

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

Salta, 18 de noviembre de 2009.

_____ Y VISTOS: estos autos caratulados "SISNERO, Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA S.R.L. y otros AMPARO", Expediente. n° 261.463/ 2.009 de esta Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, y,
CONSIDERANDO

1) Que a fs. 203/219 se presenta la Defensora Oficial Civil n° 4, Dra. Natalia Buirá en el carácter de apoderada de la Sra. Mirtha Graciela Sisnero, y de las Sras. Lía Verónica Caliva y María Sandra Bustamante, presidenta y secretaria respectivamente de la fundación Entre Mujeres, y deduce demanda de amparo colectivo en contra de Tadelva S.R.L., Ahynarca S.A., Alto Molino S.R.L, Ale Hermanos SRL, UTE Lagos S.R.L- San Ignacio S.R.L, El Cóndor S.A, SAETA S.A, y A.M.T. (autoridad metropolitana de transporte) a fin de que se ordene a los demandados el cese de la discriminación por razones de género que se traduce en la no incorporación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de SAETA que tienen a su cargo los ocho corredores del transporte público de pasajeros y se disponga la incorporación de su mandante como chofer de colectivo, quien reúne todos los requisitos para desempeñarse en tal trabajo, asimismo solicita como medida de acción positiva se ordene a los demandados que en todas las futuras contrataciones de personal se asegure un porcentaje superior de plazas para ser cubiertas exclusivamente por mujeres, hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas operadoras de SAETA. Expresa que con el presente amparo se busca asegurar la igualdad de oportunidades de varones y mujeres en el ámbito laboral que la discriminación que denuncia vulnera severamente.

Expresa que tanto sus mandantes como esa Defensoría Oficial Civil hacen uso del derecho conferido por el artículo 90 de nuestra Constitución Provincial y que por tanto actúan en interés de todas las mujeres que deseen desempeñarse como choferes de colectivos en las empresas que forman parte de SAETA y que actualmente ven afectados sus derechos fundamentales establecidos por la Constitución Provincia, Nacional y por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, el derecho a la igualdad y a no ser objeto de discriminaciones arbitrarias.

Puntualiza que la Fundación Entre Mujeres se encuentra plenamente legitimada para actuar como actora en atención que en su Estatuto Social se establece como uno de sus objetivos principales la Defensa de los Derechos Humanos con perspectiva de género, contando con personería jurídica desde el año 2.005.

Sostiene la Sra. Defensora Oficial Civil que se encuentra legitimada en el ejercicio de la defensa pública por el art. 166 inc. a y c de la Constitución Provincial.

Relata que su mandante la Sra. Sisnero tiene el firme deseo de desempeñarse como chofer de colectivos de la ciudad de Salta desde hace larga data, teniendo conocimiento que existen mujeres colectiveras tanto en Capital Federal como en Caleta Olivia provincia de Santa Cruz, que al respecto no ha tenido éxito hasta la actualidad en virtud de serios escollos con los que se ha enfrentado, así realizó todos los trámites administrativos y reglamentarios que se le indicaron y aún así ello no fue suficiente. Afirma que la razón de la situación descripta es su sexo femenino, su condición de mujer, y que ello configura un claro acto de discriminación por parte de las empresas locales de transporte público de pasajeros y de la entidad reguladora del servicio de transporte público SAETA.

Expresa que en cumplimiento de los requisitos establecidos por la Dirección general de Tránsito y Seguridad Vial de la Municipalidad de Salta, la Sra. Sisnero concurrió a las clases de choferes profesionales que allí se dictan y asistió a la clase de educación vial en fecha 11-02-08, que cumplimentó todos los requisitos exigidos para la obtención del carnet correspondiente accediendo al carnet de cuarta categoría: D-2.4., que además cumplió con el requisito de haber obtenido el carnet clase B.1, exigido por la reglamentación municipal de tránsito, correspondiente para la conducción de automóviles, camionetas y casas rodantes, carnet que ha renovado con vigencia hasta 14/01/09. Relata que luego comenzó a gestionar la correspondiente solicitud laboral ante las empresas de transporte del medio, presentando curriculum vitae, dejando constancia que en algunas de ellas no quisieron recibirlo, motivo por el cual con fecha 22 de diciembre del corriente año se reiteraron notas con curriculum y fotocopia del carnet a las siete empresas. Asimismo, pone en conocimiento que realizó gestiones ante el titular de la empresa SAETA, y ante diversas autoridades tanto municipales, provinciales como nacionales llegando hasta la Presidenta de la Nación. Con fecha 30 de diciembre de 2008 presentó notas a las siete empresas donde solicitaba a cada una de ellas que

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

contemplaran su incorporación como chofer del transporte público de pasajeros sin que obtuviera llamado alguna de ninguna de ellas, luego con fecha 30 de diciembre de 2008 remitió nota a SAETA y a la Autoridad Metropolitana de Transporte solicitando el cese de la discriminación por razones de género que se traduce en la no incorporación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros, la que fue respondida expresando que no cuenta entre su personal dependiente con choferes de ningún tipo ya que optó por prestar el servicio a través de terceros.

Luego remitió nota al INADI para poner en conocimiento de la situación, ante lo que este instituto envió la recomendación General n° 6.

En lo que respecta a la procedencia de la vía de amparo, considera que la acción deducida cumple los recaudos exigidos para la procedencia del amparo, así sostiene que existe por parte de los demandados conducta configurativa del supuesto que, autoriza el art. 87 de la Constitución Provincial por la utilización de la vía procesal, que el objeto del proceso no desborda la específica esfera asignada al proceso de amparo, que no existe vía judicial más idónea, destaca las particularidades del amparo previsto en la Constitución de la Provincia, y formula reserva de caso federal.

Corrido el traslado dispuesto a fs. 220, se presenta el Dr. L.G. Ovejero en el carácter de apoderado de la empresa El Cóndor S.A. quien solicita el rechazo íntegro de la acción de amparo promovida, con costas. Asimismo, presenta informe expresando que las amparistas no han acreditado en autos la vulneración de un derecho subjetivo o siquiera de un mero interés legítimo para demandar. Que para promover acción de amparo se debe contar con derecho subjetivo de carácter constitucional que haya sido vulnerado, extremos que entiende no se han acreditado, constituyendo su presentación una disconformidad con una situación de hecho derivada de su falta de trabajo. Entiende que la pretensión es improcedente como acción de amparo en tanto no se vulnera un derecho subjetivo concreto, ni siquiera un interés legítimo. Invoca su derecho constitucional de libertad para contratar, el que entiende deriva del art. 14 de la Constitución Nacional. Por último afirma la inexistencia de caso o causa al no configurarse las conductas denunciadas, y formula reserva del caso federal, ofrece prueba y solicita se rechace la acción interpuesta con costas.

A fs. 245/246 y vta. se presentan los Dres. H. Irigoyen y A. Velarde en el carácter de apoderados de las codemandadas Transporte San Ignacio S.R.L., Transporte Lagos S.R.L., Transal S.R.L. y ALE Hnos. S.R.L., formulando una negativa general de los hechos invocados por la parte actora y en particular niegan: haber incurrido en actos de discriminación, que no incorporen choferes mujeres, idoneidad y capacidad técnica en la Sra. Sisneros para poder desempeñar la función de chofer de colectivo, que está se haya presentado como postulante y que no se la haya incorporado por su condición de mujer.

Afirman que la verdad de los hechos es que sus mandantes no han discriminado en la elección del personal de conducción, y que ni siquiera tuvieron la posibilidad de hacerlo ya que nunca se presentó una mujer a pedir trabajo como chofer, o por lo menos nunca que estuviera capacitada o contara con la habilitación requerida para el cumplimiento de tal función. Entiende que no se puede confundir seleccionar en base a idoneidad con discriminación, y que la Sra. Sisneros no puede pretender ser chofer de colectivos cuando su única experiencia laboral anterior lo fue como peluquera y guardia de seguridad, y que contar con un carnet no la habilita para ser considerada como una persona idónea. En relación a la pretensión de cupificación o de establecer un porcentaje dentro de las futuras contrataciones. Afirman que es indiscutible que el hombre y la mujer no son iguales, y por más que a la mujer se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos lo que conlleva a una diferencia de tratamiento. Por último solicita el rechazo de la acción interpuesta, con costas.

A fs. 248/252 se presenta el Dr. F. J. Genovese, como apoderado de Sociedad Anónima de Transporte Automotor (SAETA S.A.), solicitando el rechazo de la acción con costas. Formula reseña de las normas que rigen el servicio público de transporte de pasajeros, destacando que por ley 7322 se creó la Sociedad que representa con participación estatal mayoritaria de la Provincia de Salta y de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, y que en uso de las facultades conferida por dicha ley SAETA S.A. optó por prestar el servicio en la ciudad de Salta a través de terceros y que en virtud de ello no cuenta SAETA entre su personal dependiente con choferes de ningún tipo, careciendo de facultades para imponer a las empresas la contratación de personal de ninguna índole por ser una persona jurídica diferente y absolutamente independiente de las empresas contratadas para la prestación del servicio, por lo que sostiene que su parte no ha incurrido en acto alguno de discriminación. Afirma que la

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

falta de legitimación de su parte es palmaria, y que el acogimiento de las pretensiones deducidas resulta para su mandante de cumplimiento imposible. Ofrece prueba y formula reserva de caso federal.

A fs. 259/264 se presenta la Dra. N. Zelalija Gatti, con el patrocinio letrado del Dr. V. H. Belmont, en el carácter de apoderada de la empresa de Transporte Automotores del Valle S.R.L (TADELVA SRL), solicitando el rechazo de la acción de amparo, con costas. En primer lugar distingue dos situaciones distintas que sostiene debieron discurrir por vías distintas, y que son la situación de la Sra. Sisnero y la supuesta acción para la que se dice legitimada la fundación Entre Mujeres. Con relación a la primera afirma que para que prospere la acción con relación a su parte, se debe demostrar acabadamente que se ha tomado una decisión o producido un acto u omisión restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícitos implícitos de la Constitución o una amenaza inminente a los mismos, y que en el caso TADELVA no se configuran dado que la Sra. Sisnero presentó en el mes de diciembre del año 2008 un curriculum ante la empresa TADELVA que fue recibido y que en dicho momento se le explicó que en ese momento la empresa no estaba requiriendo personal para conducción porque el plantel se encontraba completo pero que concurra con regularidad para ver si se producía una vacante y que la Sra. Sisnero nunca más concurrió a la empresa, y que solo tomaron conocimiento del reclamo por la presente acción de amparo. Detalla las modalidades de contratación de la empresa, y manifiesta que no toma conductores desde el mes de diciembre y que si bien figura en el listado el Sr. Pablo Javier Orellana como conductor desde el día 20 de marzo de 2009, se trata de una reincorporación. Así considera que su parte no ha incurrido discriminación alguna porque desde la fecha de presentación del curriculum de la Sra. Sisnero hasta ahora no ha incorporado nuevo personal en el rubro conducción, y que de producirse tal vacante podrá la Sra. Sisnero en igualdad de condiciones competir por ese puesto con cualquier persona que independientemente de su sexo o género reúna los requisitos necesarios para la labor encomendada.

Con relación a la acción colectiva ejercida por la fundación entre mujeres y/o las Srtas. María Sandra Bustamante y Lía Verónica Caliva, manifiesta que es confusa la demanda respecto de si las mencionadas actúan por derecho propio, y que en ese caso no han presentado ninguna situación en la que se hayan sentido discriminadas por su condición de mujer que habilite esta acción, Por lo que no son titulares individuales de la misma. Respecto de la fundación como asociación si bien puede tener como principio la defensa de los derechos humanos, dista mucho de tener representatividad suficiente de las mujeres en general salvo respecto de sus asociadas, y que no han explicitado hecho alguno en el que su parte haya sido protagonista ni por el cual deba ser condenada. De lo dicho concluye que la acción colectiva no puede prosperar por falta de representatividad de las mujeres en general y por no haber indicado acciones concretas de discriminación en contra de las titulares Caliva y Bustamante. Se pregunta la demandada que sucedería de prosperar la pretensión colectiva, si es que llegado el caso las empresas deben tomar un determinado número de mujeres y no hay postulantes? Cual sería el mecanismo? Y que así quedarían sin cumplimentarse el servicio público por no poder contratar personal masculino. Ofrece prueba. Formula reserva del caso federal.

A fs. 271/274 se presenta la Dra. M. Cornejo, en el carácter de apoderada de ALTO MOLINO S.R.L. Con relación a la pretensión individual niega que la Sra. Sisnero haya sido objeto de discriminación de género por su parte y niega que el hecho de no haber obtenido trabajo como chofer de colectivo obedezca a su sexo femenino. Relata que si bien la actora solicitó trabajo por nota allí no especificaba que puesto pretendía obtener, ni acompañó curriculum. Por otra parte sostiene que si lo que se pretendía en esa oportunidad era trabajo como conductora de colectivos, ello resultaba inviable porque no contaba a esa fecha con el carnet de conductor profesional. Niega que la Sra. Sisnero haya sido objeto de un acto de discriminación en razón del género con posterioridad a la nota de la defensora oficial recibida con fecha 22 de febrero de 2009. Relata que los conductores incorporados con posterioridad a la nota referida todos se trataron de conductores que habían obtenido el carnet habilitante para conducir automóviles con más de cuatro años de antigüedad, y en posesión del carnet profesional en carácter de renovante, y que no se configura acto de discriminación dado que solo se procedió a contratar personas que resultaban más idóneas para ocupar el puesto de choferes. Luego refiere que además de la antigüedad en la posesión de la licencia de conducir, entre los criterios evaluados a la hora de la contratación de personal de tráfico, se encuentra el de poseer conocimientos de mecánica, requisito al que la Sra. Sisnero en ninguna presentación aludió cumplir.

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

En cuanto a la pretensión colectiva, afirma que la vía de amparo es inadecuada para lograr el establecimiento de medidas de discriminación positiva por parte del poder Judicial, y que ellas deber hacerse dentro del marco de diseño de políticas públicas adecuadas, tal y como prescribe la ley 26485, y que la creación y ejecución de dichas políticas corresponden al ámbito del poder ejecutivo. Dado que sostiene que la única postulante femenina para acceder al cargo de chofer es la actora Sisnero, afirma que sería imposible cumplir con un cupo femenino impuesto artificialmente por exclusiva causa de falta de oferta laboral para cubrir ese cupo. Ofrece prueba, y formula reserva de caso federal.

A fs. 281/283 y vta. se presenta el Sr. Walter G. Pérez en el carácter de presidente de la sociedad AHYNARCA S.A., con el patrocinio letrado del Dr. H. J. Rodríguez, y solicita el rechazo de la acción. Formula una serie de negativas, e informa que la solicitud de trabajo de la actora Sisnero de fecha 19 de diciembre de 2008 no fue evaluada ni tenida en cuenta debido a que desde bastante tiempo antes de esa fecha no se ha incorporado personal de ninguna clase, por cuanto no se han producido vacantes, y que en consecuencia no puede existir acto de discriminación alguno. Sostiene la improcedencia de la vía de amparo, entiende inaplicable el antecedente Freddo por las consideraciones que efectúa a las que cabe remitirse por razón de brevedad. Entiende que las medidas de discriminación positiva son medidas de política legislativa. Hace reserva del recuso extraordinario federal y ofrece prueba.

Por último a fs. 286/290 y vta. se presenta el Dr. G. Figueroa Jerez en su carácter de apoderado de la Autoridad Metropolitana de Transporte, con el patrocinio letrado del Dr. J. L. Accietto Velarde. Plantea falta de legitimación pasiva en atención a que las accionantes en ningún momento nombran o de alguna manera indican a su parte como autora de actos u omisiones lesivos. Entiende improcedente la vía de amparo y concluye que la admisión de la presente acción de amparo conduciría a una clara invasión por parte del Poder Judicial en la zona de reserva de los otros poderes del Estado, imponiendo a su mandante obligaciones sobre las cuales no tiene competencia normativamente asignada, y que una decisión favorable a la pretensión de las accionantes conllevaría a su parte a intervenir y regular cuestiones ajenas a la prestación del servicio, obligándola a intervenir en cuestiones propias del giro normal de las Empresas Concesionarias. Por último formula reserva del caso federal.

A fs. 316/41 manifiestan su adhesión a la acción de amparo colectivo interpuesta diversas asociaciones.

A fs. 349 la Universidad Nacional de Salta a través de resolución n° 240/09 del Consejo Superior adhiere al amparo, suscribiendo la presentación la Sra. Rectora Stella Pérez de Bianchi.

A fs. 422/445 se presenta la Dra. Verónica Spaventa, delegada del INADI en el carácter de Amicus Curiae.

2) Resulta insoslayable efectuar disquisiciones previas, antes de entrar de lleno en el análisis de la acción, tanto por la integración de la litis, la vía utilizada y por los alcances de esta sentencia.

A la categoría de derechos subjetivos o individuales, a partir de la reforma Constitucional de 1994, se sumaron los derechos de incidencia colectiva, a través del segundo párrafo del art. 43 CN, asignándole la vía del amparo colectivo (Falcón, Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial, Tomo VI, pág.974). De modo no tan claro y con disímiles interpretaciones, surgió el derrotero de los derechos individuales homogéneos. La Corte Suprema de Justicia en el caso "Halabi" (H. 270. XLII, de fecha 24/02/09), analizó las categorías de derechos comprendidos en el art. 43 de la Constitución Nacional. La primera, es la categoría de los derechos subjetivos, esto es el derecho sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable, a la que refiere el primer párrafo del art. 43 (Halabi, considerando 10). La segunda refiere a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos que son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las Asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado (Halabi, considerando 11). Y por último, se despejan definitivamente las dudas sobre los derechos individuales homogéneos, al afirmar que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Explica que, en estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sin embargo hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea (Halabi, considerando 12). Los que a modo de catálogo enumera como los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia,

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo pero si hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Luego se resalta que no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis – recordemos que el desarrollo del amparo colectivo para los casos en que la pretensión se fundaba en un derecho colectivo, ya contaba con un desarrollo importante tanto legislativo, como jurisprudencial- , sin perjuicio de lo cual – más allá de destacar la mora legislativa- señalan que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Seguidamente destacan el derrotero que la Corte Suprema de Justicia ha marcado con señeros fallos al decir que donde hay un derecho, hay remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (CSJN, Fallos 239:459; 315:1492). Se evidencia entonces, la trascendencia de la categorización de derechos realizada en el fallo, puesto que al considerar incluidos en la norma a los derechos individuales homogéneos, se despliegan una serie de consecuencias necesarias a fin de efectivizarlo, y así a pesar de la inexistencia de norma que reglamente las acciones de clase, atribuye una vía al derecho en reclamo, siguiendo el camino sentado en “Siri” y “Kot”(Sabsay, Daniel, El derecho a la intimidad y la acción de clase, L.L. 19/03/2.009).

Reconoce la Corte que, sin su decisión, muchos reclamos quedarían fuera del sistema jurisdiccional por su escaso valor (small claims), y resuelve darle una solución procesal atribuyéndole una vía inexistente en nuestro sistema normativo para la categoría de derecho reclamado. Se pone de resalto así la importancia del sistema judicial, que acude a dar respuesta aún ante la carencia de normativa infraconstitucional.” (Mosmann, María Victoria, Procesos Colectivos: El caso “Halabi”, trabajo inédito).

Si bien la Corte en el citado fallo, ha delineado claramente las categorías de derechos comprendidos en el art. 43 de la Constitución Nacional, no resulta empresa fácil determinar, la pertenencia de los derechos invocados a una u otra categoría en el caso concreto.

En relación a los derechos individuales homogéneos resulta sumamente gráfica la directriz doctrinaria dada por Buffarini: “si bien son reconocidos como de incidencia colectiva, en tanto su lesión puede afectar a todos los miembros que integran un determinado grupo (más o menos delimitado), nada obsta a que cada uno de sus titulares - individualmente considerados- deduzca su propia y personal pretensión resarcitoria, ello en función de su carácter divisible” (Procesos Colectivos, Coordinado por E. Oteiza; Ámbito de la Tutela Colectiva, Paula Buffarini, Rubinzal Culzoni, Pág. 71).

Así en el caso sobre la base de las pretensiones deducidas, encontramos el planteo de una pretensión individual en cabeza de la Sra. Sisnero, quien solicita ser Chofer de colectivos, y además la deducción de una pretensión colectiva que se concreta en el pedido de cese de discriminación por razones de género, y es esta última la que corresponde sea analizada a la luz de la jurisprudencia de la C.S.J.N. y doctrina especializada a fin de determinar la categoría a la que pertenece.

Sobre los lineamientos doctrinarios antes citados, es posible decir que la pretensión colectiva deducida no pertenece a la categoría de los individuales homogéneos, por no resultar divisible, encontrándose impedidos los titulares de ejercer su pretensión de modo individual. Me explico, el caso podría encuadrarse en una acción de clase si hubiese sido planteado reclamando la incorporación al mercado laboral de las mujeres, en el caso específico de autos, obtener un puesto de trabajo como chofer de colectivo. Así, si no sólo fuese la Sra. Sisneros, sino que muchas más hubiesen compartido la pretensión individual deducida, nos encontraríamos ante un caso de derechos individuales homogéneos que podrían haber sido planteados de modo personal sobre la base de un derecho subjetivo vulnerado, o de modo colectivo en virtud de la homogeneidad de la situación de base. Pero en el caso la pretensión de determinación de un cupo o cupificación tendiente al “cese de la discriminación por razones de género que se traducen en la no incorporación de chóferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de Saeta”(fs. 203) como medida de discriminación positiva, beneficia indefectiblemente a todas las mujeres, tengan o no interés en acceder al cargo que pretende la Sra. Sisnero, puesto que efectiviza el derecho constitucionalmente protegido a la no discriminación, y al trato igualitario.

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

En el supuesto en análisis no son razones prácticas -como en caso de los derechos individuales homogéneos- las que llevan a tornar colectivo el planteo, sino que no se avizora el planteo de la pretensión de otra forma que no sea de modo colectivo, puesto que persigue el restablecimiento del derecho a la igualdad, que se encuentra vulnerado por una discriminación negativa en virtud del género femenino.

En la obra ya citada, la autora refiere a Pellegrini Grinover para quien la distinción fundamental entre los intereses o derechos supraindividuales se manifiesta en que en los primeros la solución del litigio es la misma para todos, debido a la indivisibilidad del objeto del proceso. Así entonces no puedo representarme como podría ejecutarse de modo individual la sentencia que acogiera la cupificación, dado que su cumplimiento indefectiblemente beneficia a todas las mujeres. Por el contrario si lo pretendido -por hipótesis- hubiese sido la efectiva incorporación de todas las mujeres que se hubiesen presentado a las convocatorias para cubrir cargos de choferes del servicio de transporte público, efectivamente, si bien el reclamo sería en clave colectiva, admitiría una ejecución individual por ser su objeto enteramente divisible y correspondiente a un derecho individual.

La pretensión naturalmente colectiva no puede ser deducida de modo individual, acaso ¿podría alguien invocar un derecho subjetivo a obtener un determinado cupo de ingreso de mujeres?, la respuesta que se impone es no, y si lo hiciere, y eventualmente alguna sentencia lo acogiera en esos términos, indefectiblemente beneficiaría a todas las mujeres, que por su condición de tales resultan discriminadas.

En el caso de autos se ha cuestionado la procedencia de la vía escogida por el accionante, pero al respecto cabe referir que en materia de derechos de incidencia colectiva resulta doctrina pacífica que debe aplicarse el principio *in dubio pro accione*, según el cual el magistrado ante la duda deberá estar a la vía escogida a los fines de dar vigencia al derecho constitucionalmente reconocido. Gozáni dijo: "que ante la idoneidad de vías concurrentes y frente a tener que resolver sobre la admisibilidad formal del amparo, debe estarse a favor de la eficacia de la acción intentada (*in dubio pro acción*) pues este es el deber de colaboración que la Constitución pide a los jueces para realizar suficientemente la defensa y eficacia de la eventual vulneración de las garantías constitucionales".

Al respecto de la cuestión en análisis, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo: "si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en apreciación meramente ritual e insuficiente, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias" (fallo publicado en LL. NOA, 2002-1294; CJS, Tomo 89:829).

El art. 43 CN en su segundo párrafo establece "podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación.... el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización". A su vez el art. 91 de la Constitución de la Provincia dispone que una ley reglamentará la legitimación de personas o grupos de personas para la defensa jurisdiccional de los intereses difusos. Actualmente el Código Procesal Civil y Comercial de nuestra Provincia, en su art. 47 dispone que "en las cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y en las que conciernen a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados para promover el proceso pertinente indistintamente, el Ministerio Público, las instituciones o asociaciones de interés social".

Estas normas evidencian una modificación sobre la tradicional relación que vinculaba al sujeto con la pretensión, esto es de modo directo, encabezando un derecho subjetivo por haber sido o ser parte de la relación jurídica causal, por el contrario los sujetos a los que la norma le asigna legitimación, carecen de ese vínculo exclusivo con el bien jurídico protegido, lo comparten con otros sujetos, indeterminados, con quienes es común el interés, se encuentran legitimados por la ley, de modo extraordinario. La aludida legitimación extraordinaria ha sido definida por la doctrina como aquella por la cual el ordenamiento jurídico permite que personas que no son titulares de la relación jurídica debatida en el proceso intervengan en nombre propio y en interés propio o ajeno, pero defendiendo un derecho ajeno, configurándose entonces el fenómeno de la legitimación extraordinaria (Cf. Abraham Luis Vargas, La legitimación activa en los procesos colectivos, en Procesos Colectivos, Rubinzal Culzoni, pág. 225).

En el caso de autos, resulta evidente que la Asociación Fundación entre Mujeres que tiene como objeto social los señalados en la copia de fs.9 de autos, se encuentra legitimada para intervenir en el presente proceso en defensa del derecho colectivo invocado. A

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

partir del caso Halabi, los procesos colectivos se han visto también modificados en lo que respecta a la representación adecuada de los ausentes en el proceso. Así defender a quienes se verán comprendidos en los efectos de la sentencia a dictarse, evidencia una responsabilidad mayúscula en quien encabeza tal empresa.

En dicho fallo se dijo que "La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357). En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige".

Que dichos lineamientos no pueden soslayarse cuando quienes intervienen efectivamente en el proceso representan a un número indeterminado de individuos a quienes alcanzarán los efectos de la sentencia, motivo que obliga a extremar recaudos a fin de garantizar los derechos de quienes no participan en él, apreciándose -independientemente de la legitimación de los actores-, la adecuada representación de la clase, obteniéndose así la mejor representación posible de sus intereses (C. Apel C.C. Salta Sala III, Tomo 2.009: 369 in re: Codelco vs. Municipalidad de Salta, Expte. n° 217.828/08 sentencia de fecha 15/04/09, suscripta por el Dr. Marcelo R. Domínguez).

Puntualmente la Corte Suprema de Justicia en el citado fallo ha dicho que "debe resguardarse el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo".

En esta línea de pensamiento debe verificarse que el candidato a representante del grupo o categoría proteja adecuadamente los intereses del grupo en juicio. Este requisito es esencial para que sea respetado el debido proceso legal en cuanto a los miembros ausentes, y por consiguiente, para que aquellos puedan ser vinculados por la cosa juzgada producida en dicho proceso. "el hecho verdaderamente perturbador es que se crea una situación en la cual puedo ser representado en procesos sobre los cuales nada se, por alguien que no escogí y que ni siquiera conozco" (Cf. Owen Fiss, citado por Abraham L. Vargas, pág. 244).

Reviste vital importancia el análisis de la representación adecuada, puesto que mal puede responsabilizarse a quienes se encuentran ausentes en el proceso por la correcta o incorrecta defensa desplegada, dado que quien se postula como representante de la clase o grupo no ha sido por él elegido, es decir se excede la lógica del proceso tradicional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Halabi" entendió que al no estar reglamentada la forma de examinar la representación adecuada, cabía considerar que existió una adecuada representación de todas las personas, manifestando que para arribar a esta conclusión tuvo en cuenta las presentaciones que, en apoyo de la pretensión del demandante, han realizado como Amigos del Tribunal, la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (considerando 14).

Así, bajo esta línea directriz, y en atención a la vinculatoriedad moral por la autoridad de los fallos de Máximo Tribunal poseen para los tribunales inferiores, considero que en el caso la representación de los ausentes ha sido desarrollada de modo adecuado, máxime en consideración a las presentaciones de fs.316/49, y en modo especial por el INADI, en apoyo o adhesión a la demanda entablada.

En el caso puntual del INADI, mediante presentación de su delegada, la Dra. Verónica Spaventa, ha comparecido como Amigo del Tribunal, figura que no está receptada por el ordenamiento adjetivo local, pero que a nivel nacional la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la Acordada N° 28/2004, le ha dado forma al incorporar formalmente la participación de los "amicus" del tribunal, en las causas en trámite ante ese órgano, para aquellos casos en que sea superado el interés de las partes en el proceso por ser asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, estableciendo como requisitos que quienes se presenten sean personas físicas o jurídicas ajenas al pleito con reconocida

competencia sobre la cuestión debatida, sin revestir calidad de parte ni devengar costas u honorarios, y la intervención que se haga con la sola finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio dentro de los quince días del llamado de autos para sentencia, sin que ella sea vinculante para el tribunal. (Mosmann, María Victoria, Amicus Curiae, Rev. Temas Judiciales n° 4).

Así es que en el presente proceso el INADI ha tomado intervención en ese carácter, dado que a pesar de la falta de regulación adjetiva, el art. 87 de la Constitución Provincial asigna al Juez del amparo la facultad de resolver todas las contingencias procesales no previstas con arreglo a una recta interpretación de la Constitución de la Provincia. Es lo que se hizo en el presente.

3) En el tiempo en que me formé profesionalmente, concretamente en mis años de estudio en la Universidad Nacional del Litoral, no conocíamos toda esta nueva gama de acciones, que hoy afortunadamente, han sido receptadas, analizadas y desarrolladas, primordialmente por jóvenes y lúcidos juristas, entre los que cabe mencionar a José María Salgado, Víctor Rodolfo Trionffetti, Alejandro C. Verdaguer y Ramiro Rosales Cuello, a partir de las ideas visionarias, de quien puede caracterizarse como un faro señero en este campo : el Dr. Augusto Mario Morello.

Merced a la prédica de este gran maestro, se puede afirmar, que el ordenamiento jurídico, y caracterizados juristas, como los recién nombrados, han sabido ponerse al frente de nuevos desafíos, brindando adecuada respuesta a través nuevos cauces. Estamos en los umbrales de nuevos tipos de procesos.

Debo confesar la fascinación que me produjo el denominado "realismo mágico" en nuestra literatura americana, que se expresara en escritores de la talla de García Márquez, Carlos Fuentes, Isabel Allende y nuestro Abel Posse. Y esta demanda por la cual una mujer debe requerir judicialmente se la habilite a ser conductora de ómnibus, más que una acción judicial, parece una novela de ese género, salida de la mente del Genial Colombiano.

Un demandado en su contestación, tuvo el valor de expresar, algo que otros soslayaron mediante sutilezas: afirmar "que el hombre y la mujer no son iguales, y por mas que a la última se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos, lo que conlleva una diferencia de tratamiento". (ver fs. 246, punto IV).

La afirmación, generalizada y muy arraigada, encierra una verdadera concepción discriminatoria, que se desarrollo desde tiempos inmemoriales en esta parte del mundo, denominada Occidente. Y es menester tener muy en claro, que una de las tantas formas en que se enmascara la violencia, es la discriminación.

Discriminación, que tal como sostiene Muchembled, tenía su origen en un aspecto claramente definido: "El volcán de las pasiones femeninas parecía imposible de extinguir. Hacía falta reafirmar la posición masculina y acentuar lo mas posible el temor de si mismo, combinando la sexualidad, salvo la que se ejercía de manera moderada en el matrimonio cristiano, con las imágenes mas traumatizantes. El grado de control personal de las funciones sexuales iba a convertirse lentamente en un elemento central de la definición de la naturaleza humana, sin abolir, la diferencia entre los sexos. (pág. 108, Historia del Diablo, Fondo de Cultura Económica, ed. 2.003).

Ello por un lado; por el otro, "se acentuó la hegemonía masculina con el derecho del marido a decidir la separación matrimonial en caso de necesidad. El adulterio femenino, mucho mas castigado que el del hombre, condujo al encierro de estas mujeres en un convento, dejándose al esposo la libertad de hacer volver a la culpable, si él lo deseaba. La ley también ponía el acento de haber nacido de un matrimonio legal, para ejercer la sucesión de alguien. De una manera general, la ley ejercía una vigilancia creciente sobre las etapas femeninas del embarazo y el nacimiento... la reafirmación de la autoridad del Estado pasaba por la de los maridos sobre las mujeres y de los padres sobre los hijos. En esta situación, las nociones de pecado, de mala conducta, de crimen adquirieron formas nuevas, muy diferentes de acuerdo con los sexos. (Muchembled op. cit. pág. 111).

Fácil es comprobar, basta ver la realidad circundante, y una muestra objetiva de ello, es la presente acción, que esa concepción medieval tiene clara vigencia hoy. O acaso, que otra razón puede existir, frente al actuar difuso, etéreo, hasta sutil, de esa negativa solapada, encubierta, de las partes demandadas en autos, quienes salvo la excepción expuesta, con atajos, eluden dar trabajo a una persona que reúne, formalmente, en base a la documentación presentada, idéntica e igual idoneidad a hombres que conducen colectivos, por el solo hecho de ser mujer.

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

No deja de llamar la atención, que en otros países han sido mujeres las que han comandado hasta naves espaciales. Tarea, la que si creo, debe resultar sumamente compleja por la innumerable gama de conocimientos que deben poseerse para tan difícil cometido. Ya en nuestro País, pude ver, de que son mujeres exclusivamente quienes conducen trolebús en la ciudad de Córdoba, es decir a unos 900 km. de esta ciudad de Salta, y en esta misma, los transportes privados de niños, son conducidos por mujeres. Si confiamos a ellas, la parte mas importante de una sociedad, los niños, porque no confiar a mujeres el transporte de adultos.

La conducta de las demandadas en autos, guarda similitud con la desplegada por la firma Freddo S.A. Esta empresa dedicada a la producción y venta de helados, excluía sistemáticamente a las mujeres en las convocatorias laborales, puesto que uno de los requisitos era "pertenecer al sexo masculino". Interrogada la Empresa por la Defensoría del Pueblo respondió " *que se debían cargar baldes de producto lo que pesaban mas de 10 kilos, ingresar a pozos de frío de una profundidad importante y bajas temperaturas, conocimientos mínimos de mecánica, poseer registro, limpiar el ciclomotor y cambiar piezas, etc.*". Esto de poseer conocimientos de mecánica, es invocado por una de las codemandas (Alto Molino S.R.L.)

Si para conducir sería menester tener conocimientos de mecánica, mas sería la gente que andaría de a pie, que conduciendo. Para peor, han quedado atrás los carburadores, los que han sido reemplazados por sistemas electrónicos que funcionan básicamente, creo, en base a un "chip". En cuyo caso, solo los expertos en esta nueva rama del saber: la informática podrían estar habilitados para ser conductores de colectivos. Dado el sistema de comunicaciones hoy existente, basta con un llamada desde un teléfono móvil, para que en breve tiempo se haga presente un auxilio mecánico, frente a un desperfecto de índole mecánica. Esa razón, es inatendible.

Otra empresa demandada (Tadelva S.R.L.) aduce que nunca hasta la interposición de la demanda concurre la actora, a la Empresa a solicitar trabajo. Tampoco hizo nada positivo, esta Empresa, frente a la demanda concretada en la acción ahora planteada. Estamos igual, entonces.

Volviendo al caso "Freddo", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "H", con criterio ejemplar, y brillante razonar (el fallo de primera instancia había rechazado la acción con fundamento *en que la prohibición de discriminar en razón del sexo tiene un límite: que es el ejercicio de la libertad de contratar, aplicable al instante de acceder a un empleo*".) introdujo el concepto de discriminación inversa. Sostuvo que existen casos en los que es menester discriminar para igualar, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados "*programas de acción afirmativa, cuyo propósito es reparar injusticias pasadas*". (conf. Las Acciones Colectivas, Maurino, Nino y Sigal, Lexis Nexis pág. 153).

Dicho todo lo cual, nos lleva al centro o nervio de la cuestión. ¿Existe discriminación, por parte de las demandadas en razón de sexo, al momento de tomar choferes de ómnibus de líneas urbanas? La respuesta mas allá de la negativa formal de las Empresas de Transporte, es claramente positiva. De toda la prueba de autos, especialmente las nóminas de personas que se desempeñan como chofer no surge la existencia de una, siquiera una mujer, que sea conductora de ómnibus. Ello se comprueba de sendos informes de: TADELVA S.R.L. (fs. 257); Alto Molino S.R.L. (fs. 270); AHYNARCA S.A. (fs. 279/80); San Ignacio (fs. 292); Transporte Lagos S.R.L. (fs. 293); ALE Hnos. S.R.L. (fs. 294). Algunas empresas cuentan en su planta administrativa con mujeres. Pero ninguna conductora de ómnibus.

Afloran, prejuicios de origen medieval. Algo inaudito frente a notables avances en el pensar humano, en la evolución de las ideas, de la ciencia. Algo que se puede calificar de incomprensible. Es necesario que el Estado, cuya Constitución contempla la igualdad en diversos artículos (así 14, 16, 36, 37, 43, 75 en varios incisos) y que ha suscripto tratados y dictado leyes (entre otras, la n° 26.485 en el año 2009) garantice efectiva, concreta y realmente la –tantas veces – proclamada igualdad – y tan pocos veces hecha efectiva.

Hacen ya unos años, la Organización de Naciones Unidas, reunida en Asamblea General el día 23 de febrero de 1994, dictó la Resolución n° 48/104 (Declaración sobre la eliminación de violencia contra la mujer) que en su artículo 3° asegura a la mujer, en condiciones de igualdad al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades, entre los cuales figuran...d) el derecho a igual protección ante la ley, e) el derecho a verse libre de todas las formas de discriminación, y, g) el derecho a condiciones de trabajos justas y favorables. Como puede verse la normativa es extensa, ello en el plano abstracto. En lo

concreto las mujeres deben dar verdaderas batallas a fin de lograr la aplicación concreta, en la realidad, de previsiones normativas vigentes.

Es preciso en tal sentido de que todos y cuanto uno, desde su lugar en este mundo, asuma como algo propio, la imperiosa e impostergable tarea de hacer efectiva la igualdad de género. Basta de violencia disfrazada, esta vez, bajo la discriminación. No existe, en tal sentido mas que una posición: estar por la inclusión, o de lo contrario, sea bajo formas mas o menos intensas, por la exclusión del otro, es decir ejerciendo violencia, que a la postre, no es nada mas ni nada menos, que la negación del Estado de Derecho. Es propiciar volver al estado de naturaleza, donde impera el mas fuerte.

Es imprescindible garantizar la igualdad. Al respecto, sostuvo otro gran Maestro, que "Una grande importancia jurídica y práctica tiene la segunda cláusula que expresamente consagra el principio que estudiamos diciendo: Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad... La igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unas, de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. De aquí se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar, en los casos ocurrentes, la ley según las diferencias que los constituyen y caracterizan. Cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho, es contraria a su propia naturaleza y al interés social. (J. V. González, Manual de la Constitución Argentina, pág. 126, Editorial Ángel Estrada 1971).

O para expresarlo en otros términos "La igualdad consiste en el reconocimiento público, general, efectivo, expresado realmente por las instituciones y las costumbres, de que todo ser humano merece la misma cantidad de respeto y consideraciones" (Simone Weill).

4) Concretamente la acción deducida es netamente procedente. Pero como sabido es, este Poder del Estado no es una agencia de colocaciones o bolsa de trabajo.

Es menester, en este preciso punto, tener especial cuidado. Por un lado no invadir esferas de actuar propias de otros Poderes. Por el otro, que el reconocimiento de los derechos invocados, no sea meramente lírico, como tal vano, pues los derechos valen en la medida de su real eficacia. Al respecto cabe traer a cita, por su clara distinción, al Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, cuando afirma "*Los derechos fundamentales son genéricos. ¿qué significa el derecho a la vivienda? ¿o al trabajo? En la respuesta concreta que un orden jurídico de a estos dilemas, se verá el grado de cumplimiento de estos derechos... Un individuo puede solicitar un derecho y puede recibir varias respuesta:(1) que ese derecho es una mera declaración, pero no es de goce efectivo porque la sociedad no está en condiciones actuales de proveérselo; (2) Que el derecho está regulado mediante normas institucionales que lo garantizan en forma igual para todos, y con ello es suficiente, no hay una garantía mínima o material; (3) Que la provisión de ese derecho y su contenido está librado al sistema concurrencial, pero que hay un piso mínimo garantizado para que todos tengan igual punto de partida. En este último caso las respuestas pueden variar en dos niveles: que ese piso mínimo está garantizado por el Estado o por los contratantes; o bien, que consiste en la provisión in natura del derecho, como por ejemplo un trabajo...* (Lorenzetti, Teoría de la Decisión Judicial, pág. 147 y sgts. Rubinzal- Culzoni). Seguidamente el destacado Jurista desarrolla tales conceptos, a los cuales se remite el Proveyente.

La actora, peregrinó literalmente ante diversas Empresas de Transporte, ante SAETA S.A., la Autoridad Metropolitana, el INADI, Municipalidad de la Ciudad de Salta, etc., tal como dan cuenta las actuaciones agregadas al primer cuerpo de esta causa, sin lograr en concreto, en forma real y efectiva una respuesta. Todo lo cual lleva a que se disponga el mecanismo que seguidamente se establece, hasta tanto se dicten disposiciones superadoras, por medio de fijación de pautas públicas, por los otros Poderes del Estado. Esta solución, lo es a modo de puente, o transitoria.

De allí que sea necesario, imprescindible diría, establecer el delicado mecanismo a seguirse, se reitera hasta tanto se dicten nuevas pautas, como consecuencia del acogimiento de la acción. Dicho en otras palabras, el modo de hacer efectivo, no mediante declaración vacía, lírica, sino en forma cierta y concreta el pedido de las actoras, como acción positiva el cese de discriminación, ilegal, llevado en la práctica hasta hoy.

Todas las Empresas demandadas, a quienes se garantizó la defensa en juicio, deberán contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento, de la planta de chóferes existentes a la fecha de la presente, como modo de establecer un cupo equitativo y razonable, y forma de dejar atrás la inicua e intolerable desigualdad producida por la sistemática

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

discriminación de género llevada a cabo, en forma deliberada, o no, por las Empresas prestadoras del servicio de Transporte de la Ciudad de Salta hasta la fecha del dictado de la presente.

Se toma ese porcentual, teniendo en consideración, que la pauta objetiva de fijación de políticas públicas con la que se cuenta, es la determinación de acción positiva de género efectuada por el Legislador local, cuando modificó la ley Provincial n° 6.444 de régimen electoral. Así en el artículo 38, de la misma se dispone que *“las listas no podrán incluir mas del setenta por ciento de personas del mismo sexo, debiendo ubicarse cada dos candidatos de igual sexo, uno (1) como mínimo del otro sexo, alternando desde el primero al último lugar en el orden numérico. No será oficializada ninguna lista que no cumpla con estos requisitos”* (Ley n° 7.008). Esta pauta, considero, ser adecuada para la solución del presente, atento a que el Poder del Estado con mayor base popular, y representativo por excelencia, es el Legislativo, a quien a su vez compete, conjuntamente con el Poder Ejecutivo, el diseño de las políticas públicas. (C. J. Salta tomo 136:695).

Dicho porcentual, resulta además coincidente con el señalado por la Sra. Fiscal de Cámara en su dictamen de fs. 518/523. Tengo presente, además, al respecto las agudas observaciones expuestas por el Dr. Eduardo Gregorini Clusellas, en su trabajo denominado *“Las acciones contra la discriminación”* publicado la Ley 2003- B- 970.

A esos fines a partir de la presente, toda mujer que reúna los requisitos de las leyes y ordenanzas vigentes, exigidas a la fecha a toda persona que desee ser conductor de colectivos u ómnibus, deberá expresar su pretensión mediante nota, (la cual deberá contener sus datos personales, domicilio – el que se tendrá como válido para cualquier notificación, mientras no se notifique fehacientemente su cambio -, número de carnet habilitante, fecha de vencimiento, todo ello en duplicado, el que será sellado y foliado, y que quedará en su poder) dirigida a la Autoridad Metropolitana de Transporte, Organismo al cual deberán remitirse las demandadas a los fines de tomar nuevo personal, a partir de la fecha y hasta alcanzar el porcentual establecido. Siendo obviamente la primera de esa lista, la Sra. Sisnero, quien a los efectos de la presente, deberá presentar toda la documentación referida.

En caso, improbable, de violarse lo dispuesto en la presente, la Empresa incumplidora de lo acá dispuesto, deberá abonar un salario idéntico al chofer de mejor remuneración, incluidas cargas familiares y antigüedad de la Empresa a la mujer que estuviera en primer lugar de aspirante en la lista que se llevará en forma pública por la Autoridad Metropolitana de Transporte a la cual podrá acceder cualquier ciudadano, sin necesidad de acreditar interés especial. Sería deseable que pudiera ser puesta en Internet.

Para el supuesto de no existir mujeres aspirantes en la nómina que la A. M. T. confeccionara en mérito a los pedidos formulados, se otorgará por ésta una constancia a la Empresa, en cuyo caso, no le serán de aplicación las previsiones del presente fallo, puesto que no habrá incumplido orden judicial alguna.

5) Respecto a la excepción de falta de acción deducida por SAETA S.A. y la Autoridad Metropolitana de Transporte, cabe señalar que las mismas, por su creación y finalidad no resultan ser legitimadas pasivamente, de allí que la excepción opuesta por ambas, resulta procedente. Ello empero en el caso de la segunda, le incumbirá, merced a lo que resuelve en la presente, tener un actuar positivo como modo de facilitar la ejecución de la Sentencia. En tal sentido dada la transparencia, esto es el actuar objetivo, de la segunda de las nombradas, no subordinado a intereses meramente económicos, que no resulta por ello, condenable, de parte de las Empresas. Se trata de un Organismo Estatal, sobre el cual, descansa el Poder de Policía en la materia en cuestión. En cuanto a las costas de este rechazo, no se imponen sin mas a los actores, toda vez que, como se dijo mas arriba estamos en los umbrales de nuevos tipos de procesos, que requieren de la mas amplia colaboración de todas las partes implicadas: actores, demandados, Jueces y Fiscales, Organizaciones no Gubernamentales, etc. La cuestión no es sencilla, es muy novedosa, aspecto este último que autoriza la imposición en el orden. (Conf. Loutayf Ranea, Condena en Costas en el Proceso Civil, pág. 84, “h”, y pág. 88 “m”).

6) Ahora bien, a los fines de la ejecución o cumplimiento de la presente sentencia, habré de seguir la señera posición de la Corte Suprema de Justicia en el caso *“Mendoza”*, dado que de nada sirve reconocer y propender a la efectiva vigencia de derechos constitucionales, si su concreción resulta lírica. Un derecho formalmente reconocido pero no justiciable -es decir que no se aplica o no es aplicable por parte de los órganos judiciales a través de procedimientos establecidos es, un derecho inexistente, a pesar de que haya sido reconocido formativamente. De modo similar, Riccardo Guastini habla en estos casos de derechos

Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar

ficticios o derechos de papel. Marinoni, sostiene que la pacificación social puede ser vista como un objetivo que debe ser perseguido por la jurisdicción mas no sirve para caracterizarla, y que la teoría que afirma que la tutela jurisdiccional tiene el objetivo de concretizar los valores constitucionales, no es suficiente para explicar la complejidad de la función del juez. Entiende que en verdad, la jurisdicción tiene el objetivo de dar tutela a las necesidades del derecho material, comprendidas a la luz de las normas constitucionales. La jurisdicción tiene por objeto dictar la norma jurídica capaz de dar cuenta de las necesidades del derecho material, y apenas por consecuencia de esta misión es que puede generar el efecto de la pacificación social. Que las acciones procesales que garantizan la participación sea en la protección de los derechos fundamentales o en el control de las decisiones públicas, confieren un plus a la función jurisdiccional. Y no sólo porque el juez deja de tutelar exclusivamente los derechos individuales y pasa a proteger los derechos transindividuales o el patrimonio público, sino porque la jurisdicción toma su lugar para la efectivización de la democracia, que necesita de técnicas de participación directa para poder construir una sociedad mas justa. Afirma que las acciones colectivas constituyen conductos dirigidos a permitir al pueblo reivindicar sus derechos fundamentales materiales. La obligación de comprender las normas procesales a partir del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, y así considerando las varias necesidades del derecho sustancial, da al juez el poder – deber de encontrar la técnica procesal idónea a la protección del derecho material. Así entonces, si el derecho fundamental para ser realizado exige que el juez este munido de poder suficiente para la protección de los derechos, la ausencia de regla procesal instituidora de instrumento procesal idóneo constituye evidente obstáculo a actuación de la jurisdicción, y al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, para que la jurisdicción pueda ejercer su misión y para que el ciudadano realmente pueda tener garantizado su derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no hay otra alternativa que no sea admitir al juez la supresión de la omisión inconstitucional. (Marinoni, op. cit. págs. 108/121).

Francisco Verbic, notable y joven jurista, analiza minuciosamente el caso “Mendoza” en cuanto al modo de ejecución –singular por cierto- en estos tipos de procesos (Verbic, El caso Mendoza y la implementación de la sentencia colectiva, Revista Jurisprudencia Argentina, 2008- IV- fascículo 5, Suplemento Corte Suprema de Justicia de la Nación, Octubre 2.008) quien expresa que la CSJN “ a la hora de dotar de contenido al mentado mandato obligatorio subrayó la necesidad de limitarse a fijar “*criterios generales*” a fin de cumplir con el objeto de la pretensión y dejar en manos de la Administración Pública demandada la facultad de determinar las acciones concretas que fueran necesarias para obtener su consecución. La razón de tal postura, también puesta de manifiesto en forma expresa en la sentencia, finca en evitar un avance indebido sobre la esfera de actuación del Poder Ejecutivo, cada vez que la Administración Pública actúa en forma negativa (esto es, por omisión), absteniéndose de asumir comportamientos y emprender acciones a las cuales se encuentra obligada por la Constitución o una ley, la facultad de controlar y corregir esa conducta a través del Poder Judicial se presenta como indudable. Sucede que por medio de las decisiones tomadas en el marco de un proceso colectivo ambiental, los jueces no crean políticas públicas en la materia sino que se limitan a imponer aquellas ya establecidas por el legislador o los convencionales constituyentes.

Asimismo, la Corte de Justicia de la Provincia en reciente fallo, ha adoptado similar criterio (CJS Tomo 136:695/710)..

7) Las costas, según invariable criterio de la Corte de Justicia de la Provincia (Expte. C.J.Salta n° 31.015, tomo 131: 140: n° 30.495, tomo 130: 247; Expte. CAM n° 226.237/8) se imponen a los demandados, vencidos, de conformidad al artículo 67 del código procesal civil y comercial.

Por todo lo analizado y considerado

EL JUEZ DE LA SALA V DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y C.

HACE LUGAR a la excepción de falta de acción opuesta por SAETA S.A. y
Autoridad Metropolitana de Transporte.

**Prensa y Comunicaciones – Poder Judicial de Salta
Avda. Bolivia 4671 – Telefax 4258064 – e-mail: prensaju@justiciasalta.gov.ar**

HACE LUGAR a las acciones interpuestas en contra de las demandadas, por ello
ORDENA el cese de la discriminación por razones de género, la que se efectivizará bajo la
forma y modalidad establecidas en Considerando n° 4 de la presente, con COSTAS.

DISPONE se registre, notifique.