

LA FRAGILIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS ADULTOS MAYORES.

THE WEAKNESS OF PERSONAL STATUS IN THE INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF THE ELDERLY

*Luis Cruz Pereyra**

*Roberto A. Vicario***

*Mauricio Mantelli****

RESUMEN

Unos de los grandes temas en la sociedad de nuestros días es el progresivo envejecimiento de la población, que ha provocado que el número de personas mayores aumente.

El establecimiento de un régimen jurídico de Protección internacional del adulto mayor, muchas veces en situación de dependencia, tiene impacto en los ciudadanos de un Estado y muy especialmente en los extranjeros que residen permanentemente o parte del año en un Estado de acogida, e incluso, para los dependientes de un Estado residentes en el extranjero y emigrantes de un Estado que retornan a su país de origen. La *idea de protección sin incapacitación* del núcleo de población de edad avanzada plantea la necesidad de un régimen de protección jurídica internacional particular, precisamente en atención al envejecimiento.

PALABRAS CLAVES

Estatuto personal - Adultos Mayores - Protección Jurídica Internacional - Movilidad transfronteriza

ABSTRACT

One of the big issues in the current society is the progressive aging of the population that has caused the number of older people increases.

The establishment of a legal framework for international Protection of the elderly, often in situations of dependency, has an impact on the citizens of a state and especially in foreigners residing permanently or part-time in a host State, and even, for dependents of a State that residing abroad and immigrants from a state that return to their country of origin. The *idea of protection without incapacitation* upon core of elderly population raises the need for an international legal protection regime particular, precisely in response to aging.

KEYWORDS

Personal status - Elderly - International Legal Protection - Cross-border mobility

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca -UNCa. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-UNC. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales-UCES, Sede San Francisco. Profesor de Posgrado en Universidades nacionales y extranjeras. Autor de libros, capítulos y artículos publicados en el país y en el extranjero Secretario de la European Community Studies Association, ECSA-Argentina. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional- AADI. Par Evaluador de Proyectos de Investigación. Acreditados y subsidiados por Universidades Nacionales. Docente-Investigador: Categoría II- e-mail: lcp@uolsinectis.com.ar

** Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires-UBA. Miembro Titular y Tesorero de la Asociación Argentina de Derecho Internacional –AADI – e-mail: rvicario@derecho.uba.ar

*** Profesor Titular de Derecho Internacional Económico, Carrera de Licenciatura en Comercio Exterior. Universidad de Congreso. Sede Córdoba. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales-UCES, Sede San Francisco. Docente Adscripto de Derecho

Internacional Privado, Cátedra “B”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Integrante de Proyectos de Investigación acreditados y subsidiados, Facultad de Derecho y Cs Sociales de la UNC. Integrante de Tribunales evaluadores de tesinas de finalización de carreras y cursos de grado y de posgrado. Profesor Titular de Derecho Civil y Comercial, Derecho de Comercial Internacional, Integración y Cooperación Económica”, Carrera de Técnico Superior en Comercio Exterior, dependiente de la DIPE. Cba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. e-mail: isiomantelli@hotmail.com

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL ESTATUTO PERSONAL. A. La disyuntiva entre nacionalidad, domicilio y residencia habitual. 1. Argumentos a favor de la ley de la nacionalidad. 2. Argumentos a favor de la ley del domicilio. 3. Criterio de la residencia habitual. B. El papel de la autonomía de la voluntad. C. Correctivos materiales. 1. Método del segundo escalón. 2. El orden público internacional. II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS DE EDAD O ADULTO MAYOR. A. Concepción de las personas mayores como sujetos de derecho. B. El enfoque de derechos aplicado a las personas de edad. III. CONVENIO DE LA HAYA DE 13 DE ENERO DE 2000 SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ADULTOS. A. Rasgos generales del Convenio. 1. Objeto del Convenio. 2. Persona protegida. 3. Competencia. 4. Ley aplicable. 5. Reconocimiento y ejecución. 6. Cooperación. IV. LOS ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN. V. CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la migración internacional se presenta como un proceso que ha experimentado ciclos ascendentes y decrecientes, desde hace más de un siglo. En distintos momentos históricos, y desde diversas regiones, se han producido éxodos importantes de población, ya sea hacia otras regiones de un mismo país o hacia el exterior.

Si bien la mayoría de los flujos migratorios entre las naciones es producto de la pobreza en los países de origen, la migración tiene otros factores relacionados con las condiciones culturales y políticas de los países en desarrollo, que provocan la expulsión de miles de personas a diversos destinos. El mismo plantea cuestiones de difícil resolución: la efectiva integración de los migrantes a la sociedad receptora, la ambivalente relación con su comunidad de origen, la tendencia hacia su exclusión social y la dificultad en lograr el pleno ejercicio de sus derechos.

Los cambios ocurridos en estas últimas décadas deben ser objeto de un análisis de los factores causales de la migración, en sus dimensiones macro estructurales socioeconómicas y políticas, y en función de las transformaciones productivas vinculadas a la desvalorización de la fuerza laboral, el reordenamiento de la jerarquía de los salarios, el deterioro de los servicios básicos y, en muchos casos, el ascenso de los conflictos sociales.

De todas formas, no es posible eludir la gran polaridad existente o el dilema de los diversos países frente al fenómeno migratorio, pues por un lado, encontramos la facultad que tiene toda persona de emigrar, aunque por otro, observamos el complejo tema de la potestad soberana de un Estado o Grupo de Naciones para admitir o rechazar el ingreso de una persona en su territorio.

Unos de los grandes temas en la sociedad de nuestros días es el progresivo envejecimiento de la población, que ha provocado que el número de personas mayores aumente. El envejecimiento de la población va acompañado, muchas veces, de una mayor movilidad de los mayores que en muchos casos, buscan su retiro en lugares apacibles y con condiciones climáticas terapéuticas que no disfrutaban en sus países de origen y deciden instalarse en otros Estados.

Debido a una circulación transfronteriza cada vez mayor de jubilados, entre los que se incluyen adultos vulnerables, la protección jurídica de los mismos debe ser un pilar del derecho a la libre circulación de las personas. Considerando las disparidades que existen entre las legislaciones de los diferentes Estados en el ámbito del estatuto personal y en relación con la situación de los adultos vulnerables, torna necesario la cooperación entre los Estados para

reforzar y mejorar el nivel de protección jurídica transfronteriza de las personas mayores de edad.

El establecimiento de un régimen jurídico de protección internacional del adulto mayor, muchas veces en situación de dependencia, tiene impacto en los ciudadanos de un Estado y muy especialmente en los extranjeros que residen permanentemente o parte del año en un Estado de acogida, e incluso para los dependientes de un Estado residentes en el extranjero, y emigrantes de un Estado que retornan a su país de origen¹. Todo ello es el eje fundamental de la reflexión realizada en este trabajo.

I. EL ESTATUTO PERSONAL

Desde puntos de vista postmodernos, se ha defendido el papel del Derecho internacional privado como un “canal de comunicación entre culturas”². En este sentido, nuestra disciplina estaría llamada a proporcionar cauces de convivencia, integración y respeto de la diversidad cultural. Sin embargo, también el Derecho internacional privado debe suministrar los límites de la tolerancia de la diversidad cultural.

En la consecución de estos objetivos, el Derecho internacional privado comparado arroja luces y sombras y se enfrenta a algunos problemas de alcance general en el tratamiento del llamado tradicionalmente “*estatuto personal*”³. Los conflictos interculturales que suscitan las distintas concepciones sobre el mismo, requieren una respuesta adecuada por parte del Derecho internacional privado.

Se designa como *estatuto personal* al conjunto de materias concernientes a la persona -en tanto tal-, en la vida social o, según el caso, al conjunto de leyes que se le aplican.

La noción del estado de las personas comprende, en el Derecho internacional privado el estatuto individual: estado civil, nombre, domicilio y capacidad, que engloba a la vez la determinación de la incapacidad y la protección del incapaz. Dada la importancia que actualmente tiene la nueva categoría de los derechos de la personalidad, Audit⁴ se pregunta si no sería conveniente incluirlos también en el *estatuto personal*.

Dentro del *estatuto personal* se incluye el estatuto familiar, aunque sobre su contenido no existe unanimidad en las diversas legislaciones. Si bien todos están de acuerdo en incluir los llamados derechos extrapatrimoniales –matrimonio, divorcio, filiación-, no sucede lo mismo en lo que respecta a los derechos patrimoniales. Así, por ejemplo, el derecho peruano incluye en este estatuto los regímenes de bienes del matrimonio, e incluso el derecho sucesorio, otros derechos, como es el caso del derecho francés, excluyen estas materias del estatuto personal, vinculando los regímenes matrimoniales al régimen de los contratos y las sucesiones al estatuto real⁵.

En lo que concierne a la delimitación del ámbito de aplicación sustantivo del estatuto personal y, por ende, del supuesto de hecho de las normas de conflicto de los diferentes sistemas

¹ Cfr. DURÁN BERNARDINO, M. (2011). “PROTECCIÓN JURÍDICO-SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS DEPENDIENTES”. En GARCÍA CASTAÑO, F.J. y KRESSOVA, N.. (Coords.). *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 815-826). Granada: Instituto de Migraciones. ISBN: 978-84-921390-3-3.

² Cfr. SÁNCHEZ LORENZO, S., “POSTMODERNISMO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”, *R.E.D.I.*, vol. XLVI (1994/2), pp. 576-580; E. JAYME, “IDENTITÉ CULTURELLE ET INTÉGRATION: LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ POSTMODERNE (COURS GÉNÉRAL DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ)”, *R. des C.*, T. 251 (1995), esp. pp. 262-264.

³ SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “GLOBALIZACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol.17, Madrid, 2005, p. 101.

⁴ AUDIT, BERNARD, *Droit International Privado*, París, Editoril Económica, 1997, p. 114

⁵ DELGADO BARRETO, CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, *Introducción al Derecho Internacional Privado, Tº I, Conflicto de Leyes, Parte General*, Fondo Editorial, Dirección Académica de Investigación, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 188.

de Derecho internacional privado para determinar el ordenamiento nacional aplicable al mismo, un análisis de Derecho comparado nos ofrece un panorama que, en esencia, se resume en la existencia de tres concepciones⁶:

1.- la *estricta*, en la que el estatuto personal estaría conformado por *el estado civil y la capacidad* como consecuencia de una consideración de la *persona como individuo aisladamente considerado*;

2.- la *intermedia*, que añadiría a lo anterior las *relaciones de familia* por entender a *la persona en su calidad de miembro de una institución familiar*; y

3.- la *amplia* que agregaría a lo precedente la *sucesión mortis causa* por asentarse en un concepto de *la persona como miembro de una sociedad*.

Respecto a la conexión del estatuto personal no existe acuerdo entre los diversos sistemas jurídicos, dividiéndose las opiniones entre los participantes de la *ley del domicilio* y los de la *ley nacional*. Los países latinoamericanos, los anglosjones y los escandinavos se inclinan por la ley del domicilio, mientras que los países de Europa continental, los del Medio Oriente y los de Extremo Oriente optan por la ley nacional⁷.

A. La disyuntiva entre nacionalidad, domicilio y residencia habitual

La disyuntiva entre la integración-asimilación del inmigrante y el respeto a su identidad cultural suele justificar la opción respectiva entre la *ley de la nacionalidad* o la *del domicilio* o la *ley de la residencia habitual* como conexiones para determinar la ley aplicable.

1- Argumentos a favor de la ley de la nacionalidad

El primer argumento esgrimido es el de su *estabilidad*. Se estima, por una parte, que la ley nacional es la más respetuosa con la identidad cultural en la medida en que refleja la ley de origen del individuo, aquella con la que presenta un vínculo personal más estrecho. Sin duda esto ocurre así en muchos casos, pero la asimilación entre identidad nacional e identidad cultural tiende a difuminarse en muchas otras hipótesis. Por una parte, la remisión a la ley nacional puede conducir a sistemas jurídicos religiosamente comprometidos, imponiendo al inmigrante la aplicación de una ley nacional que presupone ciertas creencias, en contra de su auténtica libertad personal⁸, o, incluso, de los propios cambios sociales no reconocidos por el sistema jurídico estatal. Asimismo, muchos Estados son esencialmente multiculturales, y la diversidad de legislaciones no ampara una diversidad de nacionalidades.. La pluralidad legislativa de base personal implica en estos países el célebre problema de la remisión a sistemas plurilegislativos donde la ley nacional debe exceptuarse a favor de conexiones más abiertas: “vínculos más estrechos” o “principio de proximidad”. Pero, en segundo lugar, los movimientos migratorios han generado, como se ha dicho, la presencia de grupos o minorías pertenecientes a otra cultura, que terminan accediendo a la nacionalidad del Estado de acogida, aunque sea en sucesivas generaciones. También esta convivencia multicultural justifica una disgregación de los propios ciudadanos de origen de dichos Estados. Es perfectamente posible que un ciudadano nacional de un Estado adquiera la nacionalidad del Estado de acogida, sin perder por ello sus rasgos culturales. Estas situaciones generan “conflictos” que no deben descartar soluciones muy

⁶ RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de I+D del Ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de España “LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA” (DER2008-05299/JURI), *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 186-202, ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

⁷ DELGADO BARRETO / CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, Ob. cit., p. 188

⁸ Cfr., PASTORE, F., “FAMIGLIE IMMIGRATE E DIRITTI OCCIDENTALI: IL DIRITTO DI FAMIGLIA MUSULMANO IN FRANCIA E IN ITALIA”, *Riv.dir.int.*, 1993, p. 145.

parecidas a las propias de las situaciones internacionales, en especial, recursos como el análisis en dos escalones⁹.

2. Argumentos a favor de la ley del domicilio

Los principales argumentos expuestos a favor de la ley del domicilio son los siguientes:

1º: Se invoca que esta conexión es la más conveniente al interés de los individuos, a quienes le conviene estar sometidos a la ley donde viven. Este es el argumento central que esgrimen los anglosajones.

2º Como el estatuto personal comprende el estatuto familiar, en caso de matrimonios mixtos, como los esposos tienen generalmente el mismo domicilio, no existe dificultad si se aplica la ley del domicilio, que es la ley personal de ambos consortes. La ley del domicilio permite en la gran mayoría de los casos designar una ley única para regir el estatuto personal¹⁰.

3º La situación demográfica de los países tiene importancia en la elección de la ley aplicable al estatuto personal. El interés de los Estados de inmigración es que los extranjeros que se radican como inmigrantes sean asimilados lo más rápidamente posible, y esto se logra más fácilmente sometiendo su estatuto personal a la ley del domicilio¹¹.

Se invoca, además, que es la más conveniente al *interés de los individuos*

3. Criterio de la residencia habitual

La aplicación de la *ley de la residencia habitual*, por su parte, fomenta la integración del extranjero, que ve sometidas sus relaciones personales y familiares a la ley del país de inmigración. Los movimientos migratorios provocan una gran rigidez de las normas de extranjería, de forma que resulta común que el acceso a la nacionalidad del Estado de acogida requiera un período de residencia, por otra parte “legal”, sumamente largo y de justificación compleja. Afirma Sánchez Lorenzo que si bien, en estos supuestos, el inmigrante no accede a la nacionalidad, ostenta, sin embargo, una suerte de “*nacionalidad sociológica*”. Al resultar aplicable la ley nacional, la política de extranjería está “contaminando” la regla relativa al estatuto personal (ley nacional) que pretende aplicar la ley más próxima al sujeto. Si se quiere respetar este valor sin modificar las normas de inmigración, sólo cabe preferir la “nacionalidad sociológica” o anticipar dicha nacionalidad a los efectos del Derecho aplicable, mediante el recurso a la “ley de la residencia habitual”. A través de esta alternativa se estaría facilitando la propia integración del inmigrante¹².

Nos, dice Audit, que el concepto de residencia habitual se separa tanto del concepto de *domicilio* como de la *nacionalidad*, en el sentido que quiere ser puramente localizador, desligado de toda la connotación de pertenencia a un Estado, pero que está incuestionablemente más próximo al concepto de *domicilio* que al de la *nacionalidad*¹³.

⁹ Las *Sentencias. Hoge Raad de 18 de noviembre de 1983, 28 de noviembre de 1984 y 30 de marzo de 1984*, extraídas por H. Jessurun d'Oliveira, ilustran este método en sendos supuestos de contratos laborales con elemento internacional, en que el despido afectaba, respectivamente, a ciudadanos chino, marroquí y turco, empleados en los Países Bajos. Pese a la aplicabilidad de la ley holandesa (*lex fori* y *lex causae*), el Tribunal tuvo en cuenta la diversidad cultural del caso y el Derecho de origen para determinar cuestiones tales como la configuración de la relación patrono-empleado o la legitimidad de una ausencia laboral motivada por razones de desplazamiento al país de origen o convicciones religiosas (Ramadán). SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “GLOBALIZACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA”, ob. cit. p. 102.

¹⁰ DELGADO BARRETO, CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, Ob. cit., p. 188

¹¹ DELGADO BARRETO, CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, Ob. cit., p. 188

¹² SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “GLOBALIZACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA”, ob. cit. p. 103

¹³ Cfr. AUDIT, BERNARD, Ob. cit. pp. 131-133

B. El papel de la autonomía de la voluntad

La fuerza expansiva de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado no patrimonial es una realidad¹⁴, y afecta en primer término a aquellas instituciones del Derecho no patrimonial que revelan, sin embargo, un alcance económico o patrimonial: régimen económico matrimonial y sucesiones; pero se extiende también a materias estrictamente personales: efectos del matrimonio, divorcio, nombre y apellidos¹⁵.

Audit¹⁶, por su parte, expresa que si bien el estatuto personal es una materia tradicionalmente considerada como imperativa, la evolución de las costumbres en la mayor parte de los países europeos ha traído como consecuencia la reforma del derecho de familia. Esto ha llevado a considerar el estatuto personal como un aspecto de la vida privada de los individuos y, por consiguiente, a la necesidad de tener en cuenta su voluntad. Esta tendencia individualista aparece igualmente en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos¹⁷.

Dentro de este contexto parece natural permitir a la persona cuyo estatuto está vinculada a más de una ley elegir alguna de ellas, susceptibles de aplicarse. Sin embargo, la eventual elección no puede ser ilimitada, sino que debe quedar circunscripta a las leyes que presentan un lazo significativo con la situación¹⁸.

C. Correctivos materiales

1. Método del segundo escalón

La perspectiva conflictual no es suficiente, sin embargo, para dar una respuesta completamente eficiente a las situaciones personales internacionales en que colisionan distintas concepciones culturales, pues la técnica conflictual “nacionaliza” situaciones heterogéneas y genera “*conflictos ocultos*”. El análisis en dos escalones trata de dar respuesta, desde el Derecho de familia, a esta dificultad clásica del planteamiento savignyano. En estos casos, aunque el primer escalón remite a la *lex fori*, en un segundo escalón se tiene en cuenta el elemento extranjero e intercultural para interpretar el Derecho nacional a la luz del Derecho extranjero, quizá considerado como simple dato, con el único fin de incorporar a la decisión las diferencias culturales, religiosas y sociales que pueden apuntar a una decisión más modulada o incluso antagónica respecto de aquellos supuestos en que no concurren tales diferencias¹⁹.

2. El orden público internacional

El correctivo clásico del “orden público internacional”²⁰ se erige como un elemento de equilibrio insoslayable en un sentido inverso: como “límite a la tolerancia”. El fundamento o razón de esta excepción está en la defensa de ese reducto o núcleo básico de principios y valores del ordenamiento del foro que es, por así decirlo, su personalidad, frente a lo ataques de normas extranjeras que, inicialmente, fueron llamadas por la norma de conflicto del foro.

¹⁴ Cfr. SÁNCHEZ LORENZO, S-, “EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA FAMILIA”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, pp. 207-230.

¹⁵ SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “GLOBALIZACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA”, ob. cit. p. 103-104

¹⁶ Cfr. AUDIT, Bernard., ob. Cit. pp. 131-133

¹⁷ DELGADO BARRETO / CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, ob. cit, p. 191

¹⁸ DELGADO BARRETO / CÉSAR, DELGADO MENÉNDEZ, MARÍA ANTONIETA, CANDELA SÁNCHEZ, CÉSAR LINCOLN, ob. cit, pp. 191-192

¹⁹ SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “GLOBALIZACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA”, ob. cit., p.108

²⁰ El OP, en el sentido técnico en que aquí lo utilizamos, está constituido por los valores fundamentales de una comunidad, en un momento determinado, manifestados básicamente en una serie de principios y concretados generalmente en ciertas normas.

Podemos señalar que en esta cuestión, ya sea en lo referente a la determinación del concepto como a su aplicación práctica, nos encontramos frente a un tema de interpretación de la ley, que es en definitiva el de mayor trascendencia en el mundo jurídico y para resolverlo, entra en juego el complejo cultural de formación del intérprete, quien en cada caso reaccionará de acuerdo a su razón subjetiva.

Aunque deba partirse de un concepto “atenuado” de orden público, que limite su intervención a aquellos casos en que resulte auténticamente imprescindible para garantizar una protección material e individual de los derechos fundamentales, su presencia es inevitable. El correctivo debe funcionar en todo caso con la necesaria sensibilidad hacia la diversidad cultural, lo que no es incompatible con una tutela efectiva de los derechos humanos. En Europa, este planteamiento ha trascendido a la hora de interpretar el correctivo de orden público, particularmente en el ámbito del Derecho de familia.

Jayne²¹ se refiere a la concreción del orden público como correctivo funcional, concretamente cuando la pauta de valoración se extrae de un convenio internacional, aunque no se halle en vigor en el foro⁵⁷. Pues bien, con carácter general, esta apertura valorativa, fruto del fenómeno multicultural, redundará en beneficio de un principio de libertad personal, reconocido con carácter general en las Constituciones de los países occidentales. A ello se añade, como contrapunto, que los movimientos migratorios generan una vinculación de las relaciones jurídicas familiares con el país de inmigración que muy a menudo parece justificar una acción discriminada del orden público, que se ampara no tanto en parámetros jurídicos como antropológicos. En muchos casos, la normativa extranjera contraria al orden público encuentra una explicación antropológica que no es ya defendible en otro contexto territorial y cultural, lo que facilita la actuación del correctivo de orden público y el papel dominante de la *lex fori*²².

La diversidad de estatutos personales pone de relieve que la variabilidad de las migraciones influye ciertamente en la ley aplicable al estatuto personal, razón por la cual, se presentan conflictos en los casos de la circulación internacional de las personas físicas. En los supuestos transfronterizos que se presentan por las migraciones de adultos mayores, que necesitan de una protección particular precisamente en atención al envejecimiento, queda en evidencia la fragilidad del estatuto personal al que están sujetos, pues la variabilidad del estatuto personal converge con la variabilidad del hecho migratorio.

Es por ello, que consideramos la necesidad de contar con un instrumento internacional jurídicamente vinculante que asegure el goce efectivo de los derechos de las personas de edad avanzada.

II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS DE EDAD O ADULTO MAYOR

Como hemos expresado anteriormente, uno de los grandes temas en la sociedad de nuestros días es el progresivo envejecimiento de la población, que ha provocado que el número de personas mayores aumente.

El envejecimiento poblacional constituye una revolución demográfica que es necesario conocer y potenciar. Vivir más años es un logro histórico que debe reflejarse en: readecuación de las políticas públicas, formulación de las legislaciones nacionales, organización de la sociedad, adecuación de las respuestas diferenciadas de los Estados a los cambios de la estructura por edades de la población.

Este proceso de envejecimiento, uno de los más acelerados del mundo, puede caracterizarse por dos fenómenos propios de las últimas décadas: la *baja de las tasas de*

²¹ Citado por SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “GLOBALIZACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA”, ob. cit., p. 108

²² SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “GLOBALIZACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA”, ob. cit., p. 109

fecundidad y el aumento de la esperanza de vida. Según documentos de la CEPAL²³, aunque a corto plazo la región registrará una baja de la relación de dependencia demográfica total (el número de niños y adultos mayores por cada persona en edad de trabajar), ya en el año dos mil veinticinco el proceso de envejecimiento pasará a dominar la fecundidad y la tasa global de dependencia de la región aumentará persistentemente. Según opinión de los demógrafos de la Organización de Naciones Unidas-ONU, es muy probable que, en un plazo de cincuenta años, haya por primera vez en la historia más personas mayores de sesenta años que niños menores de quince. Mientras ahora una de cada diez personas tiene menos de sesenta años, en el año dos mil cincuenta la proporción será de una por cada cinco. Y se espera que las cifras de los que tienen más de ochenta años ("personas de edad mayores") se quintuplique²⁴.

- El aumento espectacular de la expectativa de vida aunque, en ocasiones, acompañada de una fuerte dependencia familiar, sanitaria y social,
- el descenso de la natalidad que ha reducido considerablemente el número de miembros de la familia y por tanto el principal potencial protector de este tipo de personas;
- la carrera por los logros científicos a costa, en ocasiones, del sacrificio de valores y principios naturales del ser humano;
- el fenómeno migratorio multicausal, que ha llevado a los jóvenes a salir de sus núcleos familiares por imposición de la llamada globalización como fenómeno económico de implicación social, política y cultural y a los mayores a buscar su retiro en lugares apacibles y con condiciones climáticas terapéuticas;
- la desestructuración de los núcleos familiares fruto de algunas de las causas mencionadas y de otras de fuerte impacto social y familiar.

Todo ello, ha provocado un aumento paulatino del número de mayores dependientes en diferente grado, con núcleos familiares reducidos o desestructurados y con grandes limitaciones para hacerse cargo del equilibrio integral físico, emocional, social y económico que necesitan estas personas.

A. La concepción de las personas mayores como sujetos de derecho

Las personas mayores son sujetos de especiales derechos, cuya concreción avanza rápidamente, tanto en el campo del Derecho Internacional, Comunitario y de la Integración, como en el del Derecho de fuente autónoma. El desafío es enorme, debido a que en el contexto actual, junto con lograr que las personas mayores sean reconocidas como sujetos de derechos, se deben crear reglamentos, políticas e instituciones que les garanticen su pleno goce y ejercicio.

Al decir de Vicente Blanco, "desde una perspectiva general, se ha abierto un proceso de discusión sobre la existencia de una rama del Derecho que se ocupe de la materia, un verdadero Derecho de la ancianidad"²⁵

Según Dabove, el proceso de especificación de los derechos Humanos provocó el desarrollo de dos tipos de fuentes formales aplicables en materia de Derecho de la Ancianidad: 1) los catálogos de los Derechos Humanos que pueden ser directamente aplicables debido a su

²³ Comisión Económica para América Latina-

²⁴ A tal fin, tomamos en cuenta, el esquema de análisis de los Documentos de la CEPAL los cuales se apoyan en abundante material gráfico, que ilustra los principales mensajes del diagnóstico y sus posibles repercusiones en materia de políticas, legislación y planes sobre envejecimiento.

²⁵ VICENTE BLANCO, DÁMASO JAVIER, "La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones", en *OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES*, v. 1, n. 8 (2011) – *Ancianidad, derechos humanos y calidad de vida*, ISSN: 2079-5971 ISSN: 2079-5971, p 5. El autor señala que "su más relevante valedora ha sido la profesora argentina de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Rosario, Dra. M. Isolina Dabove, con los antecedentes de su maestro, el profesor Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani (Dabove 2003, 2006a, 2006b; 2008 y 2012; Ciuro Caldani, 1992 y 1995), p. 5. <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/94>

rango constitucional²⁶, y 2) aquellos documentos que sólo sirven como principios orientativos o criterios generales de interpretación jurídica²⁷. Sin embargo, indica Dabove, la consagración final de los Derechos Humanos, siempre “está dirigida tanto a proteger el derecho individual de cada anciano a verse libre de discriminaciones arbitrarias como a exigir medidas políticas de discriminación positiva”²⁸.

La concepción de las personas mayores como *sujetos de derecho* se inserta en un contexto más amplio de análisis teórico-político referido a la atribución de derechos a ciertos grupos desfavorecidos o vulnerables²⁹.

La sociedad y sus instituciones, en términos estructurales e ideológicos, aún no se han adaptado a la nueva composición por edades de la población, y continúan funcionando sobre la base de un imaginario asentado en la juventud.

Los derechos de las personas mayores se encuentran abordados de manera superficial por diversos instrumentos internacionales, ya que a diferencia de otros grupos considerados vulnerables, como mujeres y niños, los derechos de los que debieran gozar no han sido consagrados en un documento global de carácter vinculante y no se cuenta con algún mecanismo que vigile y haga valer la obligatoriedad de la aplicación del conjunto de *Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad*³⁰ en cinco ámbitos principales: *independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad*³¹.

²⁶ Dabove menciona: a) *Fuentes de Derecho Internacional*: Declaración de Derechos Humanos de 1948; los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de derechos civiles y de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. b) *Fuentes de Derecho Regional Americano*: Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá) de 1948; Declaración Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969/84; Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1979; Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1979; c) *Fuentes de Derecho Interno vinculadas con la aplicación de las fuentes internacionales y americanas*: Ley 16.986/66, sobre Acción de Amparo (art. 43 C.N.); Ley 17.454/81 sobre Acción de Amparo contra acto y omisión de un particular (art. 43 C.N.); Ley 23.098/84 sobre Recurso de Habeas Corpus (arts. 43 y 18 C.N.); Ley Recurso de Habeas Data (art. 43 C.N.); Ley 23.592/88 sobre Derechos y garantías constitucionales. Actos discriminatorios. Sanciones para quienes lo ejecuten. Ver. DABOVE M. ISOLINA / PRUNOTTO LABORDE, A., Directores, “Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria”, Rosario, Juris, 2006, ps. 30-31.

²⁷ En este grupo, Dabove menciona a fuentes formales, a las cuales califica como *fuentes de interpretación*: a) *Fuentes interpretativas de Derecho Internacional*: Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento de 1982; Principios de la ONU a favor de las personas de edad de 1991; Informe sobre los Derechos de las personas de edad en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –UN. Doc.E/C.12/1999/16/Rev.1-, de 1995; Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, de 2002; Convención de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos, del año 2000. b) *Fuentes interpretativas de Derecho Regional Americanas*: Código Sanitario Panamericano de 1924; Constitución de la Organización Panamericana de la Salud de 1947; Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integradas para las Personas Mayores en el Área Interamericana de 1992; Declaración Gerontológica de La Habana de 1992; Declaración de Montreal de 1999. Ver. DABOVE M. ISOLINA / PRUNOTTO LABORDE, A., Directores, Ob. cit. ps. 31—34.

²⁸ DABOVE M. ISOLINA / PRUNOTTO LABORDE, A., Directores, Ob. cit. p. 30.

²⁹ Mujeres, Niños (as), Personas con discapacidad, Migrantes, Indígenas.

³⁰ Resolución 46/91, Adoptada por la Asamblea General.

³¹ *Independencia*. 1. Las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuados, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia. 2. Las personas de edad deberán tener la oportunidad de trabajar o de tener acceso a otras oportunidades de generar ingresos. 3. Las personas de edad deberán poder participar en la determinación de cuando y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales. 4. Las personas de edad deberán tener acceso a programas educativos y de formación adecuados. 5. Las personas de edad deberán tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a la evolución de sus capacidades. 6. Las personas de edad deberán poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.

Participación. 7. Las personas de edad deberán permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y pericias con las generaciones más jóvenes. 8. Las personas de edad deberán poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a

B. El enfoque de derechos aplicado a las personas de edad

Como hemos expresado, la demanda de reconocimiento de derechos particulares a grupos desfavorecidos o vulnerables lleva hoy a reivindicaciones grupales o colectivas en las que los sectores o grupos sociales históricamente discriminados, postergados o desaventajados reclaman la remoción de barreras legales, económicas y sociales que impiden o limitan su participación y acceso a distintas esferas sociales. Reclaman asimismo, la visibilización como grupo³², el reconocimiento de diferencias específicas y la remoción de pautas aparentemente neutrales. Todos estos grupos reclaman porque la igualdad formal –de derecho y de hecho –sólo se aplica a determinados grupos sociales (androcentrismo)³³.

La adopción de convenciones específicas para un grupo determinado reafirma la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos en general en otros instrumentos de Derecho internacional³⁴. Son parte de nuevas reivindicaciones para, expandir, especificar y profundizar los derechos humanos; atenuar la alta vulnerabilidad de estos grupos; reconocer los déficits acumulados; y garantizar que las medidas pertinentes presten la debida atención a la situación particular de estos grupos sociales.

El ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de las personas de edad reclama legislación, políticas, planes sobre envejecimiento, a fin de evitar las violaciones de derechos humanos de las personas mayores. Ello plantea un cambio de paradigma, basado en el *enfoque de derechos aplicado a las personas de edad*,³⁵ el cual considera que el Derecho internacional de los Derechos humanos es el marco conceptual aceptado y capaz de ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito de la protección jurídica internacional de las personas mayores³⁶.

sus intereses y capacidades. 9. Las personas de edad deberán poder formar movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada.

Cuidados. 10. Las personas de edad deberán poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad. 11. Las personas de edad deberán tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de enfermedades. 12. Las personas de edad deberán tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado. 13. Las personas de edad deberán tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro. 14. Las personas de edad deberán poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.

Autorrealización. 15. Las personas de edad deberán poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial. 16. Las personas de edad deberán tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad.

Dignidad. 17. Las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotación y de malos tratos físicos o mentales. 18. Las personas de edad deberán recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica.

³² Existencia en la agenda de desarrollo.

³³ <http://www.eclac.cl/celade/noticias/paginas/9/34089/SandraHuenchuan.pdf>

³⁴ Vgr. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Convención de los Derechos del Niño (1989); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2007); Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

³⁵ Principales características de un enfoque de derechos: Mecanismos de responsabilidad Igualdad y no discriminación; Participación y empoderamiento de grupos excluidos; Realización progresiva e indicadores de referencia.

³⁶ Puede verse al respecto: PEREYRA, LUIS CRUZ, “La Protección Internacional de las Personas Mayores. Un cambio de paradigma”, en *Nuevos Paradigmas de Familia y su reflejo en el Derecho Internacional*, DREYZIN DE KLOR, ADRIANA / ECHEGARAY, CARLOS EDUARDO, Directores, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, mayo de 2011, ps. 237 a 270. En este trabajo, el autor resalta los textos jurídicos de las más importantes organizaciones internacionales que, de una u otra forma, servirán de instrumentos de protección de los Derechos de los Adultos

III. CONVENIO DE LA HAYA DEI 13 DE ENERO DE 2000 SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ADULTOS

Las migraciones transfronterizas de adultos mayores plantean situaciones jurídicas que dan lugar a conflictos que el Derecho Internacional Privado debe solucionar³⁷ desde el ángulo visual del conflicto de jurisdicciones y de leyes, en pos de la eficacia extraterritorial de las medidas de protección adoptadas sobre la persona, los bienes y los derechos, de las personas de edad.

Es por ello, que consideramos muy importante destacar que en el ámbito internacional, específicamente en el foro codificador de la Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado, se suscribió³⁸ el texto definitivo del *Convenio sobre protección internacional de Adultos*³⁹.

El problema de los adultos mayores o personas de edad es el que han tenido en cuenta todos los Conferencistas de La Haya, ya que, en realidad, las personas incapacitadas son proporcionalmente pocas y la situación resulta más clara y menos compleja que la que se produce en relación a este numeroso grupo de personas que han sido perfectamente capaces, *que no tienen, en principio, ninguna causa de incapacidad* y que, sin embargo, sufren una disminución de sus facultades en razón de la edad, que les impide regir eficientemente su persona y/o sus bienes, con el agravante de ser fácilmente influenciados por terceros, no siempre bien intencionados⁴⁰.

El texto adoptado tiene un interés indudable ya que introduce normas de una gran novedad, no sólo en lo que se refiere a su objeto, es decir, la protección internacional de adultos, sino que también lo tiene en cuanto puede servir de "fermento" para la evolución de la legislación interna⁴¹.

Del breve examen que haremos del referido Convenio puede deducirse el interés del tema y el avance que significa el texto adoptado, que responde a una necesidad evidente.

A. Rasgos Generales del Convenio

El propio Convenio define su ámbito de aplicación cuando refiere que se aplica a las situaciones de carácter internacional de protección de los adultos, quienes en razón de una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses (artículo 1, apartado 1)⁴². La doctrina señala que uno de los puntos más novedoso que

Mayores , haciendo un breve análisis de los progresos alcanzados respecto a la incorporación de las personas mayores en los instrumentos internacionales y en el marco más amplio de los derechos humanos..

³⁷ Como por ejemplo, la necesidad de gestionar o vender los bienes de la persona de edad, o de abrir su sucesión, en caso de fallecimiento, en el país de su nueva residencia. Piénsese en la persona extranjera de edad que sufre un accidente en el país de residencia o que ve empeorar su salud y que ya no puede adoptar las decisiones que en ese caso sea necesario tomar en resguardo de la persona o los bienes del adulto. Cfr. VICENTE BLANCO, DÁMASO JAVIER, Pág. Web cit., p.5.

³⁸ Con fecha de 13 de enero de 2000. Entrada en vigor: 01-01-2009

³⁹ Con fecha de 13 de enero de 2000. Entrada en vigor: 01-01-2009, Última actualización: 18-IV-2012, Número de Estados contratantes del Convenio: 7. Alemania, Estonia Finlandia, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa y Suiza. www.hcch.net .- [http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=71#nonmem#nonmem\(11-11/2012\)](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=71#nonmem#nonmem(11-11/2012)).

⁴⁰ HERRERA, MARÍA MARTA LUISA, "COMPETENCIA NOTARIAL EN ASUNTOS NO CONTENCIOSOS. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA PROTECCIÓN DEL ADULTO, CON ESPECIAL HINCAPIÉ EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PERSONA MAYOR DE EDAD", XIII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA <http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/privado.asp>, p.3

⁴¹ BORRÁS, ALEGRIA, "UNA NUEVA ETAPA EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ADULTOS," http://redadultosmayores.org.ar/buscador/files/JURID019Borras_pdf

⁴² Artículo 1, apartado 1: "El Convenio se aplica, en situaciones internacionales, a la *protección de ADULTOS que, en razón de una alteración o de una insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de atender a sus intereses*".

introduce el Convenio es la *incidencia de la voluntad del Adulto* al prever la posibilidad que organice su protección cuando todavía está en pleno uso de sus facultades⁴³.

Al respecto debe señalarse que, si bien la situación de los ancianos se tuvo particularmente en cuenta, no son ellos los únicos destinatarios de las regulaciones que comentamos.

A los fines de la aplicación de este Convenio no es necesario que exista medida alguna de incapacitación, que de hecho son poco frecuentes, sino que lo que se tuvo en cuenta es la situación de una persona de edad que no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses, en la mayoría de los casos económicos, pero también personales. La protección que contempla en particular, no es la de la persona que tiene disminuidas sus facultades por causa de una enfermedad, aunque también quede incluida, sino la de un numeroso núcleo de población de edad avanzada, que necesita de una protección particular precisamente en atención al envejecimiento. Esta idea de *protección sin incapacitación*⁴⁴, aparece como una de las novedades del Convenio de La Haya. Sin embargo, el adulto es *a priori* una persona capaz, salvo que se demuestre lo contrario, es decir, entre tanto no exista una medida de protección que le limite o suprima su capacidad. Por ello, en la actualidad, se persigue preservar todo lo posible esa capacidad. Damaso p 7 El Convenio del 19 de octubre de 1996 relativo a *la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* sirvió para la preparación de un Convenio sobre protección de adultos, en un período muy breve, que culminó con el Convenio del 13 de enero de 2000. El origen del nuevo Convenio en el de 1996 sobre protección de niños, llevó en un principio a que se pretendiera introducir en su texto una referencia al *"interés superior del adulto"*, del mismo modo que en el Convenio de 1996, el cual hace referencia al *"interés superior del niño"*⁴⁵. Finalmente, tal mención no fue introducida, puesto que así como el interés superior del niño es un valor indeterminado reconocido universalmente y que debe prevalecer en todo caso, es imposible precisar cómo y frente a quién podía prevalecer el interés superior del adulto y de ahí que únicamente deba procederse en *"interés del adulto"*.⁴⁶

Coincidimos con la Catedrática Alegría Borrás⁴⁷, en que los aspectos fundamentales regulados en el Convenio que la distinguen de todas las otras regulaciones anteriores de la materia, son: a) el reconocimiento de la relevancia de la voluntad del adulto, que para el Convenio es toda persona mayor de 18 años; b) los aspectos relacionados con los cuidados médicos.

En relación con el reconocimiento de la voluntad del adulto en cuestiones relativas al gobierno de su persona y bienes, la misma es de obvia relevancia. El Convenio prevé el respeto- con ciertos límites y controles- de la voluntad del adulto libremente manifestada con anterioridad por el mismo, en respuesta a las necesidades que se plantean respecto de las personas de edad avanzadas y el deseo de evitar influencias no deseadas o captaciones de su voluntad por parte de familiares o extraños, cuando ya no tuvieran perfecto discernimiento.

⁴³ http://redadultosmayores.org.ar/buscador/files/JURID019_Borras.pdf

⁴⁴ Conocida en algunos ordenamientos internos, como el alemán.

⁴⁵ Un sector de la doctrina, considera que el *interés superior del menor* es un principio general del derecho, otros conciben que dicho interés es multiforme y algunas de sus formas son impalpables. También se lo ha entendido como factor de aproximación entre sistemas jurídicos, delegación del poder normativo o una abdicación del legislador, criterio de interpretación y resolutorio de conflictos, concepto jurídico indeterminado. Puede decirse, entonces, que este concepto tiene como característica su imprecisión, o al menos la mutabilidad del mismo, sin embargo, deberá estar siempre presente cada vez que se tomen medidas concernientes a los niños lo cual complica la labor del intérprete y de quien aplica el derecho. La definición de este concepto resulta dificultosa en el ámbito del derecho interno, y la dificultad se acentúa en el del Derecho internacional privado de la minoridad. El Art. 3.1 de la Convención de los Derechos Del Niño establece: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*

⁴⁶ BORRÁS, ALEGRIA, Pág. Web cit.

⁴⁷ BORRÁS, ALEGRIA, Pág. Web cit.

Esta inclusión importa el reconocimiento de la autonomía de la voluntad del adulto y permite la aplicación a la cuestión, de todas las demás reglas del Convenio referentes al reconocimiento, ejecución y cooperación de autoridades.

El Convenio es expresión de la necesidad paulatina del Derecho de atender los intereses en juego en la relación jurídica transfronteriza concreta, y en particular de las personas en posición de debilidad, en este caso, adultos en situación de disminución o insuficiencia de sus facultades personales⁴⁸.

1.- Objeto del Convenio

El mismo está fijado en el artículo 1, apartado 2:

- Determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para la adopción de medidas de protección de la persona o los bienes del adulto;
- Determinar la ley aplicable, por estas autoridades en el ejercicio de su competencia;
- Determinar la ley aplicable a la representación del adulto;
- Asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; y
- Establecer un sistema de cooperación entre autoridades de los Estados Contratantes para la realización de los objetivos del Convenio.

2.- Persona protegida.

La persona protegida es la persona “adulta”, debiéndose obrar siempre en protección del interés del mismo. Se entiende por “adulto” a toda persona que ha alcanzado la edad de dieciocho años (artículo 2, apartado 1)⁴⁹, pues hasta esa edad se aplicará el Convenio de 1996 sobre protección de menores. Aunque para dar continuidad a las instituciones de protección, se establece que el Convenio se aplica igualmente a las medidas relativas a un adulto que no hubiera alcanzado la edad de dieciocho años cuando fueron adoptadas (artículo 2, apartado 2)⁵⁰.

Los artículos 3 y 4 del Convenio, enumeran la lista de medidas de protección incluidas y excluidas del mismo, respectivamente. Mientras que la lista de medidas incluidas (precisadas de forma positiva en el artículo 3) no es taxativa, la de medidas excluidas (precisadas de forma negativa en el artículo 4) es una lista cerrada. Las exclusiones del ámbito de aplicación que aparecen en esta lista exhaustiva, obedecen a razones diversas: unas materias quedan excluidas por existir otros Convenios de la propia Conferencia de La Haya, como es el caso de las obligaciones alimentarias; otras, quedan excluidas por ser materias reguladas por normas de Derecho público fuertemente territorializadas, como es la seguridad social. En todo caso, se indica en el párrafo 2 que la exclusión no afectará "a la cualidad de una persona para actuar como representante del adulto".

3.- Competencia

El eje del Convenio sobre protección de adultos es el establecimiento de autoridades judiciales o administrativas, competentes para adoptar medidas de autoprotección de la persona y sus bienes. En materia de *competencia* de los Estados el reconocimiento de la autonomía de la voluntad del adulto no tiene ningún papel, es decir, que la competencia, regulada por los artículos 5 y 6 del Convenio, no se ve alterada por la voluntad del adulto.

El criterio de conexión para determinar la competencia es el lugar de la residencia habitual del adulto (artículo 5), salvo, en el supuesto de refugiados, desplazados o adultos cuya residencia

⁴⁸ VICENTE BLANCO, DÁMASO JAVIER, Pág. Web cit.

⁴⁹ Artículo. 2. apartado 1: Se entiende por “ADULTO” a la persona que ha alcanzado la edad de 18 años.

⁵⁰ Artículo 2, apartado 2: El Convenio se aplica también a las medidas relativas a un adulto que no hubiera alcanzado la edad de 18 años cuando se adoptaron dichas medidas.

habitual no pueda ser establecida, en cuyo caso serán competentes las autoridades del país en que se hallen (artículo 6).

La nacionalidad ha quedado relegada a un criterio subsidiario, excluyéndose incluso para el supuesto de refugiados o desplazados precisamente del Estado de su nacionalidad (artículo 7).

Hemos dicho que en materia de *competencia* de los Estados la autonomía de la voluntad del adulto no tiene ningún papel. Sin embargo la autonomía de la voluntad tendría cabida en materia de competencia de los Estados, en los casos en que, según el artículo 8, las autoridades del Estado que normalmente es competente para intervenir en la cuestión, por propia iniciativa o a petición de otro Estado, requieran a las autoridades que el adulto hubiera elegido por escrito para adoptar medidas a su protección, para que efectivamente las adopten.

4.- Ley aplicable

En el ámbito de la Ley aplicable, la autonomía de la voluntad adquiere más relevancia. El Convenio prevé la posibilidad de que el adulto elija entre un número limitado de ordenamientos jurídicos.

La norma general es que la autoridad competente aplica su propio Derecho interno (artículo 13, apartado 1)⁵¹- No obstante, se prevé que, excepcionalmente, si la protección de la persona o los bienes del adulto lo requiere, podrá aplicarse o tomarse en consideración la ley de otro Estado "con el que la situación presente un vínculo estrecho"(artículo 13, apartado 2)⁵².

El Convenio contiene diversas reglas para la aplicación de las normas de conflicto. Así, el artículo 18, establece que el Convenio tiene naturaleza *erga omnes* lo cual significa que la ley aplicable lo será, incluso, si es la de un Estado no contratante; en el artículo 19 se rechaza el reenvío; el artículo 21 dispone que la ley designada puede ser excluida cuando resulte manifiestamente contraria al orden público; el artículo 20 dispone que las normas imperativas del Estado en el que debe asegurarse la protección se aplican, cualquiera que sea la ley que en otro caso sería aplicable.

En materia de Ley Aplicable, el art. 15 del Convenio dispone que la existencia, extensión, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, sea mediante un acuerdo o por un acto unilateral, para ser ejercidos cuando dicho adulto ya no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a menos que el adulto haya designado expresamente por escrito una de las siguientes leyes:

- la de un Estado cuya nacionalidad posea el adulto,
- la del Estado de la residencia habitual previa del adulto, o
- la de un Estado en que estén situados los bienes del adulto en lo que se refiere a dichos bienes.

Las modalidades de ejercicio de estos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en que se ejercen.⁵³

⁵¹ CAPITULO III - LEY APLICABLE. Artículo 13. 1. *En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley.*

⁵² Artículo 13, apartado 2. *No obstante, en la medida en que lo requiera la protección de la persona o de los bienes del adulto, podrá aplicarse o tenerse en cuenta excepcionalmente la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.*

⁵³ Resaltamos aquí que Argentina ha ratificado la Conferencia Especializada de Derecho internacional Privado de Panamá de 1975, sobre Régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero que en su art. 1 establece que las formalidades relativas al otorgamiento de poderes, que hayan de ser utilizados en el extranjero, se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen, salvo que el otorgante prefiera someterse a la ley del Estado en que hayan de ejercerse. En todo caso, si la ley de este último Estado exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley. Los requisitos de publicidad del poder se someten a la ley del Estado en que éste se ejerce. Los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del Estado donde éste se ejerce. Art. 4 y 5

El art. 16 del Convenio, establece que dichos poderes pueden ser retirados o modificados por medidas adoptadas por una autoridad competente según el Convenio, añadiendo que para retirar o modificar tales poderes la ley determinada en el art. 15 "debe ser tomada en consideración en la medida de lo posible".

5.- Reconocimiento y ejecución

La regla básica es el reconocimiento de pleno derecho de las medidas adoptadas en resguardo de la persona o los bienes del adulto (artículo 22). El reconocimiento se produce de pleno derecho si bien cualquier persona interesada puede pedir que se decida sobre el reconocimiento o el no reconocimiento, rigiéndose en este caso el procedimiento por la ley del Estado requerido.

Las autoridades del Estado requerido están vinculadas por las constataciones de hecho sobre las que ha basado su competencia la autoridad del Estado de origen de la decisión (artículo 24). El procedimiento de registro o de exequátur habrá de ser "simple y rápido" (artículo 25). No podrán proceder a ninguna revisión de fondo de la medida adoptada (artículo 26). Una vez concedido el exequátur, el Convenio termina su función y las medidas de ejecución *stricto sensu* se regirán por la ley del Estado requerido (artículo 27)

6.- Cooperación.

La cooperación en materia de Adultos se articula a dos niveles distintos, de autoridades centrales y de autoridades competentes, además del caso particular del artículo 33. Cada Estado parte podrá designar una o varias "autoridades centrales" (artículo 28) que, además del deber genérico de cooperación, tienen encomendadas una serie de funciones (artículos 29 y 30).

Existe también una cooperación horizontal entre las autoridades competentes, (art. 31) (artículo 34), (artículo 35), (artículos 39 y 40).

El artículo 33 regula una situación particular al disponer que ante una decisión de un Estado que pudiera ordenar la colocación del adulto en un establecimiento situado en otro Estado distinto, se requiere que la autoridad que pretende adoptar tal medida lo comunique a la Autoridad Central o a la autoridad competente del segundo Estado, no pudiendo adoptarse la decisión si este segundo Estado manifiesta su oposición "en un plazo razonable". Si no es así y el acuerdo se adopta, su reconocimiento podría ser rechazado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22, apartado 2, e).

La inclusión o no de los tratamientos médicos en la Convención fue otra de las cuestiones más discutidas. La dificultad de la situación llevó a la creación del denominado "Grupo salud" que acordó un documento de trabajo⁵⁴.

Finalmente, las posiciones se fueron acercando, y se redactaron las disposiciones del texto del Convenio con el doble objetivo de prever una competencia para medidas temporales de protección del adulto, no sólo por tratamiento médico, y, por otra parte, suprimir en el convenio toda referencia al tratamiento médico.

Los criterios del Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos, aunque el mismo no sea derecho vigente actual en nuestro sistema jurídico, nos parecen razonables y equitativos.

VI. LOS ACTOS DE AUTOPROTECCION

Como hemos expresado precedentemente, uno de los aspectos fundamentales regulados en el Convenio de La Haya que la distinguen de todas las otras regulaciones anteriores de la materia, es el reconocimiento de la relevancia de la voluntad del adulto en cuestiones

⁵⁴ Documento de trabajo nº 114, conteniendo la propuesta de las delegaciones de Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Croacia, Canadá, España, Estados Unidos de América, Francia, Irlanda.

relativas al gobierno de su persona y bienes. Por ello nos preguntamos sobre la viabilidad de que el adulto, en el momento que aún resulta capaz, haya previsto el futuro y organizado su propia protección para cuando la necesitase a través de diferentes documentos. Este reconocimiento de la autonomía de la voluntad del adulto, prevista en muchas legislaciones estatales, debe ser considerada al regular las soluciones de Derecho internacional privado⁵⁵

Si bien la protección del adulto puede materializarse a través de diferentes medidas y/o documentos, en este apartado sólo nos referiremos al documento a través del cual una persona, siendo plenamente capaz, dispone acerca de las medidas de protección de su persona o sus bienes para el supuesto de volverse incapaz como consecuencia de la pérdida de su discernimiento o capacidad de autogobierno⁵⁶. Se trata del derecho de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro⁵⁷, ante una eventual pérdida o disminución de sus facultades mentales. En la Argentina ha sido reconocido en prestigiosos fallos relacionados con temas de salud y especialmente tomado con carácter obligatorio, para disposiciones anticipadas de salud⁵⁸.

En el supuesto de las personas de edad avanzada, se trata del derecho de un sector mayoritario de la población mundial de tener una protección jurídica particular, precisamente en atención al envejecimiento.

Al respecto consideramos que, si bien en nuestro país no existe una ley específica que regule estos documentos, el juego armónico de la Constitución Nacional⁵⁹, los Tratados Internacionales⁶⁰ y los principios generales del Derecho⁶¹ sustentan jurídicamente la posibilidad de otorgar los llamados “actos de autoprotección”, los cuales son reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina.

⁵⁵ VICENTE BLANCO, DÁMASO JAVIER, Pág. Web cit., p 7

⁵⁶ HERRERA, M L, “LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA PROTECCIÓN DEL ADULTO, CON ESPECIAL HINCAPIÉ EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PERSONA MAYOR DE EDAD”, Pág. Web cit., p.4

⁵⁷ RAJMIL, ALICIA BEATRIZ - LLORENS, LUIS ROGELIO, “DERECHO DE AUTOPROTECCIÓN”. *Revista del Consejo Federal del Notariado Argentino*. Bs. As., p. 24.

⁵⁸ Artículo 11 de la Ley 26.529 “Directivas anticipadas. *Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes*”

Fallo M. de Mar del Plata y fallo Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Estado Vegetativo, Ac. 85.627, “S. M. de C Insania 09/02/2005”) El fallo de fecha 25 de julio de 2005 en el caso públicamente conocido como “Caso M - Directivas anticipadas” del Juzgado en lo Criminal y Correccional número 1 de Transición de Mar del Plata.

⁵⁹ Los ancianos no estaban mencionados en el texto originario de la Constitución Nacional sancionada en 1853. Recién con la reforma del año 1994, se reconocen los derechos de la ancianidad, aunque de una manera débil en la Constitución Nacional. El artículo 75, inciso. 23 introdujo la facultad del Congreso de: “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.*” Es una de las pocas normas constitucionales que hace una referencia específica a los ancianos.

⁶⁰ El artículo 75 inc. 22, incorpora tratados y pactos internacionales sobre los derechos humanos, los que tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional y el poder Ejecutivo podrá denunciar nuevos tratados con jerarquía constitucional previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Estos instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, protegen las diferentes etapas biológicas del ser humano, las distintas inserciones sociales de éste en su vida de interrelación de las que derivan los derechos del niño, los derechos de la avanzada edad, de la mujer y el derecho a ser diferente entre otros.

⁶¹ Los principios y valores que se infieren de los instrumentos internacionales incorporados con jerarquía constitucional, llevados al ámbito del Derecho de Familia, y más concretamente a la protección de las personas de avanzada edad, con una debida reglamentación podrían brindar una protección de los derechos de éstas personas complementando, llenando vacíos e implicitudes de nuestro sistema.

Estos documentos o actas, se los suele denominar en la doctrina, *declaraciones de voluntad unilateral*⁶², *directivas anticipadas de voluntad*, *testamento vital*, *disposiciones para la propia incapacidad*, *actos de autoprotección*, que involucran tanto a familiares médicos y jueces, se refieren al propio interés personal (aceptación o rechazo de tratamientos y / o terapias, cuidados en caso de enfermedades terminales) o de su patrimonio (disposición de bienes, cobro de jubilación o pensiones) empleando indistintamente las denominaciones antes consignadas, en la inteligencia de que, no obstante la pluralidad de designaciones, existe consenso acerca del contenido y alcance de la figura en cuestión, funcionando las denominaciones como sinónimos.

Las disposiciones de autoprotección reflejan la aspiración del disponente a un final de vida y muerte digna, ya por evitación de remedios médicos dirigidos a una prolongación artificial de una vida vegetativa y sin esperanza, ya por la aplicación, ante tales expectativas, de remedios dirigidos directamente a conseguir el final⁶³.

La forma que deben adoptar estos documentos de autoprotección, es la forma de la escritura pública como requisito *ad solemnitatem*, es decir que deben redactarse con intervención de un notario⁶⁴, por ser ésta la más idónea por las características propias de este tipo de instrumento público y, además, porque emitir este tipo de disposiciones constituye un acto solemne.

En virtud de lo expuesto, consideramos que una persona podría válidamente disponer en el extranjero respecto de su persona y sus bienes; y dicha disposición (declaración anticipada) sería susceptible de ser reconocida y ejecutada en Argentina, siempre que las disposiciones contenidas en el instrumento respectivo no contraríen nuestro orden público internacional. De la misma manera, una persona con residencia habitual en Argentina puede disponer válidamente sobre su propia incapacidad, respecto de su persona y sus bienes. La promoción de la autonomía de la voluntad personal y atención a las personas de edad en situación de dependencia, tienen consecuencias importantes, no sólo para la población dependiente originaria de un Estado, residente en ese Estado, sino también para el numeroso colectivo de extranjeros que residen permanentemente o parte del año en ese país, e incluso, para los dependientes de ese Estado residentes en el extranjero y emigrantes de ese Estado que retornan a su país. Todo ello se ve agravado por la “inmigración de dependientes” o personas potencialmente dependientes que provienen fundamentalmente de países integrantes de una integración regional, fenómeno que ha

⁶² HERRERA, M L, “LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA PROTECCIÓN DEL ADULTO, CON ESPECIAL HINCAPIÉ EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PERSONA MAYOR DE EDAD”. <http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/privado.asp>

⁶³ No existe en el derecho argentino disposición expresa alguna que regule esta materia en forma específica la validez y eficacia de las mismas ha sido receptada por vía jurisprudencial. En efecto, en un fallo dictado por el Juez Pedro Federico Hooft, a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición N° 1 Mar del Plata, el 25 de Julio de 2005, en autos “M s/ acción de amparo”, el tribunal se pronunció sobre la validez de las disposiciones o directivas anticipadas contenidas en documento notarial. Los hechos que fundaron la acción de amparo promovida fueron los siguientes: el cónyuge de una señora víctima de una larga, irreversible y progresiva enfermedad (que no tiene tratamiento curativo en la ciencia actual), inició una acción de amparo tendiente a que, en el futuro, se respetaran las directivas anticipadas o actos de autoprotección que la misma había emitido por escritura pública, por las cuales ésta había manifestado su oposición a someterse a procedimientos mecánicos invasivos y a permanencia, es decir, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo. El a quo resolvió que era procedente la acción de amparo HERRERA, M L: Ob. cit. p.8

⁶⁴ El 23 de abril del 2004, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires abrió el primer Registro Público para estos actos existente en el país. Por otra parte, en Diciembre de 2009 se creó bajo la órbita del Consejo Federal Notarial Argentino, el Registro Nacional de actos de autoprotección en el que se debe tomar razón de todos los documentos otorgados en cualquier parte del País. En la provincia de Chaco por ley 6212 se modificó el Código de Procedimiento de la Provincia, en el cual se establece la obligatoriedad a todos los jueces de solicitar al Régistro de Declaraciones de actos de autoprotección dependiente del Colegio Notarial de la provincia, informes en todas las causas de incapacidad.

sido conceptualizado como *gerontoinmigración*⁶⁵ o más ampliamente, *migración internacional de retirados*.

A ello se le añade el fenómeno demográfico denominado *envejecimiento del envejecimiento*, es decir, el aumento del colectivo con edad superior a los ochenta años, lo que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida

A estos cambios se le suma la innegable y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, que son las que han venido asumiendo tradicionalmente el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que se denomina el “apoyo informal”. Es así, que la *dependencia* como situación de necesidad específica, se produce en el momento en que emerge un grupo de edad que se caracteriza por la disminución o falta de autonomía, y demanda una cobertura específica ante la inadecuación funcional de los mecanismos tradicionales de contención y protección, familiares o institucionales.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Del breve examen realizado sobre la protección jurídica internacional de los adultos mayores, puede deducirse el interés y actualidad del tema. Como puso de relieve el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en 1995, la población mundial envejece de forma espectacular: el número de personas mayores de 80 años era de sólo 13.000.000 en 1950, mientras que hoy supera los 150.000.000 y se calcula que en el año 2025 serán 137.000.000. Este envejecimiento de la población va acompañado de un mayor desplazamiento transfronterizo de personas de edad en búsqueda de su retiro a lugares apacibles y condiciones climáticas y terapéuticas mejores de las que gozan en sus países de origen.

Por otra parte, asistimos a un aumento paulatino del número de adultos mayores, dependientes en diferente grado, con grandes limitaciones para hacerse cargo del equilibrio integral físico, emocional, social y económico, que deben emigrar de su Estado de origen al otro Estado donde reside otro miembro de la familia. La base de nuestra sociedad, la familia, se encuentra actualmente reconfigurada en la espacialidad transnacional. En el momento en que la madre o el padre van al país de acogida, dejando atrás al otro miembro de su pareja, a los hijos, a sus padres, se producen rupturas afectivas y es todo un problema poder llegar a conseguir la reunificación familiar con posterioridad. Se habla de *reagrupamiento familiar*⁶⁶ cuando se reúnen, con una persona residente en un país del que no es nacional, los miembros más próximos de su familia residentes en un país distinto.

Como hemos expresado precedentemente, la diversidad de estatutos personales pone de relieve que la variabilidad de las migraciones influye ciertamente en la ley aplicable al estatuto personal. Ello ocasiona problemas en los supuestos transfronterizos que se presentan frente a las migraciones de adultos mayores, quienes necesitan de una protección particular precisamente en atención al envejecimiento y *evidencia*, por otra parte, la *fragilidad* del estatuto personal al que están sujetos, lo que puede llevar a situaciones conflictivas y claudicantes de los derechos de los adultos mayores.

⁶⁵ La *gerontoinmigración* es una expresión acuñada en 2003 por el Grupo Interdisciplinario de Investigación Eur-IN&EN, Inmigración y Envejecimiento en Europa, de la Universidad de Málaga, que hace referencia al “fenómeno complejo que estudia la movilidad transfronteriza de los adultos mayores y ulterior asentamiento en los lugares de acogida”. La gerontoinmigración sería “el resultado de la emigración al sur de Europa y a la edad de jubilación de ciudadanos extranjeros, particularmente del centro y norte del continente, del retomo a España de españoles emigrantes y de sus descendientes, del reagrupamiento familiar de los ascendientes extranjeros de éstos últimos y de los residentes extranjeros y, en menor medida por el momento, del envejecimiento de la población extranjera inmigrante laboral”

⁶⁶ Los Estados receptores de emigrantes se resisten a que se hable del *reagrupamiento familiar* en términos de *derecho*. Esta resistencia obedece a los temores que experimentan los Estados en éste ámbito, ya que, *el inmigrante individual* se considera que *es un inmigrante de regreso*, mientras que *la emigración familiar* la contemplan como una *emigración de asentamiento*.

Como hemos expresado precedentemente, el ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de las personas de edad o adulto mayor, reclama legislación, políticas y planes sobre envejecimiento, a fin de evitar las violaciones de sus derechos. Ello plantea un cambio de paradigma, *basado en el enfoque de derechos aplicado a las personas de edad*. La concepción de las personas mayores como *sujetos de derecho* se inserta en un contexto más amplio de análisis teórico-político referido a la atribución de derechos a ciertos grupos desfavorecidos o vulnerables.

No debemos confundir el tema de la protección jurídica de los adultos mayores o personas de edad con el régimen jurídico de las personas incapacitadas. En el caso de los adultos mayores se trata de un numeroso grupo de personas que han sido perfectamente capaces, *que no tienen, en principio, ninguna causa de incapacidad* y que, sin embargo, muchas veces, no se encuentran en condiciones de proteger sus intereses, en la mayoría de los casos económicos, pero también personales, razón por la cual, necesitan de una protección particular en atención al envejecimiento.

En virtud de lo expuesto, consideramos que el texto adoptado por el Convenio de La Haya sobre la Protección Internacional de Adultos, responde a una necesidad evidente, y pretende dar respuestas a estas situaciones, desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Si bien contiene algunas disposiciones que pueden resultar complejas, en su conjunto resultan aceptables, y los criterios utilizados en cuanto a la competencia y derecho aplicable, nos parecen razonables y equitativos. Asimismo, el reconocimiento y regulación de la autonomía de la voluntad del adulto mayor para decidir y disponer sobre su vida, persona y bienes para el futuro, ante una eventual pérdida del discernimiento, constituyen buenas directrices que podrían orientar la labor judicial y notarial, ante un planteo en jurisdicción argentina de un caso iusprivatista multinacional por haberse instrumentado en nuestro país y/o ejecutarse alguna disposición para la propia incapacidad contenida en un instrumento extranjero.

Podemos afirmar que si bien en el ordenamiento jurídico argentino vigente no existen normas específicas de Derecho interno ni de Derecho internacional privado de fuente autónoma y/o convencional y/o institucional que regulen la protección del adulto mayor, podemos afirmar que nuestro país, aún en el estado legislativo actual, está en condiciones de efectuar tareas de cooperación y sustentar jurídicamente la posibilidad de otorgar los llamados “actos de autoprotección”, a tenor de los antecedentes jurisprudenciales existentes.

Estamos, pues, en una situación expectante y llena todavía de interrogantes, pero con un texto convencional, no vigente para nuestro país, que incluye soluciones nuevas para los problemas presentes y, en particular, en lo que se refiere a la voluntad del propio adulto manifestada con anterioridad a la situación de imposibilidad de regir su persona y/o sus bienes.

¿Qué importancia le concedemos hoy y en el futuro a la autonomía y a la independencia, al poder que implica la responsabilidad y la libertad de decidir, cómo, dónde y con quién vivir?. Trabajemos por un mundo que sea más amigable para quienes hoy ya son mayores y para que la bienvenida a este largo trecho de la vida sea más cordial para quienes año a año nos iremos sumando a este creciente grupo de grandes personas.