

Voces:

ANCIANO ~ CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ DISCRIMINACION ~ EDAD ~ EMERGENCIA SANITARIA ~ ENFERMEDAD CONTAGIOSA ~ IGUALDAD ANTE LA LEY ~ PANDEMIA ~ RESOLUCION ADMINISTRATIVA

Tribunal: Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 14 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JContencioso administrativo y Trib Ciudad Autónoma de Buenos Aires) (Nro 14)

Fecha: 20/04/2020

Partes: Lanzieri, Silvano c. GCBA s/ amparo

Publicado en: LA LEY 29/04/2020 , 5, con nota de Mariana Sánchez Caparrós; RDLSS 2020-11 , 43, Con nota de Rosanna E. Bermúdez; DFyP 2020 (junio) , 177, Con nota de Juan Antonio Seda;

Cita Online: AR/JUR/11730/2020

Sumarios:

1 . Los arts. 2 y 3 de la resolución conjunta 16/MJGGC/2020 de la Ciudad de Buenos Aires, que restringe la circulación de adultos mayores a su previa autorización —más allá de sus buenas intenciones, por cierto; lo que se descarta— importan una discriminación en razón de la edad, que vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población, pues, a partir de esta nueva norma local, existiría un nuevo grupo, con mayores restricciones a sus libertades individuales, y para el que el aislamiento pasaría a tener una intensidad superior; esto conlleva una lesión a los derechos y garantías constitucionales ya reseñados y, como tal, no supera el test de constitucionalidad.

2 . La resolución conjunta 16/MJGGC/2020 de la Ciudad de Buenos Aires, que restringe la circulación de adultos mayores a la previa autorización, con la herramienta establecida en el art. 1º, se tiende a medidas de protección y cuidado; mientras que con el sistema del art. 2º se disminuye la autonomía personal y la capacidad de decisión de los mayores de 70 años, solo en función de la edad; en los considerandos se señaló que el propósito está dado por otorgar una especial protección a las personas mayores en pos de mitigar el impacto que pudiera tener la enfermedad en este grupo y no se ha fundado en la preservación de otros bienes jurídicos, que ameriten otro tipo de ponderación.

3 . El planteo del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de falta de caso, por no existir agravio concreto, en función de que la resolución conjunta 16/ MJGGC/2020 local, que restringe la circulación de adultos mayores a la previa autorización, no prevé una sanción para su incumplimiento y que “...la mera necesidad sin consecuencias termina siendo una simple sugerencia...”, debe ser desestimado, porque no es lo que se desprende de la simple lectura de los términos empleados en el art. 2º, sin perjuicio de que nada impide que la administración proceda a dictar una nueva resolución que establezca que se trata de una simple sugerencia y, como tal, voluntaria u optativa.

Texto Completo:

Número: EXP 3045/2020-0

CUIJ: EXP J-01-00020842-2/2020-0

Actuación Nro: 14570412/2020

1ª Instancia.- Buenos Aires, abril 20 de 2020.

Considerando: I. En el día de la fecha, el Sr. Silvano Lanzieri, se comunica con la línea 0800, y requiere la habilitación del turno, a los fines de iniciar acción de amparo contra el GCBA, tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la resolución conjunta N° 16/MJGGC/2020.

II. Una vez aceptado el pedido de habilitación del turno, por considerar el suscripto que encuadra dentro del marco de las resoluciones CM N° 59, 60 y 63, se recibe la demanda y su documentación por soporte electrónico, y se establece, a través de la oficina de prensa del Poder Judicial local, la difusión pública de este juicio —incluido redes sociales—, otorgando un plazo breve en horas, para que aquellos interesados en la cuestión debatida puedan ejercer sus derechos a ser oídos, a través de presentaciones al correo electrónico del juzgado o a la línea 0800, en forma indistinta, de modo de poder dictar una resolución útil y en tiempo. Asimismo, se ordenó el traslado de la medida cautelar al GCBA, y vistas a las tres ramas del Ministerio Público de la CABA, como así también la comunicación a la Defensoría del Pueblo porteña - Defensoría de la Tercer Edad. Obran agregadas las providencias en el expediente digital que dan cuenta de las respectivas notificaciones electrónicas y telefónicas.

III. En respuesta a la difusión del caso, pese a su breve duración horaria, justificada en la necesidad de

otorgar una respuesta judicial en tiempo útil, dentro del horario establecido, se recibieron presentaciones de particulares que adhieren al pedido de inconstitucionalidad, un escrito del Sr. Asesor Tutelar en turno —a modo de colaboración con el tribunal—, otro del Sr. Defensor de primera instancia en turno, y la contestación del traslado de la medida cautelar de parte del GCBA. De todo ello, será anejado con constancias electrónicas en el expediente digital para acceso de las partes y demás interesados.

IV. El Sr. Defensor, con base en las facultades conferidas por las resoluciones DG 206/20, 207/20 y 208/20, pone en conocimiento del tribunal que la Dirección de Orientación del Habitante (DOH), dependiente de ese Ministerio Público de la Defensa, en el día de la fecha ha recibido por vía electrónica una consulta de la Sra. A. M. D., en la cual manifiesta su intención de impugnar la norma aquí cuestionada. En cuanto a la cuestión debatida en autos, afirma que, sin desconocer la existencia de la emergencia sanitaria establecida que justifica el dictado de medidas excepcionales, en todo momento las medidas adoptadas deben ser razonables, proporcionadas y sujetas al escrutinio judicial; superar el test de razonabilidad y al mismo tiempo, debe evitarse cualquier discriminación en razón de edad.

Por ello, entiende que “...nos encontramos ante una disposición restrictiva de la libertad ambulatoria que no tiene sustento legal, sino que se establece mediante una Resolución conjunta suscripta por el Sr. Jefe de Gabinete y el Sr. Ministro de Salud de la Ciudad de Buenos Aires (...) los arts. 2 y 3 de la Resolución Conjunta 16/MJGGC/20, en cuanto establecen la obligación de aviso y comunicación con el número 147 de las personas mayores de 70 años, previa a la salida de su domicilio, no resultan compatibles con las normas constitucionales, y así debe ser declarado...” (sic).

V. El GCBA, a través de su letrado apoderado, contesta el traslado conferido en tiempo y forma. Cuestiona la legitimación procesal activa del actor, por tener domicilio en provincia y ejercer la profesión de periodista, que se encuentra exenta por ser una actividad declarada esencial por el PEN. Asimismo, indica que, al no existir sanción alguna, no hay agravio constitucional ni necesidad de medida cautelar o amparo, ya que la mera necesidad sin consecuencias termina siendo una simple sugerencia. Dice que, en la medida en que la Resolución atacada tiene la intención de brindar contención a las personas de 70 años o más, identificando aquellas situaciones que puedan ser resueltas con la colaboración de la sociedad para evitar la salida a la vía pública de la población de riesgo, se solicita el rechazo de la pretensión de inconstitucionalidad en traslado.

VI. En cuanto a las adhesiones recibidas, también en tiempo y forma, por vía de correo electrónico, fueron las siguientes: Sr. O. A. L., DNI ..., de 72 años de edad, domiciliado en la calle ...; Sr. N. K., DNI ... —se le requirió constatación del domicilio pero no contestó—; Sr. B. D., DNI ..., con domicilio en ...; Sra. C. R., DNI ..., con el mismo domicilio en ... CABA. También se recibieron adhesiones por vía telefónica a la línea oficial del turno 0800: Sra. D. M. del C., DNI ..., de 77 años de edad, con domicilio en ..., Ciudad de Buenos Aires; Sr. D. N. G., DNI ..., con domicilio en ..., Ciudad de Buenos Aires —también envió luego por vía de correo electrónico—.

VII. En estas condiciones, vencido el plazo establecido de las 22.00 horas, se procede al despacho de la medida cautelar. Para ello, entiendo que el planteo del GCBA sobre la falta de legitimación activa del actor deviene innecesario y dilatorio, a tenor de las diversas adhesiones formuladas por residentes porteños, y la presentación del Sr. Defensor Oficial.

En la demanda se persigue la declaración de inconstitucionalidad de la citada resolución, por considerar que es violatoria de garantías constitucionales, en particular los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28, 29, 31, 43 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Se entiende que, si bien “es cierto que en situaciones de emergencia como la generada por la pandemia del COVID 19, los derechos pueden sufrir limitaciones, éstas deben ser razonables y nunca pueden realizarse en base a recortes arbitrarios a un segmento poblacional a partir de meros relatos especulativos. Donde se presume que por tener 70 años o más una persona es débil. Aquí la primera irrespetuosidad del pseudo legislador, al confundir adulto mayor con débil. El riesgo no lo da exclusivamente la edad...” (sic). Se sostiene que la medida de la administración fue dictada en exceso de sus facultades, ya que no puede alegarse que la Legislatura está imposibilitada de sesionar por causa de la pandemia “...porque el día 7 de abril sesionó adaptando el salón Dorado Hipólito Yrigoyen del Palacio y dispuso por el voto mayoritario de sus miembros, realizar sesiones a distancia mediante la utilización de tecnologías en línea... Es decir que la norma observada viola los artículos 80 y 81 inciso 2º de la Constitución local...” (sic). Se indica que, mediante la voluntad del Jefe de Gobierno, “...como en la Roma antigua, se ha decretado una nueva clase de personas con la “capitis diminutio” y se le ha declarado una verdadera muerte civil que es lo mismo...” (sic), ya que, en su modo de ver la cuestión, “...generar una norma que arbitrariamente estigmatice a un ser humano por la edad atenta contra la dignidad de las personas...” (sic). Se concluye que, “...esta norma, lejos de cuidar al adulto mayor produce un impacto psicológico negativo y tóxico en el cerebro de este sector poblacional...” (sic).

VIII. En el artículo 15 de la ley 2145 se establece que “[e]n la acción de amparo, como accesorio al principal, con criterio excepcional son admisibles las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva,” y que “son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos:

a) Verosimilitud del derecho; b) Peligro en la demora; c) No frustración del interés público; d) Contracautela”.

IX. Cabe resaltar que el pedido se resuelve en el marco del sistema judicial de turnos, y dentro del contexto de las medidas de restricción de 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 (el destacado me pertenece).

Que de la misma norma se desprende que tal medida fue dictada a fin de proteger la salud pública, en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/PEN/20 y su modificatorio y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al Coronavirus-COVID 19.

En su artículo 6° se establece que las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia quedan exceptuados del cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y de la prohibición de circular y luego, por diversas Decisiones Administrativas, se han ampliado el listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia.

A su vez, en el artículo 10 se prevé que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en él, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Que por Decisión Administrativa N° 446/20 se estableció que el Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19", aprobado por Resolución N° 48/2020 del Ministerio del Interior, constituye el instrumento para validar la situación de quienes se encuentren comprendidos dentro de alguna de las excepciones previstas en el artículo 6° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20, sus normas modificatorias y complementarias y en las Decisiones Administrativas N° 429/20, 450/20, 467/20, 468/20 y 490/20 así como las que en el futuro se establezcan. En la misma norma se establece que el "Certificado Único Habilitante para Circulación —Emergencia COVID-19", tiene vigencia por el plazo que dure el aislamiento social, preventivo y obligatorio, y que se encuentran exceptuados de su tramitación y portación las personas incluidas en los supuestos previstos en los incisos 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21 y 24 del artículo 6° del Decreto N° 297/2020, artículo 1° punto 2 de la Decisión Administrativa N° 429/20 y artículo 1° puntos 1 y 2 de la Decisión Administrativa N° 490/20, quienes deberán acreditar su condición a través de las formalidades y procedimientos que las autoridades competentes establezcan a tal fin.

En lo que respecta a los desplazamientos por fuerza mayor las personas deberán de acuerdo a lo establecido por el artículo 6°, inciso 6°, del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20, acreditar tal extremo, de conformidad a lo establecido por el artículo 2° de la Resolución del Ministerio del Interior N° 48/20, esto es mediante documentación fehaciente que dé cuenta del suceso acaecido.

X. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dictó la Resolución Conjunta N° 13/MJGGC/20 estableciendo las formalidades y requisitos que deberán cumplir las personas que requieran desplazarse en la Ciudad de Buenos Aires o ingresar a ella, en aquellas situaciones no alcanzadas por el "Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19", a efectos de poder ejercer un adecuado control por parte de las fuerzas de seguridad del cumplimiento de la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio vigente.

Luego, mediante el dictado de la resolución conjunta entre el Sr. Ministro de Salud y el Sr. Jefe de Gabinete de Ministros porteño, cuya constitucionalidad aquí se impugna, se resolvió lo siguiente:

Artículo 1°.- Instruyese a todo el personal del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no revista en reparticiones de naturaleza esencial en el marco de la presente emergencia sanitaria, a contactarse con las personas mayores de 70 años, a efectos de brindar asistencia e información a quienes lo necesiten, a fin de

evitar situaciones que los expongan al riesgo de contagio y afectación del sistema de salud. La actuación del personal convocado consistirá en concientizar acerca de los riesgos de contagio, escuchar a las personas, identificar las necesidades que se planteen y brindar la orientación y/o posterior derivación y resolución de las mismas.

Artículo 2°.- 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, establécese la necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147 (el destacado me pertenece).

Artículo 3°.- El aviso efectuado con la modalidad prevista en el artículo 2°, estará vigente durante 48 horas.

Artículo 4°.- Quedan exceptuados de lo establecido en el artículo 2°: 1. Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo. 2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 3. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos. 4. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 5. Los titulares de las actividades y servicios declarados esenciales por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20 y las autorizadas por las Decisiones Administrativas N° 429/20, 450/20, 467/20, 468/20 y 490, así como las que en el futuro se establezcan. 6. Las personas que deban recibir las vacunas de conformidad con el calendario establecido y/o para realizar tratamientos médicos programados. 7. Las personas que deban cobrar su sueldo o jubilación en el día que corresponda conforme el calendario de pago establecido.

Artículo 5°.- La presente medida entrará en vigencia a partir de las cero horas (00:00 hs.) del día lunes 20 de abril de 2020.

Artículo 6°.- Publíquese en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. Comuníquese y notifíquese a los Ministerios y Secretarías del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para su conocimiento y demás efectos. Cumplido, archívese.

Entre los considerandos de la reciente medida bajo análisis, se alude a que, en base al conocimiento generado hasta la fecha, la afectación de los distintos grupos etarios no es homogénea, siendo las personas mayores las que presentan un riesgo significativamente mayor. Que en la CABA la mortalidad por COVID-19 se concentra en personas mayores. 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. Que se intenta reforzar la autonomía decisional y el autogobierno de cada adulto mayor en su disposición a salir y a correr los riesgos consecuentes. Que la 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 ciudadanía en minimizar las necesidades de exponerse a este riesgo. Que el Estado busca la cooperación y acompañamiento activo de la comunidad para establecer una red de cuidado y colaboración de familiares, vecinos, personas allegadas de su entorno social y organizaciones de la sociedad civil dirigida a la adquisición de bienes y servicios y a la solución de situaciones cotidianas, con el indispensable acompañamiento afectivo y social, entendiendo que este tipo de situaciones pueden ser vividas con pesar por parte de la persona mayor. Que se ha implementado el Programa de Mayores Cuidados, que tiene por objetivo organizar y coordinar una red colaborativa, convocando a vecinos y vecinas a colaborar, como voluntarios, con los adultos mayores durante la emergencia sanitaria tanto de manera telefónica y de asistencia afectiva y compañía como presencial, ayudando a realizar las compras de alimentos, medicamentos o los que necesite la persona así como el paseo de su mascota, para permitirle que pueda quedarse en su hogar y preservar su salud con la tranquilidad de saber que tiene resueltas estas situaciones. Que se ha convenido con el Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal (SUTERH) para que los trabajadores y trabajadoras puedan durante su jornada de trabajo realizar acciones de asistencia para los habitantes del edificio que se encuentren en los grupos de riesgo, ayudando con ello que no requieran salir de sus hogares. Que se entiende 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 (el destacado me pertenece).

XI. Que en el artículo 16 de la Constitución Nacional se dispone que “...Todos [los] habitantes son iguales ante la ley...”. Esta norma no establece una equiparación rígida, como el art. 20 de la Constitución Nacional, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. La igualdad así establecida no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros).

En virtud del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los Estados Partes se comprometen a “... garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A su vez, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, prohíben toda discriminación 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.

En el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se establece que “[s]e reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”. Dicha disposición obliga a la Ciudad a promover “...la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

Es sabido que el principio de igualdad se expresa a través del derecho a recibir un trato igualitario frente a la identidad de circunstancias y opera como límite ante la arbitrariedad. Sobre el punto, el máximo tribunal de la República tiene dicho que “Para que se encuentre lesionada la garantía de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional, es necesario que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se conceden a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, pues nada obsta a que se trate de manera diferente a aquellos que se encuentran en escalafones distintos por sus actividades específicas” (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte adhiere en “Cosentino, Gustavo y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Educación s/ empleo público, del 07/12/2017, Fallos: 340:14). Puesto que “nada impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, de ahí que se atribuya a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de su reglamentación, en la medida en que dichas distinciones no se basen en un propósito de hostilidad contra un determinado individuo o grupo de personas pues nada obsta a que se trate de modo diferente a aquellos que se encuentran en situaciones distintas por sus actividades específicas” (Del voto de la Dra. Highton de Nolasco en “Bedino, Mónica N. c. Telecom Argentina SA y otro, del 14/03/2017, Fallos: 340:141). En el mismo orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia ha sostenido que “es posible para el legislador crear categorías, grupos o clasificaciones que impongan un trato diferente, pero el criterio de la distinción deberá ser ‘razonable’, es decir, fundado en pautas objetivas que mantengan correspondencia con la finalidad perseguida por la norma” (del voto de los Dres. Conde y Casás, en autos “Gigacable SA c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. 4627/06, del 11/12/2007). Asimismo, es preciso recordar que el tratamiento diferenciado requiere de razones objetivas que lo justifiquen.

XII. Que, específicamente sobre los derechos y garantías del sector poblacional al que se encuentra dirigida la medida, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la ley Nacional N° 27.360, del año 2017, establece que “Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones” (art. 1). Se entiende por “Discriminación: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada; y por Discriminación por edad en la vejez: Cualquier distinción, exclusión o

restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada” (art. 2). Asimismo, que “Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez...” (art. 5). Que los Estados Parte “...adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población... (art. 6). También se reconoce el “...derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos (...) En especial, asegurarán: a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos” (art. 7). Lo propio ocurre con el derecho de la persona mayor “...a la libertad y seguridad personal, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva” (art. 13). En el art. 32, por último, los Estados Parte acuerdan: (...) b) Fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez (...) e) Promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto.

En el art. 41 de la Constitución porteña, en el capítulo duodécimo, se prevé que “La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias...”.

XIII. Por otro lado, en el orden local, el art. 20, CCABA, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral, y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria. Además, asegura —a través del área estatal de salud— las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. La constitución local también garantiza en su propio texto “el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente” (art. 20). Por último, en el artículo 3° de la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires se establece que “La garantía del derecho a la salud integral se sustenta en los siguientes principios: a. La concepción integral de la salud, vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente”.

XIV. Que, efectuado el relato de los hechos y la reseña de las normas a tener en cuenta para la resolución de la medida cautelar requerida, habré de ingresar a su análisis.

En primer lugar, es dable señalar que el control recaerá exclusivamente sobre la legalidad de la medida, a la luz de las normas convencionales y constitucionales citadas, ya que tanto su oportunidad, mérito y conveniencia, son aspectos de resorte exclusivo de la rama ejecutiva. Sobre este punto, el suscripto no es ajeno al contexto sanitario en el que ha sido dictada, y que fuese incorporado a los propios considerandos tenidos en cuenta para su justificación, como así también el resto de la batería de normas de diverso rango —siempre de la rama ejecutiva— que tanto el gobierno local, como el de las restantes jurisdicciones federadas, y el propio Poder Ejecutivo Nacional, vienen adoptando de manera progresiva, con el fin máximo y ulterior de proveer y garantizar la salud de la población argentina. Ya no solo en mi carácter de juez, sino de un ciudadano más al que le resultan asimismo aplicables. Como se ha transcripto en el considerando X, párrafo III, de la presente, el GCBA ha creado un Programa de Apoyo a los adultos mayores, tendiente a colaborar con ellos durante la duración de las medidas de aislamiento generalizado y obligatorio en virtud de la pandemia del Covid-19.

Tampoco soslayo las diversas opiniones públicas, de toda índole, sobre el error o acierto de las medidas dictadas por DNU del PEN, ni la repercusión que, en estos últimos días, ha tenido el tema específico bajo estudio, con manifestaciones de distinta índole e intensidad, y tanto a favor como en contra.

Sin embargo, esa perspectiva no es la que guiará el tratamiento del pedido cautelar. Por el contrario, solo me pronunciaré sobre la concordancia o no de la norma en particular, con el resto del ordenamiento jurídico, y las normas de mayor jerarquía, en tanto, al día en que se dicta la presente, continúa vigente el Estado de Derecho y las garantías constitucionales, y es precisamente en ese rol que se controlará la disposición, puesto que es la función principal que atañe a la rama judicial del Estado, y el último bastión al que pueden acudir los habitantes a fin de reclamar por los derechos que estiman conculcados.

XV. Efectuadas estas aclaraciones preliminares, debo decir que, a mi modo de ver, de la mera lectura de los artículos 1º, 4º y 5º, se desprende que no generan prima facie lesión alguna a los derechos ya citados, por lo que superan sin demasiado inconveniente el test de su constitucionalidad. Es que, más allá de las molestias que pudiera generar en algún habitante porteño el recibir un llamado de parte de trabajadores de la Ciudad, con esta herramienta la administración intenta “brindar asistencia e información a quienes lo necesiten (...) busca concientizar acerca de los riesgos de contagio, escuchar a las personas, identificar las necesidades que se planteen y brindar la orientación y/o posterior derivación y resolución de las mismas”. En este sentido, más bien aparecería en escena como un dispositivo proactivo en pos de colaborar con el grupo poblacional al que se encuentra destinado. Lo propio ocurre con el art. 4º, por el que se establecen una cantidad importante de excepciones a los adultos mayores que reúnan dichos requisitos. Finalmente, la medida temporaria para el comienzo de su aplicación está dentro de las posibilidades que al efecto prevé la legislación (art. 5 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

XVI. El quid de la cuestión traída a conocimiento de estos estrados, reposa sobre los alcances de los artículos 2º y 3º, ya que son estos los que fijan una conducta que, a tenor del escrito de demanda, resultaría violatoria de derechos y garantías de raigambre convencional y constitucional.

Desde ya adelante que asiste razón en su planteo al demandante, a poco que se repare en la lectura del bloque conformado por las diversas normas de rango constitucional, por un lado, (art. 75, inc. 22), y de rango superior a las leyes, por el otro, en el caso específico de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores, y se efectúe con aquel el debido contraste de los arts. 2 y 3 de la resolución aquí cuestionada. 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, resulta 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. Como tal, debe ser analizada bajo lo que la doctrina y la jurisprudencia han tenido a bien caracterizar como “categorías sospechosas”. Máximo, cuando ese aviso tendrá únicamente una vigencia temporal de 48 horas (art. 3º), lo que obligaría a una nueva gestión con igual cometido.

Por clasificaciones o categorías “sospechosas” se entiende aquellos supuestos en los que el legislador establece distinciones 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. Típicos ejemplos de esta categorización son los de raza y religión. En épocas más recientes, la noción fue extendida a las distinciones de género, y a otras tales como la discapacidad (cfr. Stone, G., Seidman, L., Sunstein, C. y Tushnet, M., *Constitutional Law*, Little, Brown & Co, Boston-Toronto, 1986, pp. 529-689, citado por el TSJ en diversos precedentes en los que analizó la constitucionalidad de normas referidas a impedimentos para el acceso al empleo público o a la jubilación, como el caso “Sandez, Carlos A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 482/00, sentencia del 29 de noviembre de 2000, los casos “Gottschau” y “Zdanevicius”, entre varios otros”).

En estos especiales supuestos, la presunción de inconstitucionalidad que rige sobre tales decisiones 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. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, 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 6º).

El escrutinio en estos casos debe ser más severo. Tiene dicho el TSJ porteño que, a la edad, en cuanto cualidad de las personas físicas, el orden jurídico le atribuye diversos efectos cuya validez constitucional depende en cada caso de su razonabilidad, y que se encuentra prohibido, en cambio, efectuar distinciones irrazonables, es decir aquellas que importen una discriminación o una segregación. Las razones que justifican la distinción deben necesariamente ser aportadas por el órgano estatal que crea la regla que la incluye (conf. autos “Urbano, Antonio c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. N° 4973/06, sentencia del 6 de noviembre de 2007).

Asimismo, en este precedente, ha dicho que “...cuando está en juego el derecho a la igualdad, el contenido propio del juicio de razonabilidad y proporcionalidad encuentra su eje en la presunción de consentimiento. La finalidad perseguida por la norma, así como la proporción entre los medios seleccionados para lograrla, confluyen como datos relevantes pero incardinados bajo el ámbito propio de la garantía de la igualdad,

presidido por la noción de consentimiento atribuible al sujeto pasivo. Así, lo que debe ser razonable y proporcionado no son los fines y medios que seleccionó el legislador considerados en general, sino tomados como elementos para medir si es posible presumir el consentimiento del destinatario para legitimar la imposición dispuesta por el órgano depositario de la voluntad popular. El escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad utilizado en sede judicial como herramienta de control ha implicado, ciertamente, un avance tanto en los sistemas de carácter subjetivo (vgr. difuso) como objetivo (vgr. abstractos); su generalización, sin embargo, le ha hecho perder el contenido y explicación específica que inspiró su elaboración. En línea con lo anterior, es sencillo comprender por qué no cabe presumir el consentimiento aludido cuando el legislador utiliza una de las denominadas categorías sospechosas. Precisamente, en tales supuestos, como no resulta posible asumir que la ley opera bajo el halo del consentimiento inicial de los destinatarios, es la autoridad pública la que debe demostrar los motivos por los que un régimen dado podría dispensar un trato diverso que suponga imponer cargas o privar de beneficios a grupos definidos, por ejemplo, a partir de la religión que profesan o su origen étnico y, pese a ello, ser constitucionalmente válido. A la inversión de la carga probatoria se suma un control riguroso de los fundamentos dados en defensa de la norma, que deberá exhibir una relación directamente proporcional entre la restricción que consagra y el interés público en cuya protección declara obrar el legislador. La presunción de consentimiento opera como pauta objetiva para instrumentar el control de la cláusula de igualdad. Establecer si esa pauta se verifica, para determinar la validez de una norma, depende de un juicio empírico. En cambio, el control de razonabilidad desligado de referencias concretas, remite a una noción más bien inasible y tan variable como la cantidad de operadores que formulen el control. Frente a supuestos que involucran la protección que acuerdan los arts. 11 de la CCBA y 16 de la CN, entonces, el contenido específico del test de razonabilidad reposa en la presunción de consentimiento tal como fue explicada”.

XVII. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Poblete Vilches y otros c. Chile”, sentencia del 08/03/2018, sostuvo que, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana no son permitidos tratos discriminatorios, “por motivos de raza, color, sexo, [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Al respecto, los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. Así, la Corte ha señalado que la edad, es también una categoría protegida por esta norma. En este sentido, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores se encuentra tutelada por la Convención Americana.

Cabe recordar también lo señalado recientemente en la “Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20”, dictada el día 9 de abril de 2020, bajo el título: “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”. Allí, el máximo tribunal del continente señaló que: “Todas aquellas 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, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

XVIII. Desde esta perspectiva, la medida —más allá de sus buenas intenciones, por cierto, lo que se descarta— importa una discriminación en razón de la edad, que vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población. En síntesis, están aquellos que cumplen tareas esenciales y pueden seguir circulando para desempeñarlas, con el permiso correspondiente; por el otro, están las excepciones generales a partir de las cuales la mayoría de los ciudadanos podemos salir a adquirir bienes de primera necesidad y, 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. Desde la óptica judicial ello conlleva una lesión a los derechos y garantías constitucionales ya reseñados y, como tal, no supera el test de constitucionalidad.

Es que, en definitiva, con la herramienta planteada en el art. 1º, se tiende a medidas de protección y cuidado, mientras que con el sistema del art. 2º se disminuye la autonomía personal y la capacidad de decisión, solo en función de la edad. Nótese que en los considerandos se señaló que el propósito está dado por otorgar una especial protección de las personas mayores en pos de morigerar el impacto que pudiera tener la enfermedad en este grupo, y no se ha fundado en la preservación de otros bienes jurídicos, que ameriten otro tipo de ponderación.

Lo que aquí se resuelve no implica el deber de los adultos mayores de 70 años de edad, al igual que el resto



de la población no exceptuada, de continuar con el aislamiento obligatorio mientras se encuentre vigente en el tiempo, conforme el DNU 297/2020 y demás normas concordantes.

XIX. En lo que atañe al planteo del GCBA de falta de caso, por no existir agravio concreto, en función de que la norma no prevé una sanción para el incumplimiento y que "... la mera necesidad sin consecuencias termina siendo una simple sugerencia...", cabe su desestimación, porque como fue analizado más arriba, no es lo que se desprende de la simple lectura de los términos empleados en el art. 2° de la resolución, sin perjuicio de que nada impide entonces que la administración proceda a dictar una nueva resolución que establezca que se trata de una simple sugerencia y, como tal, voluntaria u optativa.

XX. Por último, teniendo en cuenta la eventual repercusión que pudiera tener el dictado de este interlocutorio, que retrotrae la situación vigente hasta las 00.00 del día de la fecha, hago propicia la oportunidad para sumarme a la exhortación que vienen formulando las autoridades ejecutivas federales y locales, de requerir a los habitantes el cumplimiento de las medidas de aislamiento vigente, de modo de cuidarse y cuidarnos entre todos, para superar la emergencia sanitaria en la que nos encontramos con motivo del Covid-19.

XXI. Por lo expuesto, resuelvo:

1) Hacer parcialmente lugar a la medida cautelar solicitada en el escrito de inicio a través de las diversas adhesiones enviadas y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los arts. 2° y 3° de la resolución conjunta MSJGM N° 16/2020.

2) Ordenar el envío por secretaría de un correo electrónico a la Secretaría General a los fines de la incorporación de la causa al Registro de Procesos Colectivos, con copia de la presente resolución (acuerdo plenario n° 4/2016).

3) Ordenar su difusión inmediata a través del sitio ijudicial, a cuyo fin comuníquese por Secretaría vía email con copia de la presente.

4) Regístrese en los libros del juzgado una vez retomada la actividad habitual, notifíquese por secretaría, vía electrónica, a la parte actora —y sus adherentes—, a los Sres. Representantes del Ministerio Público en turno, y al GCBA, con habilitación de días y horas, y dejándose constancia en el sistema informático. — Lisandro E. Fastman.