

El impacto del COVID-19 y del ASPO en los grupos vulnerables

Marta Pascual¹

Alejandro Sanjuan²

*“Dime como la sociedad
protege a las personas vulnerables
y te diré en que sociedad vives”³*

Resumen

Reconocer la existencia de grupos vulnerables tiene dos finalidades básicas que recobran vital importancia en el contexto de la pandemia actual. Una de ellas es que dicho reconocimiento obliga a los poderes públicos a la realización de políticas de acción positiva que garanticen a las personas vulnerables el pleno ejercicio de sus derechos. La otra finalidad se vincula con el deber de los operadores judiciales para promover un trato adecuado que permita el acceso de los sujetos vulnerables al sistema de justicia en condiciones de igualdad con los demás.

Palabras clave

COVID-19 - Sujetos vulnerables - Niños, niñas y adolescentes - discapacidad - violencia de género - adultos mayores.

¹ Abogada. Jueza Penal Juvenil de Lomas de Zamora, a cargo del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N°2 del Dpto. Judicial de Lomas de Zamora. Presidente de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y Familia. Profesora Titular “Derecho de Familia” (FD-UNLZ).

² Abogado. Auxiliar Letrado de la Asesoría de Incapaces N°1 del Dpto. Judicial de Lomas de Zamora. Docente de la Cátedra de Derecho de Familia de la UNLZ, Facultad de Derecho, a cargo de la Dra. Marta Pascual. Coordinador de la Comisión de Derecho de Familia del Centro de Estudios Judiciales (CEJ). Secretario Ad Hoc Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As. (Consejo Lomas de Zamora). Coordinador de la Comisión sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la UMyF de LZ.

³ “Dis-mois comment la société protège la personne vulnérable, et je te dirai dans quelle société tu vis”, Combret, Jacques, “Las ‘personnes vulnérables’ en el derecho francés, en Diaz Alabart, Silvia, “Familia y discapacidad”, Colección Scientia Iuridica, Madrid, España, 2010, p.71).

Introducción

El año 2020 se ha iniciado con una novedad en materia sanitaria que ha generado importantísimos cambios. El factor común a nivel internacional ha sido lo intempestivo de su surgimiento y la incertidumbre generada. Esta realidad, obviamente, no ha resultado ajena al derecho el cual también se ha visto perplejo frente a esta novedad, intentando regular a través de diferentes normas los conflictos suscitados.

La Organización Mundial de la Salud calificó como pandemia el virus denominado COVID-19 surgido –según la información hasta el momento conocida- en la ciudad de Wuhan, China, en el mes de diciembre de 2019.

Siendo que al día de la fecha no se halla una vacuna contra el nuevo virus, desde el ámbito de la salud se ha recomendado el “aislamiento social” como la herramienta más efectiva para evitar su propagación. En virtud de ello, en nuestro país el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 que estableció el aislamiento social preventivo y obligatorio (en adelante ASPO).

Dicha normativa establece que “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ en los términos indicados en el presente decreto.” (Art. 1).

Esta medida, que implica la restricción ambulatoria de las personas en el territorio nacional se ha visto acompañada por otras medidas limitativas como el cierre de las fronteras y suspensión de vuelos internacionales, la suspensión de los espectáculos deportivos, artísticos, actividades académicas así como la cursada escolar en todos los niveles.

Ante tan importante limitación al ejercicio de los derechos lo primero que se debe analizar es si la misma resulta constitucional (y convencional), es decir, si encuentra fundamento legal suficiente conforme los estándares de un Estado de Derecho. En este punto, es importante señalar que en los propios considerandos del decreto 297/2020 se destaca que si bien el art. 14 de la Constitución Nacional consagra el derecho a transitar libremente, no puede dejar de observarse que el mismo -así como otros derechos- pueden estar sujetos a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública.

Desde la doctrina también se ha respaldado la legitimidad de la restricción ambulatoria debido a lo excepcional de la situación. Así Gil Domínguez sostiene que “Usualmente en nuestro país la invocación de la emergencia en sus distintas facetas ha sido sinónimo de conculcación del sistema de derechos y de la división de poderes como forma de organización del poder. El intento de evitar la propagación de la pandemia global COVID-19 es la primera vez en nuestra historia reciente donde los mecanismos de la emergencia previstos por las Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional son utilizados para garantizar eficaz y útilmente los derechos fundamentales y los derechos humanos colectivos y subjetivos”⁴. Por su parte, recordando que toda limitación de derechos debe responder a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, Medina señala que el ASPO decretado por el Poder Ejecutivo Nacional cumple tanto con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como con los cinco Principios de Siracusa, esto es: 1) Que la restricción se establezca y aplique de conformidad con la ley; 2) En pro de un objetivo legítimo de interés general; 3) Que la restricción resulte estrictamente necesaria en una sociedad democrática para alcanzar un objetivo concreto; 4) Que no se disponga de medios menos intrusivos ni restrictivos para alcanzar el mismo objetivo; y 5) Que la restricción no se ha determinado ni impuesto arbitrariamente, es decir, de manera no razonable o discriminatoria de alguna forma⁵.

Por último, podemos resaltar que la constitucionalidad del aislamiento social preventivo y obligatorio ha sido resuelta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Sala Integrada) ante un planteo de habeas corpus colectivo. La alzada dijo que “para realizar el control de constitucionalidad se tiene que ponderar si la norma busca fines legítimos y si los medios utilizados para esos fines son razonables dentro de los mecanismos con los que cuenta la autoridad cuando limita derechos individuales”. Agrega que “la medida adoptada es la única disposición que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación de la enfermedad.”, por lo que concluye que “la situación de excepcionalidad da cuenta de la legitimidad de los fines

⁴ GIL DOMINGUEZ, Andrés, “Una emergencia que garantiza derechos”, <http://underconstitucional.blogspot.com/>, del 20/03/2020, cit. en HERRERA, Marisa, “Las relaciones de familia detrás de un vidrio. Coronavirus y aislamiento social/familiar, LA LEY 02/04/2020, 02/04/2020, 1.

⁵ MEDINA, Graciela, “El coronavirus y el Derecho de Familia”, LA LEY 30/03/2020, 30/03/2020, 1 – DFyP 2020 (ABRIL), 14/04/2020, 5.

buscados que se pretenden preservar, por lo cual desde este prisma la norma tiene pleno sustento”⁶.

No obstante la legitimidad del confinamiento obligatorio dispuesto, lo cierto es que dicha medida no impacta igual en todas las personas. En particular, la medida de excepción puede agravar la situación de vulnerabilidad de ciertos colectivos sociales. Por ello, desde el ámbito del derecho se previeron ciertas excepciones a la restricción ambulatoria así como también se han planteado casos particulares que la justicia ha debido resolver.

COVID y los grupos vulnerables

Eva Giberti sostiene que el concepto de vulnerabilidad proviene del latín *vulnerare* que significa “herir” por lo que involucra la idea de resultar susceptible de ser lastimado. La idea de vulnerabilidad se refiere entonces a las personas o grupos de personas que son más susceptibles de poder ser heridas o lastimadas, ya sea física, psicológica o económicamente, así como de cualquier otro modo o por cualquier otro medio⁷. Es decir, se trata de personas o grupos de personas que ya sea por razones históricas, económicas o sociales presentan mayor probabilidad de ver afectados sus derechos.

Por su parte, las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad⁸ señalan que las condiciones de vulnerabilidad aparecen toda vez que una persona por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, se encuentran con barreras o dificultades para ejercitar con plenitud los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico.

Reconocer la existencia de grupos vulnerables tiene dos finalidades básicas que recobran vital importancia en el contexto de la pandemia actual. Una de ellas es que dicho reconocimiento obliga a los poderes públicos a la realización de políticas de acción positiva que garanticen a las personas vulnerables el pleno ejercicio de sus derechos. La otra finalidad se vincula con el deber de los operadores judiciales para

⁶ CNApel. Criminal y Correccional, Sala Integrada de Habeas Corpus, 22/03/2020, “K., P. s/ Habeas Corpus” (19.200/2020), sent. del 22/03/2020, Cit. Online: AR/JUR/3147/2020.

⁷ GIBERTI, Eva, “Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares”, Ed. Noveduc, Bs. As., 2016, p.9 y ss.

⁸ La Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió a *las 100 reglas de Brasilia* mediante Acordada 5/09 del 24/02/2009.

promover un trato adecuado que permita el acceso de los sujetos vulnerables al sistema de justicia en condiciones de igualdad con los demás. Circunstancia que puede requerir la implementación de ajustes de procedimiento para asegurar el principio de “igualdad de armas”⁹. Así lo destacó la Corte Interamericana de Derechos Humanos al sostener que “(...) la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos o deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran estos medios de compensación ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas ventajas.”¹⁰

Siguiendo la línea expuesta, se consideran grupos vulnerables el conformado por los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, las mujeres en situación de violencia familiar y/o de género, las personas mayores, los migrantes, los grupos aborígenes, etc.

Esta vulnerabilidad se ve agravada en el contexto de la pandemia provocada por el COVID-19 debido a que la situación de confinamiento no sólo puede agravar los vínculos familiares deteriorados, o impedir el contacto de determinados parientes, sino que aumenta la imposibilidad de recurrir ante los diferentes organismos en búsqueda de asistencia, incluido el acceso a la justicia.

Por ello, en el presente artículo analizaremos diferentes supuestos en los cuales el COVID-19 ha producido efectos en las relaciones de las familias, y su impacto concreto respecto de los sujetos vulnerables.

Efecto en los niños, niñas y adolescentes

El primer conflicto que surgió tras la imposición del ASPO en relación a los niños, niñas y adolescentes ha sido lo relativo a la continuidad del contacto de estos con el progenitor no conviviente, es decir, como se podía dar cumplimiento al régimen de

⁹ TEDH, Caso “Kaufman c. Bélgica”, 5362/72, 42 CD 145 (1972) y Caso “Bendenoun c. Francia”, A. 284, (1994), p.52.

¹⁰ Corte IDH, O.C. 16/99.

comunicación paterno o materno filial, o bien si era posible el traslado del niño a la vivienda del otro progenitor en los casos de cuidado personal compartido y alternado.

Sabemos que el colectivo de los niños, niñas y adolescentes es considerado grupo vulnerable en virtud de su condición de personas en desarrollo, lo cual impone que ante cualquier medida que se resuelva deba tenerse en especial consideración su interés superior (art. 3 CDN). Sin embargo, la situación excepcional generada por el COVID-19 ha enfrentado este interés con el interés general de la salud pública, es decir, con el bienestar general.

Así, el primer caso judicializado recayó en el Juzgado de Familia N°4 de San Isidro¹¹ donde se solicitó la “habilitación de feria” (en realidad se referiría a levantamiento de la suspensión de plazos) para exigir el cumplimiento del régimen de comunicación que se había fijado. Ante dicha petición el magistrado intenta conciliar el principio del interés superior del niño con el interés social que impone el ASPO, por lo cual resuelve rechazar la solicitud de habilitación de feria recordando la rápida propagación que tiene el virus y que el interés de los adultos debe ceder cuando la separación se muestra como necesaria en el interés superior del niño. A su vez, destaca la necesaria protección del bienestar general, señalando que debido a las características particulares del virus, se debe evitar todo traslado de los niños con el objeto de preservar la salud de la comunidad.

El caso analizado se trató de un claro ejemplo de *tensión entre el orden público que exige adoptar medidas en pos del bienestar general y la autonomía de la voluntad* que rige en todo Estado Constitucional de Derecho. Lo cierto, es que la finalidad de la resolución del magistrado ha sido tanto preservar la salud del niño como de la sociedad en su conjunto, lo que implica la razonabilidad de la decisión.

Más allá de este primer antecedente, los planteos sobre la posibilidad de ejercer el régimen de comunicación provocaron una incertidumbre que determinó que el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación debiera dictar una resolución aclaratoria. A través de la Resol. 132 el Ministerio destacó que la excepción del art. 5 del Dec. 297/2020 autorizaba el traslado de los niños, niñas y adolescentes en tres supuestos:

1- Si al iniciarse el ASPO el niño se encontraba en una residencia distinta de su centro de vida, se autorizaba su traslado hacia el mismo por única vez.

¹¹ Juzg. Fam. N°4 San Isidro, 19/03/2020, AR/JUR/3147/2020.

2- Si el progenitor a cargo del cuidado personal del niño se encontraba afectado a tareas de servicio esenciales, este podía trasladar al niño al domicilio del otro progenitor, familiar o referente afectivo.

3- Por razones de salud, el niño, niña o adolescente podía ser trasladado al domicilio del otro progenitor.

No obstante esta aclaración, lo cierto es que *el factor tiempo*, que resulta determinante en las cuestiones de familia por los cambios que produce en los vínculos, derivó en que frente a las sucesivas prórrogas respecto del primer aislamiento se resolviera que luego del primer período de quince días se autorizaba el traslado de los niños, niñas y adolescentes al domicilio del progenitor que no había mantenido contacto durante el primer confinamiento. (Resol. Administrativa 703/2020). Quedando con ello resuelta la cuestión que se debatía.

Un dato interesante respecto de esta decisión ha sido que tuvo en especial consideración los distintos tipos de familia, y así en la Resol. 703/2020 se agregó que en caso de familias monoparentales también se autorizaba el traslado del niño al domicilio de algún familiar y referente afectivo.

Resuelta de esta forma la cuestión del cumplimiento de los contactos de los niños, niñas y adolescentes, únicamente quedarían pendientes de cumplimiento aquellos que requirieran intervención judicial frente al desacuerdo de los progenitores.

Personas con discapacidad y COVID-19

Al dictarse del Decreto 297/2020 que estableció el aislamiento social preventivo y obligatorio en todo el ámbito de la República, una de las especiales circunstancias que se tuvo en cuenta ha sido la de las personas en situación de discapacidad. El art. 6 del referido documento prescribió como excepciones a la prohibición de desplazamiento el de aquellas personas que debieran asistir a otras con discapacidad.

Como se puede observar, a través de estas excepciones que intentaron flexibilizar de alguna manera el ASPO, se establecieron medidas específicas en relación a grupos vulnerables, entre ellos, el de las personas con discapacidad.

Sin embargo, las mismas no resultaron suficientes, puesto que en muchos casos las personas con discapacidad necesitan desplazarse para desarrollar diferentes tipos de tratamientos que impactan directamente sobre su salud. Por ello, uno de los primeros

casos que debieron resolverse con intervención judicial ha sido el de un niño con diagnóstico de “trastorno del espectro autista”.

El caso se trató de la solicitud para que un niño con trastorno general del desarrollo, del espectro autista y retraso mental pudiera realizar salidas transitorias de su domicilio, puesto que desde el inicio del ASPO había presentado conductas de auto y heteroagresión. Planteado el pedido, el magistrado de primera instancia decidió rechazar la solicitud por considerar que resultaba necesario priorizar el cuidado de la salud pública, y por entender que los profesionales que atendían al niño podrían prescribirle algún otro tipo de terapia sin necesidad de quebrar el aislamiento.

Dicha negativa resultó apelada por el Asesor Tutelar de la Ciudad, y arribado el reclamo a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires¹² los magistrados consideraron que la petición resultaba insustancial por entender que la situación del niño se encontraba dentro de las excepciones del art. 6 del Decreto 297/2020. Es decir, se consideró que la situación se hallaba dentro de una de las excepciones al aislamiento obligatorio y por tanto no requería de resolución judicial.

Más claro resultó lo resuelto en un caso similar por el Juzgado de FERIA de Tucumán¹³ quien resaltó precisamente la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas con discapacidad y la necesaria protección especial. El juez interviniente expresó que “No debe perderse de vista que los distintos órganos del Estado deben velar y hacer cumplir las directrices que posibiliten la adopción de medidas que si bien tiendan a proteger la salud de todos, no generen una merma en las condiciones de vida de quienes por su extrema vulnerabilidad a partir del padecimiento de cuadros clínicos psiquiátricos como el del niño de autos requieren la continuidad de modalidades de vida que le posibilitan avances y sostenimiento en el tratamiento de su afección”.

Ante el surgimiento de diferentes casos y reclamos en relación a las personas con discapacidad, el Jefe de Ministros de la Nación dictó la resolución administrativa 490/2020 por medio de la cual se autorizó la circulación de personas con discapacidad y aquellas comprendidas en el colectivo de personas con trastorno del espectro autista para realizar breves salidas en las cercanías de sus residencias acompañados por un familiar o conviviente.

¹² C. Apel. Contencioso, Adm. y Trib., Sala II de CABA, “ASESORIA GENERAL TUTELAR N°2 C. GCBA Y OTROS S.MEDIDA CAUTELAR AUTONOMA”, Sent. del 07/04/2020.

¹³ Juzgado de FERIA de Tucumán, “R., M. K. s. Información Sumaria”, Sent. del 08/04/2020.

Entre los requisitos exigidos se establecieron la necesaria presentación del Certificado Único de Discapacidad en soporte papel o digital, respetar el aislamiento social respecto de los demás transeúntes y no exceder el radio de 500 m. del domicilio.

Lo interesante de la evolución en el dictado de medidas ha sido la contemplación de ajustes respecto de los grupos vulnerables, en este caso, de las personas con discapacidad.

El aislamiento y la violencia por razón de género contra las mujeres

Como hemos dicho, la disposición de aislamiento obligatorio no ha afectado en igual forma a todas las personas sino que dicha situación produjo efectos que requieren especial atención respecto de los grupos vulnerables. Entre ellos encontramos a las mujeres en situación de violencia de género, por cuanto el confinamiento domiciliario no sólo impide que las mismas puedan acceder a las comisarías a realizar las denuncias de los hechos de violencia sino que además el encierro puede provocar que los vínculos y relaciones violentas se agraven.

Sobre este punto ONU mujeres realizó un llamado de atención destacando que “El coronavirus golpea tres veces a las mujeres: por la salud, por la violencia doméstica y por cuidar de los otros. (...) Las medidas restrictivas adoptadas en todo el mundo para luchar contra el COVID-19 intensifican el riesgo de violencia doméstica y los Gobiernos deben defender los derechos humanos de las mujeres y los niños y proponer medidas urgentes para las víctimas de esa violencia.”¹⁴. A su vez, la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la OEA recomendó que “(...) durante el aislamiento y la cuarentena, se requiere la incorporación de medidas alternativas para la prevención, atención y asistencia a víctimas de diversas manifestaciones de violencia de género en entornos domésticos, incluidos servicios adaptados para mujeres con discapacidad (especialmente mujeres sordas y ciegas) y refugios para esas mujeres y sus niños/as en riesgo o sin hogar, así como medidas específicas para las mujeres refugiadas y víctimas de trata.”¹⁵

¹⁴ Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471872> consultado el 19/08/2020.

¹⁵ OEA, Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad, Guía Práctica de Respuestas Inclusivas con Enfoques de Derechos ante el Covid-19 en las Américas. Se puede consultar en: www.colectivoderechofamilia.com

En línea con las medidas señaladas por los organismos internacionales y en una demostración del compromiso que el Poder Judicial ha asumido en materia de violencia de género la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en forma urgente dictó la Resolución 12/2020¹⁶ por medio de la cual dispuso *la prórroga automática* de las medidas cautelares de protección que se hubieran fijado en los procesos de violencia, hasta el cese del aislamiento social, preventivo y obligatorio a excepción que el juez interviniente resolviera en contrario o que la propia víctima lo solicitara. Entre las medidas que cuyo vencimiento se ha prorrogado se encuentran los perímetros de exclusión o de prohibición de acercamiento o contacto, las ordenes de exclusión del hogar, la concesión de dispositivos de alerta y cualquier otra medida que haga a la protección de personas y que tengan como causa la violencia familiar y de género, restricciones a la capacidad o sobre adultos mayores.

Ha de celebrarse este activismo judicial no sólo por su inmediatez sino por su adecuada resolución con clara perspectiva de género en beneficio de un colectivo vulnerable. Al dictar dicha resolución el Tribunal Provincial fue claro al señalar que “las medidas de aislamiento dispuestas a fin de mitigar la propagación del COVID-19 y sus efectos, probablemente recrudecerán las situaciones, lógicas y prácticas de violencia familiar y de género a las que se ven sometidas las personas en situación de vulnerabilidad en general y las mujeres en particular. Que la combinación de ambas situaciones (v. gr. encierro y recrudecimiento de las violencias) constituirá un obstáculo grave para el acceso a la justicia de las personas que se vean sometidas a las mismas (v. gr., imposibilidad de contactarse con su abogado), las cuales requieren de medidas urgentes para garantizar su derecho fundamental a la vida e integridad”.

A su vez entendemos que lo dispuesto por la Suprema Corte de Buenos Aires ha tomado muy en cuenta el contexto excepcional en que se dictaba la resol. 12/2020, ya que a través de la misma se flexibilizaron tanto la forma de denunciar los hechos de violencia como la notificación de las medidas que se ordenaran. Se resolvió que la prórroga del vencimiento de las medidas dictadas antes del aislamiento no requería ser notificadas (art. 2º) y que los juzgados de familia y de paz quedaban autorizados a recibir las denuncias por violencia familiar o de género provenientes de las Comisaría por cualquier medio telemático (incluso utilizando la aplicación WhatsApp).

¹⁶ Sup. Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As., Resol, 12/20202, del 20/03/2020.

Por otra parte, y sin perjuicio que junto con el ASPO los poderes judiciales de las diferentes jurisdicciones resolvieron implementar el asueto para el personal de los organismos judiciales, no puede dejar de observarse que la urgencia y gravedad que configuran los hechos de violencia doméstica y de género autorizan en general a su tratamiento mediante la solicitud de “habilitación de feria”.

Por ello, a lo largo del aislamiento obligatorio se han conocido diferentes casos que requirieron intervención judicial. Así, la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil decidió hacer lugar a la habilitación peticionada en virtud de la importancia de los derechos en juego en un proceso de violencia familiar. En este sentido la Alzada señaló que “(...) dada las particularidades del caso en torno a la cuestión debatida, corresponde disponer la habilitación horaria en un expediente de violencia familiar en el contexto de pandemia de público conocimiento al solo efecto de cumplimentar la orden de prorrogar cautelarmente las medidas dispuestas, teniendo en cuenta la proximidad del vencimiento y por razones de prudencia, sumado a la necesidad de preservar el interés superior del menor de edad.”¹⁷

Si bien consideramos que las cuestiones de violencia familiar y de género requieren de una pronta atención, debe tenerse en cuenta que la concesión de habilitación de feria reviste una medida excepcional prevista para aquellos asuntos que no admiten demora o se trata de situaciones cuya protección exige alguna medida que en caso de no ordenarse produzca un daño irreparable. En virtud de ello, los hechos de violencia que requieren el dictado de medidas cautelares justifican la habilitación, sin perjuicio de lo cual, debe tenerse en cuenta que otras diligencias por más que se enmarquen en el proceso protectorio pueden no resultar urgentes. Un ejemplo de lo referido es lo resuelto durante esta etapa de aislamiento por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones. En el caso se solicitaba la realización de una pericia psicológica a los fines de observar una posible revinculación. Frente a ello, el órgano de alzada entendió que no correspondía la habilitación excepcional de la feria destacando que “Se confirma el pronunciamiento que denegó el pedido de habilitación de feria peticionado por el denunciado y tendiente a que se continúe llevando adelante el proceso de revinculación iniciado con su hija, atento a que la continuación del proceso de revinculación, en el modo en que ha sido dispuesto -la madre de la niña debe llevarla a determinados lugares señalados para que se encuentre con su padre, junto a una profesional que, a su vez, suspendió el proceso

¹⁷ Cám. Nac. De Apel. Civil, Sala K., “B., M. S. c. H., N. I. y otros s/Denuncia por Violencia Familiar”, sent. del 19/03/2020, Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/3131/2020.

invocando razones de salud pública- durante el período de aislamiento social preventivo y obligatorio establecido en el DNU 297/2020, podría poner en riesgo no sólo la salud de la niña, sino también la de la población en general. A ello se agrega que el apelante sólo esgrimió para la solicitud de la habilitación de la feria cuestiones genéricas e impresas respecto de eventuales beneficios, pero no expuso reales motivos de urgencia que objetivamente emanen de la propia naturaleza del caso y que justifiquen la habilitación peticionada. En efecto, a la luz del decreto mencionado y de la Acordada 04/2020, el recurrente no ha logrado demostrar de qué manera una decisión favorable a la habilitación de la feria perseguida podría subsanar la eventual pérdida o frustración del ejercicio de su derecho, cuando lo pretendido implicaría poner en riesgo la propia salud de la niña menor de edad”¹⁸.

No obstante estos casos puntuales, entendemos que siguiendo los estándares del derecho Internacional de los Derechos Humanos que en materia de violencia por razón de género hacia la mujer nos impone la obligatoriedad de adoptar medidas de protección efectivas hacia este colectivo social¹⁹, ante las denuncias de violencia se debe garantizar -por la modalidad que resulte posible- el acceso a la justicia de las víctimas y su debida protección

Personas mayores de edad

En primer lugar, corresponde una aclaración terminológica. Es común la utilización de conceptos como “viejos”, “veteranos”, “ancianos” o “gerontes” para referirse al colectivo social de las personas mayores. Sin embargo dichas denominaciones conllevan, en la sociedad actual, una connotación negativa que se debe evitar. En este sentido y con la intención de lograr un lugar simbólico adecuado se han generado una multiplicidad de propuestas en reemplazo de la voz anciano: Así, desde la bioética el término más usado es el de “adultos mayores”, mientras que desde la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores²⁰ (en adelante CIDHPM) se ha optado por la denominación de “personas mayores”. En

¹⁸ Cám. Nac. De Apel., Sala C., “Z., A. c. M., P. E. s. Denuncia por Violencia Familiar”, sent. del 26/03/2020, Rubinzal Online RCJ 1216/20.

¹⁹ Art. 7inc. f) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belén do Pará).

²⁰ Aprobada por Ley 27.360 del 09/05/2017 (B.O.: 31/05/2017).

nuestro caso utilizaremos indistintamente ambos términos (personas o adultos mayores) para referirnos a este colectivo, por considerar que no presentan una significación negativa y resultan reconocidas por la sociedad.

A su vez, resta otra aclaración consistente en determinar que personas son las consideradas adultos mayores. En relación a ello, y habiendo el Estado argentino ratificado la CIDHPM corresponde seguir sus disposiciones que en este punto indica que son personas mayores “las personas de 60 años o más, salvo que una ley interna determine una base menor o mayor, siempre que no sea superior a los 65 años” (art. 2).

Aclarados dichos extremos, e introduciéndonos en el tema que nos ocupa ha de señalarse que las personas mayores constituyen una población en riesgo ante el COVID-19. Esto fue claramente señalado por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación expresando que “las personas mayores se encuentran entre los grupos de riesgo a los que más seriamente afecta el coronavirus”²¹. Es decir, que de conformidad con los datos estadísticos, el grupo conformado por los adultos mayores requiere de una mayor protección.

Esta circunstancia particular impone la obligación del Estado de promover políticas de acción positivas en beneficio del colectivo. Ello ya ha sido señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un importante antecedente “Poblete Vilches y otros vs. Chile”²² donde el Tribunal Regional destacó que “las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas” agregando que “la Corte resalta la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección”²³.

En línea con esta manda, al decretarse el aislamiento social preventivo y obligatorio se tuvo en cuenta la posible necesidad de asistencia y/o cuidados de las personas mayores. Como una política de acción positiva, en el decreto 297/2020 se estableció como excepción a la prohibición de circular, la posibilidad de hacerlo cuando la finalidad sea la asistencia de un adulto mayor. Para ello, se estableció la necesidad de contar con una declaración jurada a efectos de ser presentada ante la autoridad competente.²⁴ Con dicha medida se intentó evitar la exposición social de las personas mayores proveyéndoles la posibilidad de contar con apoyo para la realización de tareas de índole cotidianas.

²¹ Resol. 133/2020 del Ministerio de Desarrollo Social.

²² Corte IDH, 8/3/2018, Caso “Poblete Vilches y otros v. Chile”, Fondo, reparaciones y costas.

²³ *Ibíd.*, párr. 127 y 132.

²⁴ Art. 1, Resol. 133/2020 del Ministerio de Desarrollo social.

Ahora bien, compartiendo lo expuesto por Herrera, en la situación sanitaria excepcional que nos encontramos el orden público prima sobre la autonomía de la voluntad²⁵. Ello por cuanto hasta el día de la fecha la única medida que se ha observado efectiva frente al COVID-19 ha sido el aislamiento social, lo que ha determinado que este deba prevalecer sobre otros derechos.

Sin embargo esta limitación a los derechos individuales nunca puede efectuarse en forma discriminatoria, desproporcionada o irrazonable. Existen supuestos donde lograr el equilibrio que permita garantizar el bienestar general sin excesos resulta complejo. Un claro ejemplo ha sido lo ocurrido con el dictado de la Resolución Conjunta N°16 dictada por el Poder Ejecutivo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires²⁶. Dicha normativa establecía la necesidad que las personas mayores de 70 años previos a salir del domicilio se comunicaran con el servicio de atención ciudadana al abonado telefónico 147. Dicha medida tenía como finalidad “garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad, para evitar que las personas de 70 años o más salgan innecesariamente de sus domicilios o lugar en que se encuentren (...)” (Art. 2).

Si bien la finalidad de la medida pudo resultar loable, puesto que en definitiva tenía por objeto el cuidado de la salud de las personas mayores, lo cierto es que la misma – entendemos- resultó desproporcionada con dicho objetivo. Es que desde el campo del derecho de la vejez²⁷ se viene señalando la necesidad de promover el “envejecimiento activo”. Para ello, las normas jurídicas deben tender a garantizar el ejercicio de los derechos por las propias personas mayores, respetando sus decisiones y deseos, con el fin de mantener durante esta etapa vital un proyecto de vida autónomo.

Es por ello, que por más bien intencionada que haya sido el dictado de la normativa la misma pudo haber resultado (a instancia del rechazo social) desproporcionada con el fin buscado. No sólo por cuanto no tuvo en cuenta mantener la independencia de la persona sino por que cayó en los denominados fenómenos de *edadismo* (cuando se estereotipa a los adultos mayores mediante una actitud ofensiva o paternalista) o *etarismo* (trato diferencial que representa una discriminación para el adulto mayor en cuestiones de

²⁵ HERRERA, Marisa, “las relaciones de familia...”, ob cit., La Ley 02/04/2020, 02/04/2020, 1.

²⁶ Resol. Conjunta N°16/MJGGC/20.

²⁷ Explica Dabove que “el derecho de la vejez resulta ciertamente un subsistema jurídico. Su objetivo comprende el estudio de los casos y soluciones vinculados a la condición jurídica de las personas mayores (60 años o más), contenidos en normas que cuentan con métodos propios y responden, casos y normas, a una especial exigencia de justicia.”, DABOVE, María Isolina, “Derecho de la Vejez”, Astrea, Bs. As., 2018, p.154

salud). Incluso desde algunos sectores señaló que la disposición de la Ciudad de Buenos Aires se sustentaba en una *infantilización* de las personas mayores.

Todo lo expuesto culminó con la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la norma dictada por el Gobierno de la Ciudad resolviéndose hacer lugar a la misma sin perjuicio que se destacara la predisposición activa del ente administrativo frente a la situación de salud. El magistrado a cargo del Juzgado de 1era. Inst. en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°14 de la Ciudad de Buenos Aires en primer término resaltó la finalidad de la disposición señalando 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)”²⁸.

No obstante ello, resuelve hacer lugar a la solicitud inconstitucionalidad de la Resol. Conjunta N°16 por considerar 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, 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

²⁸ Juzg. Cont. Adm. y Trib. N°14 CABA. Sec.N°27, “L., S. c. GCBA s/Amparo”, Expte.3045/2020-0, Sent. del 20/04/2020.

vigencia temporal de 48 horas (art. 3º), lo que obligaría a una nueva gestión con igual cometido.”. Es decir, el magistrado entendió que la medida resultaba desproporcionada con su finalidad, colocando al colectivo de las personas mayores en una situación de desigualdad respecto al resto de la población.

Por ello, reiteramos que si bien en una época de excepción como la que estamos viviendo resulta adecuado la prevalencia del orden público en miras al bienestar general, no debe perderse de vista el límite que imponen los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no discriminación.

Por último, más allá de las políticas activas que los poderes administradores puedan elaborar en pos de prevenir la propagación del COVID-19 en la población mayor, creemos fundamental que los esfuerzos sean dirigidos también a garantizar el adecuado servicio de salud para la posible atención de las personas mayores.

En este punto es conocido que no siempre se brinda a los adultos mayores la mejor atención sanitaria. Ya en el VII Congreso Nacional de Organizaciones de Adultos Mayores realizado en Madrid en el año 2005 se puso de manifiesto que las personas mayores sufren exclusiones que se expresan a nivel del “reconocimiento” y de la “distribución de recursos”. Las primeras construyen estereotipos sociales sobre la vejez o bien desconocen sus necesidades específicas. Las injusticias en la distribución de recursos, cuando se trata de adultos mayores, se muestran en su repartición desigual evidenciada en servicios sociales infradotados, ausencias de especialistas en los hospitales o racionamiento sanitario para estas personas. Esto significa la aplicación del denominado “etarismo”, o sea, la diferencia de trato por la edad, representa una discriminación para el adulto mayor en materia de salud²⁹.

Por ello, se requiere de medidas diferenciadas que aseguren la debida atención sanitaria a las personas mayores, máxime ante esta nueva pandemia que los afecta particularmente. En este sentido la Corte Interamericana ha dicho que “(...) las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas. Respecto del derecho a la salud, sea en la esfera privada como pública, el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación”³⁰. En virtud de

²⁹ LEMA AÑOS, Carlos, *Justicia y salud con las personas mayores. Etarismo y antietarismo como criterios de justicia*, en BLAZQUEZ MARTIN, Diego (Ed.), *Los Derechos de las Personas Mayores*, Dykinson, Madrid, 2006, p.9, cit. en GROSMAN, Cecilia (Dir.), *Los Adultos Mayores y la Efectividad de sus Derechos*, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2015, p.28.

³⁰ Corte IDH, Caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, Sent. del 08/03/2018.

ello, la propia Corte señala que de conformidad con el art. 26 de la Convención Americana se exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupo en situación de vulnerabilidad.

Con este norte, es imprescindible que desde el Estado Argentino se promuevan políticas positivas a efectos de brindar los servicios de salud adecuadas en este contexto excepcional y con perspectiva de vejes hacia el colectivo de las personas mayores.

Conclusiones

La situación excepcional generada con la aparición del COVID-19 ha producido diversos conflictos que requieren de una elaborada y original intervención. Se trata de una novedad que pone en tensión los derechos individuales y el bienestar general que requiere de un atento análisis del caso cuando se solicita la intervención judicial. Es que mantener el equilibrio entre la protección de la sociedad en su conjunto y la afectación de derechos no siempre se presenta en forma clara, exigiendo una intervención especializada.

A su vez, esta circunstancia excepcional nos interpela a observar su impacto en los denominados grupos vulnerables, puesto que si bien el aislamiento social preventivo y obligatorio afecta a todas las personas, el reconocimiento de estos colectivos nos impone la necesaria visión desde el derecho internacional de los derechos humanos que nos exige realizar los ajuste razonables y las políticas de acción positiva para el ejercicio de sus derechos, así como los ajustes de procedimiento para su acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás.

Quizás esta sea una oportunidad para revisar prácticas judiciales. La apertura de una nueva etapa donde se imponga una visión renovada y donde los esfuerzos se encaminen hacia la garantía de la igualdad real de las personas. Se trata de un nuevo y gran desafío, que exige más que nunca de la intervención de los letrados en pos de exigir y garantizar el ejercicio de los derechos.

Reiterando las palabras que dieron inicio al presente, las sociedades pueden definirse en base a como tratan a los sujetos vulnerables. Se halla en nosotros la posibilidad de

garantizar a todas las personas las condiciones para que puedan ejercer su proyecto de vida, sin distinciones.

Bibliografía

DABOVE, María Isolina, “Derecho de la Vejez”, Astrea, Bs. As., 2018, p.154

DIAZ ALABART, Silvia “Familia y discapacidad”. Colección Scientia Iuridica, Madrid, España, 2010.

GIBERTI, Eva “Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares”, Ed. Noveduc, Bs. As., 2016, p.9 y ss.

GIL DOMINGUEZ, Andrés “Una emergencia que garantiza derechos”, consultado en: <http://underconstitucional.blogspot.com/> 20/03/2020.

HERRERA, Marisa, “Las relaciones de familia detrás de un vidrio. Coronavirus y aislamiento social/familiar, LA LEY 02/04/2020, 02/04/2020, 1.

LEMA AÑOS, Carlos, *Justicia y salud con las personas mayores. Etarismo y antietarismo como criterios de justicia*, en BLAZQUEZ MARTIN, Diego (Ed.), Los Derechos de las Personas Mayores, Dykinson, Madrid, 2006, p.9, cit. en GROSMAN, Cecilia (Dir.), Los Adultos Mayores y la Efectividad de sus Derechos, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2015, p.28.

MEDINA, Graciela, “El coronavirus y el Derecho de Familia”, LA LEY 30/03/2020, 30/03/2020, 1 – DFyP 2020 (ABRIL), 14/04/2020, 5.

Art. 1, Resol. 133/2020 del Ministerio de Desarrollo social.

Art. 7inc. f) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belén do Pará).

Cam. Apel. Conten., Adm. y Trib., Sala II de CABA, “ASESORIA GENERAL TUTELAR N°2 C. GCBA Y OTROS S.MEDIDA CAUTELAR AUTONOMA”, Sent. del 07/04/2020.

Juzgado de Feria de Tucumán, “R., M. K. s. Información Sumaria”, Sent. del 08/04/2020.

Cam. Nac. Apel. Criminal y Correccional, Sala Integrada de Habeas Corpus, 22/03/2020, “K., P. s/ Habeas Corpus” (19.200/2020), sent. del 22/03/2020, Cit. Online: AR/JUR/3147/2020.

Cám. Nac. De Apel. Civil, Sala K., “B., M. S. c. H., N. I. y otros s/Denuncia por Violencia Familiar”, sent. del 19/03/2020, Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/3131/2020.

Cám. Nac. De Apel., Sala C., “Z., A. c. M., P. E. s. Denuncia por Violencia Familiar”, sent. del 26/03/2020, Rubinzal Online RCJ 1216/20.

Corte IDH, Caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, Sent. del 08/03/2018.

Juzg. Cont. Adm. y Trib. N°14 CABA. Sec.N°27, “L., S. c. GCBA s/Amparo”, Expte.3045/2020-0, Sent. del 20/04/2020.

Juzg. Fam. N°4 San Isidro, 19/03/2020, AR/JUR/3147/2020.

OEA, Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad, Guía Práctica de Respuestas Inclusivas con Enfoques de Derechos ante el Covid-19 en las Américas. Disponible en: www.colectivoderechofamilia.com

Sup. Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As.,Resol, 12/20202, del 20/03/2020.

Resol. 133/2020 del Ministerio de Desarrollo Social.

Resol. Conjunta N°16/MJGGC/20.

TEDH, Caso “Kaufman c. Bélgica”, 5362/72, 42 CD 145 (1972) y Caso “Bendenoun c. Francia”, A. 284, (1994), p.52.