el Poder Preventivo se extinguirá por la muerte del otorgante, por el cumplimiento de la causal de extinción que se haya previsto, por renuncia, y demás causales previstas en el Artículo 380 (CCyCN).

e) Registración

Sostenemos la necesidad de que se inscriban tanto el otorgamiento de los poderes preventivos y sus revocatorias en los Registro de Actos de Autoprotección de cada Colegio Notarial a los efectos de su publicidad, debiendo establecer los requisitos para su inscripción de manera que se asegure también la privacidad del acto y sean sólo quienes tengan un interés legítimo los que accedan al contenido.

5. Derecho comparado

Podemos decir que el Derecho Anglosajón ha sido pionero en regular a los Poderes Preventivos. Tal es el caso de Inglaterra, al regular a partir de 1.985 la posibilidad de otorgar poder irrevocable para el caso de incapacidad del otorgante (“durable/enduring power of attorney”); o el caso de Estados Unidos que prevé el Testamento Vital o *Living Will* para actos médicos, mientras que también existen “Poderes Duraderos” (“Durable Power of Attorney for Finances or Healthcare Power), que dependiendo el Estado puede entrar en vigor ante la certificación médica de la incapacidad o que puede continuar vigente a pesar de la incapacidad sobrevenida, siendo necesaria la certificación de firma ante Notary Public pero no todos los Estados los permiten.

La legislación internacional más cercana a la nuestra es la legislación Española, cuyo Código Civil Español fue reformado por la Ley 8/2021, incorporando en el Artículo 255 lo siguiente: *“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.(...)”*.

El Artículo 256 consagra a la figura del **Poder continuado** *“El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad.”* Mientras que el Artículo 257 regula al **Poder Preventivo en sentido estricto** *“El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.”*

El articulado de la Ley Española continúa estableciendo que los poderes preventivos deben otorgarse por escritura pública ante Notario, siendo una carga para el profesional *“comunicar de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante”*. Asimismo, las medidas de apoyo establecidas en el Poder Preventivo pueden coexistir con las medidas impuestas judicialmente.

En conclusión, el poder preventivo español aparece como una medida de apoyo voluntaria de autoprotección o autorregulación, en la previsión para el futuro para uno mismo.

6. Luces y sombras de los Poderes Preventivos

a) Sobre la capacidad y su entrada en vigor

Teniendo en cuenta que los poderes preventivos cobran importancia ante la pérdida de discernimiento o autonomía de la persona, nos preguntamos ¿cuándo se pierde el discernimiento o la autonomía? ¿cuándo perdemos la capacidad de ejercicio, entendida como la aptitud para hacer valer nuestros derechos, cumplir nuestras obligaciones, tomar nuestras decisiones?

Debemos tener en cuenta que rige el principio de que todos somos capaces hasta que nuestra capacidad sea restringida por una decisión judicial, por lo que partimos de la base de que

todos somos capaces, aún en situaciones de vulnerabilidad o internación, sin hacer distinciones de género, edad o dificultades físicas o psíquicas.

Quedó atrás la antinomia de “capacidad-incapacidad” y actualmente nos encontramos en un nuevo paradigma de “la capacidad como variable” donde el régimen es flexible y gradual, reconociendo que una persona puede atravesar distintos umbrales que implican la funcionalidad plena, la fragilidad o la dependencia.

En este escenario, el rol del notario se limita a determinar si el requirente posee discernimiento, intención y voluntad para llevar adelante el acto jurídico del cual se trate en el caso concreto, evaluando la capacidad en el momento del acto. Para esto, el instrumento fundamental que tenemos no sólo los Notarios, si no todos los operadores jurídicos, para obrar con diligencia y prudencia, es la entrevista, la reunión a solas para conocer a la persona, escucharla y evaluar su circunstancia.

Lejos ha quedado la idea de la solicitud de certificados médicos para respaldar la labor notarial, entendiendo que puede llegar a ser discriminatorio o indicar sospechas de que se duda de la capacidad del otorgante.

En consonancia con el derecho a la autodeterminación, aparece como alternativa para determinar cuándo ocurre la incapacidad de la persona, que sea el mismo poderdante quien establezca los parámetros para deducir que ya no tiene la posibilidad de autogobernarse o decidir por sí mismo. Por ejemplo, en el Poder Preventivo el otorgante puede determinar que para el caso de que no se ubique en tiempo y espacio, no recuerde datos personales, no conozca a ciertos familiares o seres queridos, cuando pierda el interés en una actividad de su valoración, es momento de considerar que ya no puede valerse por sí mismo, que la asistencia será imprescindible y que las decisiones las tendrá que tomar un tercero. El mismo instrumento daría las indicaciones para su entrada en vigor.

b) ¿Todo poder común puede tornarse preventivo?

Teniendo en cuenta que un poder preventivo puede otorgarse mediante una cláusula de subsistencia que determine que el poder sigue siendo válido a pesar de la falta de capacidad del poderdante, actualmente en el tráfico documental nos encontramos con poderes de administración y/o disposición “comunes, lisos y llanos” a los cuales se los podría complementar con esta cláusula justamente con una escritura complementaria.

c) Notificación del representante/apoderado ¿sí o no?

Podríamos debatir si resulta útil que la persona designada como representante comparezca al acto de autoprotección o al otorgamiento del poder preventivo a modo de notificarse de lo encomendado, o para dejar constancia que aceptó llevar adelante y cumplir con las pautas que el otorgante dispuso para el caso de verse imposibilitado de expresar su voluntad.

A simple vista parecería coherente, pero no hay que perder de vista que al Poder Preventivo lo definimos como un acto jurídico unilateral, y que los Actos de Autoprotección son personalísimos, quedando a criterio del profesional la comparecencia de testigos.

d) Poder preventivo otorgado en el extranjero con efectos en nuestro país

Tras el tráfico jurídico documental y negocial que corre en nuestros días, no debemos perder de vista que puede llegar a nuestras manos un Poder Preventivo otorgado en un país que sí regule la figura. Para ejemplificar, un poder preventivo otorgado en España -que nos resultaría más familiar por el idioma y la similitud de los ordenamientos jurídicos- que deba surtir efectos en Argentina nos colocaría en la disyuntiva de considerar o no la disposición otorgada por una persona que previó su posible incapacidad para administrar o disponer de sus bienes o que dejó instrucciones respecto de su salud.

Supongamos que tengamos como compareciente de una escritura de compraventa a un representante que acredita su legitimación con un poder preventivo en sentido estricto otorgado mediante escritura pública, es decir que el documento surtirá efectos tras la incapacidad sobrevida del otorgante. Como Notarios, ¿lo utilizamos o no? El conflicto aparece con el contenido de ese poder, lo que sería el elemento extranjero son las condiciones de su eficacia. No veríamos inconvenientes en cuanto a su forma, por ser en escritura pública, sino en a la cuestión de fondo.

En este caso, nos remitimos a las normas del Derecho Internacional Privado del Código Civil y Comercial de la Nación, específicamente al Artículo 2.595 (CCyCN) por el cual *“Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino (...)”*

Si bien siempre se busca encuadrar la situación en el derecho argentino, ¿qué sucede cuando el elemento extranjero (poder preventivo en sentido estricto o con cláusula de subsistencia)

no está regulado o, en este caso, no está permitido en nuestro ordenamiento? En principio será una respuesta que la dará el fuero judicial, pero en términos privados y notariales, proponemos que se coloque la carga de la prueba de la incapacidad del poderdante en el apoderado, quien debería poder demostrar que su representado ya no se encuentra en aptitud jurídica para tomar las decisiones por sí mismo. Quedaría a criterio del profesional interviniente su utilización y documentación de respaldo.

¿Los poderes preventivos colisionan con principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino? (Art. 2.600 CCyCN) Considero que no sería el caso ya que los actos de autoprotección como género, y el poder preventivo como una especie, se fundamentan en el principio de la autonomía de la voluntad entendido como la facultad que tiene toda persona de decidir libremente cómo gestionar sus situaciones jurídicas, sean personales o con relación a terceros. Por lo tanto, este principio supone “un respeto máximo a la voluntad de la persona y que su opinión sea tenida en cuenta en aquellas decisiones que afecten a su ámbito personal o patrimonial.”¹⁴

Finalmente, no perdamos de vista que esta disyuntiva se da por el contenido patrimonial que podría tener el poder otorgado en el extranjero, ya que, si se tratase de un acto relacionado a directivas médicas anticipadas, no estaríamos en conflicto de acuerdo al Artículo 60 (CCyCN).

7. Conclusiones

En la era que nos toca vivir, marcada por los avances científicos, tecnológicos, médicos, hasta espirituales, ha aumentado la esperanza de vida de la población, haciendo que nos enfrentemos a una nueva problemática jurídica, la de dar respuestas y soluciones a las necesidades de la sociedad, que no sólo se circunscriben a determinados grupos, sino a la población toda.

El Poder Preventivo es una de las herramientas que ayudarían a disminuir la incertidumbre permitiendo planificar y organizar cuestiones trascendentales para la vida y la dignidad de la persona humana, antes de que sea tarde y que se vea expuesta a una situación de vulnerabilidad que no la deje decidir por sí misma.

Se deja expuesta en este trabajo la necesidad de legislar en la temática presentada, reconociendo que los profesionales del derecho somos quienes tenemos la posibilidad de ir

¹⁴ ROLDÁN, Viviana. “Poderes preventivos”, Revista: 945 (jul - sep 2021), Publicado: 2024-04-22.

haciendo camino al andar con el caso particular que llegue a nuestro escritorio, mientras nos capacitamos, investigamos y practicamos la escucha activa de nuestros requirentes, siendo que tenemos la obligación de hacer cumplir y respetar los derechos humanos cuya jerarquía es constitucional.

8. Bibliografía

Acquarone, M. T., Budich, M. A., Cerniello, R. I., Gonzalía, M. V., Lalanne de Pugnaroni, M. L., Muntaner, M. F. L., & Rocca, R. L. (2020). Poderes, representación y mandato: Representación necesaria, representación legal, representación orgánica, representación voluntaria y mandato. Di Lalla Ediciones.

Arévalo, Enrique Jorge. (2017). Vigencia de los poderes preventivos en el derecho argentino: uno de los sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. En: Revista del Instituto de Derecho e Integración, (n.12), p. 30-78. Rosario Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe.

Brandi Taiana, Maritel Mariela (24-26 de agosto de 2016). Directivas anticipadas, poder preventivo y discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires: Consejo Federal del Notariado Argentino. Jornada Notarial Argentina, 32. Buenos Aires. Argentina

Brandi Taiana, Maritel M. (2012). El poder preventivo, posible en el marco del Código Civil vigente y proyectado. En: Revista del Notariado (910). P. 25-36. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (octubre-diciembre 2012)

Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B. (2010) Derecho de autoprotección: Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento. Ed. Astrea.

Moreno Sánchez-Moraleda, A. (2024). El poder preventivo en el Derecho internacional privado español. Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado, 20, 53-93.