

# LA DISTINCIÓN POR EDAD EN LA VEJEZ. UN ENFOQUE DESDE LA DOCTRINA DE LA CLASIFICACIÓN SOSPECHOSA

A propósito del pronunciamiento dictado en autos “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”.

Por Mariana Sánchez Caparrós <sup>1</sup>

## SUMARIO

I. Introducción .....	01
II. El precedente Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros” .....	02
III. La Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020 a la luz de la doctrina de la clasificación sospechosa .....	07
IV. Conclusiones .....	14

## I. INTRODUCCIÓN.

El pasado 20 de abril se publicó en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires la Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020, mediante la cual se dispuso instruir a todo el personal del Gobierno de la Ciudad que no revista en reparticiones de naturaleza esencial, a contactarse con las personas mayores de 70 años a efectos de brindarles asistencia e información a quienes lo necesiten. Ello a fin de evitar situaciones que los expongan al riesgo de contagio y afectación del sistema de salud<sup>2</sup>.

Dicha actuación, refería la norma, “...consistirá en concientizar acerca de los riesgos de contagio, escuchar a la personas, identificar las necesidades que se planteen y brindar la orientación y/o posterior derivación y resolución de las mismas...”<sup>3</sup>.

Por otro lado, la regulación dispuso que a los efectos de garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad para evitar que las personas de setenta (70) o más años salgan innecesariamente de su

1- Abogada por la Universidad de Buenos Aires (2008), egresada con Diploma de Honor. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (2016), egresada con Diploma de Honor por promedio distinguido y Diploma de Mérito por Tesis de Derecho Aplicado. Prosecretaria de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tierra del Fuego.  
Correo electrónico: mariana.sanchezcaparros@gmail.com

2- Cfr. art. 1° Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020.

3- Cfr. art. 1° Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020.

domicilio o lugar en el que se encuentren cumpliendo el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20, se establecía “...la necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147...”<sup>4</sup>, determinando que aquel aviso tendría una vigencia de cuarenta y ocho (48) horas<sup>5</sup>.

Finalmente, en el artículo 4° de la Resolución se listaron las actividades que quedarían eximidas de la “necesidad de comunicar” prevista en el artículo 2°, y en el artículo 5° se determinó que ésta entraría en vigencia a las 00:00 horas del día lunes 20 de abril de 2020.

La decisión administrativa referida motivó la interposición de una acción de amparo con medida cautelar por parte del Sr. Silvano Lanzieri que recibió la adhesión de varios vecinos de la Ciudad de Buenos Aires mayores de 70 años, mediante la que cuestionó su legalidad en los términos que se examinarán más adelante y llevó al Juzgado de turno a declarar la inconstitucionalidad de sus artículos 2° y 3°, tras examinar la decisión administrativa a la luz de la doctrina de la clasificación sospechosa.

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un breve examen de la medida adoptada por el Gobierno de la Ciudad, así como del precedente en comentario, a los fines de brindar algunas precisiones en torno al empleo de la distinción por edad en la vejez y su calificación como categoría sospechosa de inconstitucionalidad.

## II. EL PRECEDENTE “LANZIERI, SILVANO C/ GCBA S/ AMPARO -OTROS”<sup>6</sup>.

### II.1. Antecedentes del caso

El caso se inició a raíz de la presentación hecha por el actor, el Sr. Silvano Lanzieri, quien se comunicó vía telefónica al 0800 disponible a tal efecto, a los fines de solicitar habilitación de turno con el objeto de promover una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para cuestionar la constitucionalidad de la Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020.

4- Cfr. art. 2° Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020.

5- Cfr. art. 3° Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020.

6- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando VII.

Habilitado el turno, se recibió la demanda y documental en soporte electrónico, y por vía de la oficina de prensa del Poder Judicial de la Ciudad se ordenó la difusión pública de la acción en trato, concediendo un plazo de horas a los fines de que los quienes estuvieran interesados en la cuestión debatida puedan ejercer su derecho a ser oídos.

Asimismo, se dispuso correr traslado de la medida cautelar al Gobierno de la Ciudad, y se dio vista al Ministerio Público, como así también a la Defensoría del Pueblo porteña (Defensoría de la Tercer Edad).

## II.2. La pretensión del Sr. Lanzieri.

El actor promovió una acción de amparo con medida cautelar persiguiendo la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020 por considerarla violatoria de garantías constitucionales, en particular de los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28,29, 31, 43 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

Conforme se desprende del relato de los hechos formulado en el fallo en comentario, el amparista argumentó que si bien se admite que los derechos individuales puedan sufrir limitaciones en situaciones de emergencia como la que se atraviesa a raíz de la pandemia provocada por el COVID-19, lo cierto es que éstas deben ser razonables y *“...nunca pueden realizarse en base a recortes arbitrarios a un segmento poblacional a partir de meros relatos especulativos...”*<sup>7</sup>.

En ese marco, la norma impugnada que presume que *“...por tener 70 años o más una persona es débil...”*<sup>8</sup>, parte de un relato especulativo y conlleva un recorte arbitrario de derechos de un segmento poblacional determinado, ya que confunde al adulto mayor con alguien débil, deviniendo en una regulación que estigmatiza a un ser humano en razón de su edad, atentando contra su dignidad.

Adicionalmente, conforme se extrae del fallo, sostuvo que la medida atacada había sido dictada por el Poder Ejecutivo en exceso de sus facultades, en tanto no podía alegarse que la Legislatura se encuentre imposibilitada de sesionar por causa de la pandemia.

---

7- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando VII.

### II.3. La respuesta del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Corrido el traslado de la demanda al Gobierno de la Ciudad, surge del precedente en análisis que éste se presentó y con relación a la cuestión de fondo respondió que en el caso no se verificaría agravio constitucional ni necesidad de otorgar medida cautelar o amparo, en tanto la norma atacada no prevé sanción alguna, constituyéndose en una simple sugerencia para el adulto mayor requerido de efectuar la llamada telefónica al 147.

En dicho contexto, la Ciudad demandada apuntó que la resolución atacada tenía la intención de brindar contención a los individuos mayores de 70 años, identificando aquellas situaciones que pudieran ser resueltas con la colaboración de la sociedad para evitar la salida a la vía pública de la población de riesgo, por lo que solicita el rechazo de la pretensión de inconstitucionalidad en traslado.

### II.4. La solución del caso.

El Juez interviniente inició por descartar el planteo de falta de legitimación activa del actor formulado por la Ciudad. Ello con sostén en que devenía innecesario y dilatorio su tratamiento en orden a las adhesiones a la demanda recibidas de otros residentes de porteños y a la presentación efectuada por el Defensor Oficial.

Seguidamente ingresó en el tratamiento de la medida cautelar requerida junto al amparo, comenzando por destacar que aquel pedido se analizaría en el marco de las medidas de restricción a la circulación y el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio “...dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el DNU N° 297/2020, debido a la pandemia del Covid-19 –y prorrogadas por sendos DNU N° 325/2020 y 355/2020-, cuyo artículo 2° expresamente dispone que las personas deberán permanecer en sus residencias, que deberán abstener de concurrir a sus lugares de trabajo y que no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos y que **quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento** dispuesto en su artículo 1°, **solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos...**”<sup>9</sup>.

8- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando VII.

9- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando IX, el destacado es del original.

Recordó que la medida bajo análisis había dispuesto en su art. 2º que “...a los efectos de garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad, **para evitar que las personas de setenta (70) o más años salgan innecesariamente** de su domicilio o lugar en el que se encuentren cumpliendo el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20...”, establecía “...**la necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147...**”<sup>10</sup>. Y asimismo, que por el art. 3º había determinado que el aviso efectuado bajo la modalidad establecida en el art. 2º, estaría vigente durante cuarenta y ocho (48) horas.

Seguidamente tras efectuar una precisa y detallada reseña del conjunto de normas de diverso rango que tutelan los derechos de las personas mayores y que resultaban aplicables al caso, concluyó los artículos 2º y 3º de la regulación bajo estudio no lograban sortear el control de legalidad.

Sentenció que “...la imposición a todo adulto mayor de 70 años de edad, de la necesidad de comunicarse con el servicio de atención ciudadana al número 147, previamente a hacer uso de la posibilidad de realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos, tal como lo prevé el DNU 297/2020...”, se configuraba en “...una exigencia más gravosa para ese colectivo de personas, que para el resto de la población, que extralimita los contornos de las medidas de aislamiento del conjunto de los habitantes (...) Máximo, cuando ese aviso tendrá únicamente una vigencia temporal de 48 horas (art. 3º), lo que obligaría a una nueva gestión con igual cometido...”<sup>11</sup>.

En ese marco, señaló que la cuestión debía examinarse al amparo de la doctrina de la clasificación sospechosa, apuntando que quedaban subsumidas en esta especie de categorías aquellas distinciones “...establecidas a partir de determinados factores, las que pueden responder a prejuicios o estereotipos que tienen el efecto de excluir del legítimo ejercicio de un derecho a categorías enteras de personas...”<sup>12</sup>, citando como ejemplos típicos aquellas que distinguen en razón de la raza o la religión y más recientemente, aquellas que lo hacen en función del género y la discapacidad.

10- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando X, el destacado pertenece al original.

11- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando XI, el destacado pertenece al original.

12- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando XI.

Recordó entonces que frente a esta especie de clasificaciones, la presunción de inconstitucionalidad que afecta a las normas que las emplean “...solo podría eventualmente ser superada si el Estado ofrece una prueba de suficiente entidad sobre los fines que habría intentado resguardar y sobre los medios que ha utilizado al efecto...”, destacando que en relación a los primeros que deberán “... ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes...” y con relación a los segundos que “...será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (CSJN, sentencia in re “Hooft”, considerando 6°)...”<sup>13</sup>.

Estas clasificaciones, señaló, conllevan la inversión de la carga de probar la inconstitucionalidad de la norma y un control riguroso de los fundamentos dados en su defensa “...que deberá exhibir una relación directamente proporcional entre la restricción que consagra y el interés público en cuya protección declara obrar el legislador...”<sup>14</sup>.

Recordó que la Corte Interamericana en el precedente “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, del 8 de marzo de 2018, había sentado que la prohibición de distinguir con base en ciertos motivos del art. 1.1. de la Convención Americana no llevaba un listado taxativo, puesto que dicho precepto a través del término “otra condición social” permitía incorporar al listado otras categorías que no hubieran sido expresamente incluidas, como sucede con la edad, que se consideró una categoría protegida por la Convención<sup>15</sup>.

Y asimismo, que en fecha reciente ese Organismo había declarado que los problemas y desafíos debían ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, por lo que todas las “...medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos,

13- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando XI.

14- Juzgado de Primera Instancia (...), “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del (...), ver considerando XI.

15- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando XII.

*razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acorde con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos...<sup>16</sup>.*

Finalmente concluyó que desde la perspectiva señalada, la medida adoptada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires importaba una discriminación en razón de la edad que vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, en tanto les impone una exigencia mayor y distintiva a la que se impone al resto de la población, ya que “...a partir de esta nueva norma local, existiría un nuevo grupo, con mayores restricciones a sus libertades individuales, y para quienes el aislamiento pasaría a tener una intensidad superior...<sup>17</sup>.”

Esta circunstancia conlleva una lesión a los derechos y garantías de este grupo de individuos, dado que se restringe su autonomía personal y capacidad de decisión únicamente en razón de su edad, por lo que los artículos 2° y 3° de la norma no superan el test de constitucionalidad, lo que así fue declarado.

### **III. LA RESOLUCIÓN CONJUNTA N° 16/MJGGC/2020 A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA CLASIFICACIÓN SOSPECHOSA.**

#### **III.1. El Universo de sujetos alcanzados por La Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020.**

La resolución cuya constitucionalidad se puso en tela de juicio estableció, en lo que a los fines del presente comentario interesa, para los adultos de 70 años o más, “...la necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147...<sup>18</sup>.”

Ello a los fines de garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad para evitar que las personas pertenecientes a este grupo etario salgan innecesariamente de su domicilio o del lugar en el que se encuentren cumpliendo el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20, prorrogado por DNU

---

16- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando XVII.

17- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando XVIII.

18- Cfr. art. 2° Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020.

Nº 325/20 y Nº 355/20. Fijando, a renglón seguido, que dicho “aviso” tendría una vigencia de cuarenta y ocho (48) horas<sup>19</sup>.

De este modo tenemos que, tal como lo destaca el Juez al pronunciarse en el fallo en comentario, la norma impone a los adultos de 70 años o más la “necesidad de comunicarse” previamente para hacer uso de la posibilidad de desplazarse con las restricciones que vienen dadas por el DNU Nº 297/20, esto es, para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos<sup>20</sup>.

Dicha restricción, en tanto tiene una vigencia de cuarenta y ocho (48) horas en virtud de lo dispuesto en el art. 3º, debe interpretarse como un pedido de permiso que debe ser renovado una vez fenecido ese término si la persona de 70 o más años tuviera necesidad de volver a salir, supuesto en el cual debería comunicarse nuevamente al número 147.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada por la República Argentina mediante la Ley Nº 27.360, establece que la noción de “persona mayor o adulta mayor” resulta comprensiva de aquellas personas de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que no fuera superior a los 65 años.

En los términos expuestos, la Resolución Conjunta Nº 16/MJGGC/20, en tanto distingue en razón de la edad de la persona disponiendo que quedarán alcanzadas por sus disposiciones aquellas que tengan 70 años o más de edad, contiene una diferencia de trato que alcanza a las personas adultas mayores, universo de sujetos protegido por la Convención precitada, que en su artículo 5º prohíbe de manera expresa la discriminación por edad en la vejez.

Ello en línea con la disposición del art. 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, que también veda la alternativa de discriminar por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o “cualquier otra condición social”, noción esta última en la que quedaría comprendida esta especie de distinción.

---

19- Cfr. art. 3º Resolución Conjunta Nº 16/MJGGC/2020.

20- Cfr. art. 2º Resolución Conjunta Nº 16/MJGGC/2020.

### III.2. La distinción por motivos de edad en la vejez como categoría sospechosa.

A partir del precedente *Hooft*<sup>21</sup>, con el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación retoma el empleo de la teoría de la categoría sospechosa para decidir un caso en el que estaba en juego el derecho a la igualdad<sup>22</sup>, se verifica que la jurisprudencia del Címero Tribunal Federal acude a un criterio de tipo normativo para identificar la presencia de una clasificación sospechosa en una norma y que así se dispense el control severo al tiempo de examinar su constitucionalidad.

En efecto, un repaso por los precedentes de la Corte Federal en los que se ha acudido al uso de la doctrina de la clasificación sospechosa, permite observar que para que una distinción contenida en una norma pueda ser calificada como de la especie sospechosa, será suficiente con que se base en alguno de los motivos de discriminación prohibidos por el art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>23</sup>.

En el precedente *Lanzieri* que aquí se comenta, el Juez refiere que el conflicto que se le ha planteado debe ser analizado al amparo de la doctrina de la clasificación sospechosa -apreciación que comparto- para luego apuntar que esta noción resulta comprensiva de aquellas distinciones “...establecidas a partir de determinados factores, las que pueden responder a prejuicios o estereotipos que tienen el efecto de excluir del legítimo ejercicio de un derecho a categorías enteras de personas...”<sup>24</sup>, citando como ejemplos típicos aquellas que distinguen en razón de la raza o la religión y más recientemente, aquellas que lo hacen en función del género y la discapacidad.

En este punto, coincido también con el magistrado en que para la identificación de las categorías sospechosas se requiere algo más que el elemento normativo, es decir, algo más que corroborar que la diferencia de trato se identifica con alguno de los motivos prohibidos por los instrumentos de derechos humanos.

21- CSJN, 16/11/2004, “Hooft, Pedro C. F. c/provincia de Buenos Aires”, Fallos, 327:5118.

22- Antes de ello lo había hecho en el precedente “Repetto, Inés M. c/provincia de Buenos Aires” del 8/11/1988. Ampliar en Sánchez Caparrós Mariana, *Categorías Sospechosas*, Astrea, Bs. As., 2020.

23- CSJN, “Hooft, Pedro C.F. c/provincia de Buenos Aires”, Fallos, 327:5118; “Gottschau, Evelyn P. c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos, 329:2986; “Mantecón Valdés, Julio c/Poder Judicial de la Nación”, Fallos, 331:1715; “Pérez Ortega, Laura F. c/Honorable Cámara de Diputados”, Fallos, 336:131; “Zartarian Juan J. c/Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”, causa, Z.9.XLVIII; “Salas, Alberto A. c/ Provincia de Corrientes”, causa, S.431.XLVII.; “Castillo, Viviana C. y otros c/Provincia de Salta”, Fallos, 340:1795.

24- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando XI

Es que el criterio normativo señalado cuando aparece en una norma, entiendo que sólo permitirá advertir que se está ante una categoría “potencialmente sospechosa”, cuya naturaleza “sospechosa” se confirmará sólo si la diferencia de trato afecta efectivamente a una clase o grupo respecto del que puede predicarse que carece de herramientas que le permitan solucionar su situación de desventaja mediante una participación efectiva en el proceso político mayoritario, que no los protege del mismo modo en que resguarda a los grupos predominantes que si están bien representados en dicho sistema y son los que, en definitiva, adoptan las reglas que los afectan y se llevan a control del Poder Judicial<sup>25</sup>.

Solamente de este modo quedará justificado que la judicatura sea llamada a intervenir en el proceso político por medio del escrutinio severo que se dispara frente a la presencia de una categoría sospechosa<sup>26</sup> dejando de lado el clásico control de razonabilidad que aplica para examinar la constitucionalidad de las normas, sin vulnerar la división de poderes por acudir a un control de excepción que rompe con la presunción de validez de la que gozan los actos estatales e importa una carga difícil de revertir para quien pretende defender su legitimidad<sup>27</sup>.

Si en cambio, la diferencia de trato basada en un motivo prohibido no afecta a grupos que presentan estas características -como podría suceder con la distinción en razón del sexo si afecta a los varones, o la distinción por edad si afecta a los adultos que no integran grupos vulnerables-, la validez de la norma que la contiene deberá examinarse bajo el test de razonabilidad aplicable a la generalidad de las regulaciones.

Para lograr el cometido de identificar estos grupos, existen herramientas que pueden servir al Juez para corroborar si la clase afectada por una diferencia vedada por los Tratados de derechos Humanos requiere de la protección especial antedicha. Estas herramientas que se han dado en llamar indicios o factores de sospecha, son mencionados por el Juez interviniente en el fallo que se comenta cuando indica que la categoría sospechosa comprende aquellas distinciones que se establecen “... a partir de determinados factores, las que pueden responder a

---

25- Sánchez Caparrós Mariana, ob. cit., Astrea, Bs. As., 2020.

26- Sánchez Caparrós Mariana, ob. cit., Astrea, Bs. As., 2020.

27- TREACY GUILLERMO F., Categorías sospechosas y control de constitucionalidad, “Lecciones y Ensayos”, N° 89, 2011, p. 213, [www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/treacy-guillermo-f-categorias-sospechosas-y-control-de-constitucionalidad.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/treacy-guillermo-f-categorias-sospechosas-y-control-de-constitucionalidad.pdf).

*prejuicios o estereotipos...*<sup>28</sup>, además de algunos otros que seguidamente se mencionarán.

En el caso de la edad, es dable iniciar por apuntar que como regla, la edad *per se* no constituye una categoría sospechosa, en tanto no es un rasgo permanente de la persona; no se verifica a lo largo de la historia la existencia de prácticas discriminatorias que se hubieran realizado en función de este criterio, y a la edad se adscriben condiciones como la madurez y la condición física, por lo que no parece un criterio de distinción arbitrario o caprichoso<sup>29</sup>.

Sin embargo, la respuesta será diferente si se trate de normas que diferencian con base en la edad pero asociada a la vejez de las personas. Con relación a esta particular distinción, se advierte que el primer elemento en pos de verificar si la categoría es sospechosa, esto es, el elemento normativo, es fácilmente identificable en tanto la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores prohíbe expresamente en su art. 5° la discriminación por edad en la vejez.

A lo que se agrega que la distinción puede también considerarse comprendida en la referencia a “cualquier otra condición social” empleada en el art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto el listado allí enunciado, ya se ha dicho, es de carácter abierto, meramente enunciativo y no taxativo<sup>30</sup>.

Luego, al analizar si existen factores o indicios que permitan confirmar el carácter sospechoso de la distinción, podría apuntarse, en primer término, que los adultos mayores son personas que históricamente han estado sujetas prácticas discriminatorias a partir de los prejuicios construidos socialmente respecto de lo que aún tienen para brindarle a la sociedad.

Asimismo, se ha señalado que existe una equivocada y estereotipada percepción con relación al grupo que puede -incluso- reflejarse al regular, y que se representa en ideas vinculadas con el deterioro físico y cognitivo que supone la mayor edad, la falta de actividad física, el aislamiento social, la falta de autonomía y la

---

28- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20, ver considerando XI.

29- Corte Constitucional Colombia, 5/10/2016, C-534-16, [www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-534-16.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-534-16.htm).

30- Corte IDH, 24/2/2012, “Atala Riffo y Niñas v. Chile” párr. 85, [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

inflexibilidad, entre otras, que “...están tan generalizados que incluso a quienes manifiestan públicamente las mejores intenciones les puede resultar difícil abstenerse de actuar y expresarse en forma negativa...”<sup>31</sup>.

De allí puede obtenerse un segundo factor o indicio para confirmar la calidad de sospechosa de la clasificación, que viene dado por el hecho de que en el contexto señalado es muy probable que las normas que tratan a este grupo de un modo diverso, más que a regular, tiendan a reflejar estereotipos negativos que deben ser modificados<sup>32</sup>.

Así las cosas, verificándose que la distinción en razón de la edad por vejez empleada en la Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/20, en cuanto diferencia a las personas por tener 70 o más años, se basa en un motivo vedado tanto por el art. 5° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, como por el art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A lo que se suma que la clase afectada por la norma en debate presenta al menos dos factores o indicios que dan cuenta de la vulnerabilidad que afecta al grupo en los términos señalados más arriba, y en razón de ello, denota la necesidad de que el grupo obtengan una tutela judicial diferenciada, puede concluirse, en línea con lo señalado en el precedente Lanzieri, que la diferencia de trato contenida en la Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020, es una categoría sospechosa de inconstitucionalidad que, como tal, debe examinar bajo el test severo propuesto por la Corte Federal en el fallo *Hooft*, entre otros.

### III.3. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN N° 16/MJGGC/20 A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE LA CLASIFICACIÓN SOSPECHOSA.

La definición de una clasificación como sospechosa, sabido es, determina que la regulación que la contiene se presuma inconstitucional y quede sujeta a una revisión judicial severa, que exigirá de quien pretenda levantar dicha presunción, la producción de la prueba tendiente a demostrar que los fines perseguidos por la norma resultan sustanciales y no meramente convenientes, y que los medios

31- Organización Mundial de la Salud, “Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud”, 2015, [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873\\_spa.pdf?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf?sequence=1)

32- TEDH, 20/8/2010, “Alajos Kiss v. Hungary”, párr. 42/44, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98800>.

elegidos para su concreción no solo son adecuados, sino que logran promoverlos efectivamente y además, son los menos restrictivos para los derechos en juego<sup>33</sup>.

Dado que para la formulación del presente comentario no se ha tenido acceso al expediente judicial en el que podrían existir fundamentos adicionales dados a partir de algún informe técnico o prueba aportado por la demandada, sólo a los fines pedagógicos se corroborará si la norma pasa el test examinándola, exclusivamente, a partir de los motivos que dieron lugar a su dictado, expresados en los considerandos.

En primer lugar, se señaló que si bien las personas mayores están impedidas de salir del lugar en el que se encuentren haciendo el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, con las mismas restricciones que el resto de los individuos alcanzados por el DNU N° 297/PEN/20, *“...en el contexto de la pandemia generada por COVID19 y en base al conocimiento generado hasta la fecha, la afectación de los distintos grupos etarios no es homogénea, siendo las personas mayores los que presentan un riesgo significativamente mayor...”* y en *“...en forma coincidente con la experiencia internacional, en la Ciudad de Buenos Aires la mortalidad por COVID19 se concentra en personas mayores...”*<sup>34</sup>.

Y entonces apreció que *“...no obstante las medidas adoptadas para proteger a las personas mayores, muchas se ven obligadas a seguir saliendo de sus hogares debido a que no tienen otra alternativa y que en este contexto de emergencia sanitaria, sus necesidades deberían poder ser resueltas con otros mecanismos que los ayuden a no verse obligadas a llevarlas a cabo por sí mismas...”*<sup>35</sup>.

Asimismo expuso que se entendía *“...razonable generar mecanismos que fomenten una especial protección de las personas mayores en pos de morigerar el impacto que pudiera tener la enfermedad en este grupo, entre los cuales es preciso establecer un proceso de mayores cuidados para reducir los desplazamientos, aun aquellos mínimos e indispensables tales como aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos e incluso pasear sus mascotas...”*<sup>36</sup>.

---

33- CSJN, “Hooft, Pedro C. F. c/provincia de Buenos Aires”, Fallos, 327:5118.

34- Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/20.

35- Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/20.

36- Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/20.

Y finalmente apuntó que “...esta situación de grave riesgo para este segmento de la población, provocada por el virus que los expone a mayor probabilidad de contagiarse y los riesgos consecuentes, exige que el estado asuma un rol activo para colaborar con la ciudadana en minimizar las necesidades de exponerse a este riesgo...”<sup>37</sup>.

Analizados los argumentos dados por el Gobierno de la Ciudad para establecer la restricción con las limitaciones expuestas más arriba, se advierte que aun cuando sostenidos con prueba adicional de orden técnico se podría dar cuenta de que la regulación persigue fines sustanciales (protección de la salud de un grupo que en el contexto de la pandemia por COVID-19 aparecería con mayor riesgo de presentar complicaciones en su salud y fallecer a raíz de ellas), es difícil sostener que los medios elegidos para cumplir esos fines (en el caso fijación de la obligación a cargo del adulto mayor, que ya se encuentra limitado en su movilidad por vía del DNU N° 297/PEN/20 al igual que el resto de la comunidad, de solicitar un permiso que tendrá vigencia por sólo cuarenta y ocho horas), no parecen los más adecuados para promoverlos efectivamente, ni tampoco los menos limitativos de los derechos en juego, entre los que pueden mencionarse, sin dudas, el derecho a la libertad de circulación, a la independencia y autonomía, a la intimidad y a recibir un trato digno y ser respetada<sup>38</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES.

Del breve estudio realizado hasta aquí surge que la clasificación contenida en la Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020, en tanto diferencia por motivos de edad en razón de la vejez, puede calificarse como potencialmente sospechosa de inconstitucionalidad por cuanto distingue con base en un motivo prohibido, tanto por el art. 5° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, como por el art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Su carácter sospechoso se confirma luego, porque con relación a la clase afectada por la distinción pueden identificarse fácilmente al menos dos factores o indicios que dan cuenta de su vulnerabilidad vista desde la óptica de las posibilidades que

<sup>37</sup>- Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/20.

<sup>38</sup>- Cfr. arts. 7, 8, 13, 15 y 16 de la Convención Interamericana Sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

tiene el grupo de enmendar su situación de desventaja por vía de los canales democráticos regulares<sup>39</sup>, lo que justifica la intervención de la judicatura mediante el control severo que se dispara frente a esta especie de diferencias de trato.

Esos indicios de sospecha serían, en mi opinión, que los adultos mayores son personas que históricamente han estado sujetas prácticas discriminatorias a partir de los prejuicios construidos socialmente respecto de lo que aún tienen para brindarle a la sociedad y que se trata de un grupo con relación al cual es muy probable que las normas que les dan un trato diverso, más que a regular, tiendan a reflejar estereotipos negativos que deben ser modificados<sup>40</sup>.

Confirmado pues que la diferencia de trato contenida en la Resolución Conjunta N° 16/MJGGC/2020, es una categoría sospechosa de inconstitucionalidad, se la debe examinar bajo el test severo propuesto por la Corte Federal en el fallo *Hooft*, entre otros.

Pasada la calificación por dicho tamiz con las limitaciones referidas más arriba, se verifica que la norma no lograría sortearlo, fundamentalmente, porque no se ha demostrado que los medios elegidos (establecer la obligación adicional para el adulto mayor de solicitar un permiso para circular que tendrá vigencia por sólo cuarenta y ocho horas) para cumplir los fines que persigue (proteger su salud por su condición de grupo de riesgo en un contexto de Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio que todavía es generalizado en el marco de la pandemia por COVID-19), sean los más adecuados para promoverlos efectivamente, ni tampoco los menos limitativos del derecho a la libertad de circulación, la independencia y autonomía, la intimidad y a recibir un trato digno y ser respetados que tienen los adultos mayores<sup>41</sup>.

---

39- Sánchez Caparrós Mariana, ob. cit., Astrea, Bs. As., 2020.

40- TEDH, 20/8/2010, "Alajos Kiss v. Hungary", párr. 42/44, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98800>.

41- Cfr. arts. 7, 8, 13, 15 y 16 de la Convención Interamericana Sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.