

Salta, 14 de mayo de 2015. _____

____ Y VISTOS: Estos autos caratulados "**S.,M.G.; C.,L.V. VS. A. S.A. - T. Y OTROS - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN**" (Expte. N° CJS 33.102/09), y _____

CONSIDERANDO: _____

____ El Dr. **Ernesto R. Samsón**, dijo: _____

____ 1°) Que a fs. 878/882 obra fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el cual declara procedente el recurso extraordinario, deja sin efecto la sentencia de fs. 617/638 vta. y ordena la devolución de los autos a fin de que por medio de quien corresponda, se proceda a dictar un nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo allí resuelto. _____

____ Corresponde tener presente que el art. 16 de la ley 48 establece en su primera parte que en los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada. _____

____ En consecuencia, le cabe a este Tribunal -por ser de su exclusiva competencia el conocimiento y resolución de los recursos contra las decisiones definitivas de los jueces inferiores en las acciones de amparo, según lo establece el artículo 153 apartado III inc. c, de la Constitución Provincial- dictar un nuevo fallo, en sustitución del que ha sido invalidado (cfr. esta Corte, Tomo 122:749) y, en orden a ello, resolver los recursos de apelación interpuestos a fs. 552/556 vta. y fs. 558/560. _____

____ 2°) Que en la resolución apelada, el "a quo" ordenó el cese de la denunciada discriminación por razones de género y, como medida de acción positiva, resolvió que las empresas demandadas deberán contratar personal femenino hasta alcanzar el 30% de la planta de choferes existentes a la fecha del fallo. Para determinar dicho porcentual, el juez del amparo consideró una pauta objetiva de política pública prevista en el artículo 38 de la ley electoral de la provincia N° 6444. _____

____ Como método para facilitar el cumplimiento de dicha orden, dispuso que toda mujer que acredite los requisitos exigidos por las normas vigentes y que desee ser conductora de colectivos, deberá presentar por nota su pretensión ante la Autoridad Metropolitana de Transporte, la que llevará en forma pública el listado de aspirantes mujeres, y que las empresas demandadas tendrán que remitirse a dicho organismo y consultar el referido listado a los fines de tomar nuevo personal, hasta alcanzar el antes citado porcentaje. Que en el listado respectivo, la señora M.S. figurará en primer término, debiendo presentar, también ella, la documentación pertinente. _____

____ Dispuso asimismo que sólo en caso de no haber aspirantes mujeres inscriptas, podrán las empresas -previa obtención de la constancia respectiva que extenderá la AMT- incorporar a otros conductores de ómnibus y dejó establecido que para el supuesto de violación de lo allí dispuesto, la empresa incumplidora deberá abonar un salario idéntico al del chofer de mejor remuneración, incluidas cargas familiares y antigüedad en la empresa, a la mujer que estuviera en primer lugar en la lista de aspirantes. _____

_____ Para así resolver, el juez "a quo" consideró que la acción de amparo incluía dos pretensiones: la primera, de naturaleza individual, en la que la Sra. S. reclamó la protección de un derecho subjetivo a obtener trabajo como chofer de ómnibus y, la segunda, una pretensión colectiva, consistente en una medida de acción positiva de discriminación inversa, con el objeto de efectivizar el derecho constitucionalmente protegido a la no discriminación y al trato igualitario a través de la búsqueda de un cupo, a los mismos fines de acceder a ser contratadas como chofer de ómnibus, que beneficie a todas las mujeres. _____

_____ Entendió que ambas pretensiones se sustentan en un derecho de incidencia colectiva -el derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de sexo- que correspondían a una pretensión naturalmente colectiva y que la vía procesal escogida - el amparo colectivo- es procedente puesto que en materia de derechos de incidencia colectiva, resulta doctrina pacífica el principio "in dubio pro actione" según el cual, el magistrado, ante la duda, deberá estar a la vía escogida, a los fines de dar vigencia al derecho constitucionalmente reconocido (fs. 530 vta.). En tal contexto, el juez del amparo tuvo por comprobada la discriminación al no desempeñarse como personal de conducción ninguna mujer en las empresas de transporte demandadas. _____

_____ En consecuencia, con cita de numerosa jurisprudencia y doctrina y estimando que la conducta de las demandadas resultaba similar a la que se analizó en el precedente "Fundación Mujeres en Igualdad c/Freddo" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, hizo lugar a la demanda respecto de ambas pretensiones y ordenó el cese de la discriminación por razón del género, lo que debía ser cumplido mediante las acciones positivas dispuestas en el considerando 4º de la sentencia de fs. 526/536. _____

_____ 3º) Que en el recurso de apelación deducido a fs. 552/556 vta. contra dicha sentencia, la codemandada A. S.A. se agravia de que el "a quo" tuvo por acreditada una conducta discriminatoria en relación a la Sra. S. y afirma que la actora sólo se limitó a entregar a la empresa una solicitud de trabajo. Señala, además, que la certificación contable que agregó a la causa prueba que la empresa no incorporó choferes desde mucho antes del pedido de la amparista. _____

_____ Argumenta que para la procedencia de una condena por discriminación en razón de género en la actividad laboral, se requiere que haya existido un proceso de selección de personal y que la víctima haya sido desestimada en virtud de su sexo, afirmando que tales circunstancias no se presentaron en el caso. _____

_____ También se agravia en relación a la medida de acción positiva dispuesta en la sentencia de primera instancia, sosteniendo que ésta legisla un procedimiento por el cual las prestadoras del servicio público en el futuro solo podrán contratar mujeres hasta completar el cupo y según el orden del listado que a tal fin confeccionará la AMT. Entiende que tal procedimiento resulta excesivo y trasvasa los límites de las facultades del juez en la materia e importa una inadmisibles injerencia del Estado en la administración de una empresa privada,

la que no podrá elegir el personal femenino de su confianza al tener que someterse a los dictados de la AMT. _____

_____ Resalta que la titularidad del carné de conducir de cuarta categoría y la concurrencia al curso de manejo, de ninguna manera acreditan la idoneidad del conductor ni lo capacitan para conducir una unidad de transporte público en el caótico tránsito de la ciudad. Por ello, expresa que si no es la empresa interesada la encargada de controlar la idoneidad de la candidata, se produce una arbitraria confiscación de los derechos previstos en los artículos 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional. _____

_____ Las restantes apelantes, a fs. 558/560 vta. ratifican y convalidan los agravios planteados por A. S.A. y expresan además que el presente amparo se refiere a la protección de un derecho individual de la actora M. G. S., cuyo progreso podría crear, en su criterio, un importante precedente de alcance colectivo. _____

_____ Se agravan también de que el fallo tuviera por probada la discriminación invocada por las actoras y manifiestan que todas las empresas demandadas acreditaron que no tenían inconvenientes en contratar mujeres como personal de conducción, siempre y cuando éstas reunieran los requisitos técnicos y psicofísicos necesarios para desempeñar tal función, al igual que se le exige a un hombre, y que no existe constancia de que hayan exigido como condición de contratación ser hombre. Reiteran que la sentencia las obliga -de un modo inconstitucional-, a incorporar personal con afectación al derecho a la libre contratación. _____

_____ Refieren que el fallo resulta de imposible cumplimiento, ya que cualquier tipo de medida debe necesariamente prever que las integrantes de la lista aprueben los exámenes de manejo y aptitud psicofísica implementados por un organismo responsable, en forma previa y sobre parámetros objetivos, para recién incorporarlas a la lista sobre la que los empleadores seleccionarán las conductoras, sin importar su orden de inscripción. _____

_____ 4º) Que a fs. 565/569 vta. la Sra. Defensora Oficial Civil Nº 4 contesta los agravios y solicita el rechazo de los recursos, conforme a los argumentos que allí explicita. Por su parte, a fs. 580/583 vta. dictamina el Sr. Fiscal ante la Corte Nº 1, quien se pronuncia por la admisión parcial del recurso en cuanto entiende que el procedimiento fijado por el fallo para hacer cumplir el cupo femenino dispuesto, no ha valorado el recaudo de la idoneidad como aspecto clave de quien se postula como personal de conducción de colectivos. Tal cuestión, opina, debe ser ponderada en cada caso concreto por cada una de las empresas, quienes no deben ver restringidas sólo a la mentada lista oficial, sus posibilidades de elección de choferes, pues en su criterio, dicha lista debería tener carácter subsidiario. _____

_____ 5º) Que el fallo dictado por la CSJN (fs. 878/882) ha dejado sin efecto la sentencia de fs. 617/638 vta., que había admitido los recursos de apelación deducidos por las demandadas. En su pronunciamiento, el Tribunal S., refiriendo al artículo 16 de la Constitución Nacional y a los tratados internacionales sobre derechos humanos, dijo que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos

estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional.

_____ Señaló que en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, se establece que los estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para lograrlo, a fin de asegurar sus derechos, entre ellos el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección y a elegir libremente profesión y empleo. Dijo también que por efectos de tal Convención, los estados partes se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas, así como a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. Señaló, además, que desde largo tiempo atrás ese Alto Tribunal Federal ha dejado sentado el criterio de que los ataques ilegítimos, graves y manifiestos a los derechos humanos, merecen protección adecuada -por ser derechos esenciales del hombre-, provengan de la autoridad pública o de particulares (Fallos, 241:291), lo que luego ha sido reafirmado en Fallos, 333:2306, pues de la obligación positiva que los estados tienen de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, se derivan efectos en relación a terceros ("erga omnes") y que dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del "Drittwirkung", según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

_____ Expresó el Tribunal Federal que la cuestión debatida en autos consistía en determinar si las empresas de servicios de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta han vulnerado el derecho constitucional de las mujeres en general, y de la actora en particular, a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección, en el caso, a los fines de acceder a un empleo como conductoras de colectivos.

_____ Recordó que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja y dijo que es habitual que la discriminación sea una acción más presunta que patente y difícil de demostrar, ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y que la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación, remitiéndose a lo que expresó en el 7º considerando de Fallos, 334:1387, precedente en cuyo considerando 11 ese Tribunal, para compensar las referidas dificultades, elaboró el estándar probatorio aplicable a estas situaciones, dejando establecido que, para la parte que invoca un acto discriminatorio es suficiente con la acreditación de hechos que, "prima facie" evaluados, resulten

idóneos para inducir su existencia, en cuyo caso corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (cfr. considerando 11) y que, en síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia, lo que constituye un principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación. _____

_____ Expresó la CSJN que la sentencia de fs. 617/638 vta. no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni tuvo en cuenta los criterios señalados anteriormente, pues de las constancias de la causa resulta que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso "prima facie" encuadrable en una situación discriminatoria, tales como las diversas pruebas enumeradas en el punto IV del dictamen de la Procuración General de la Nación (fs. 863/864) y, en particular, las nóminas de empleados incorporadas al expediente y el informe de la Autoridad Metropolitana de Transporte, de los que se desprende que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aún después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de S.. _____

_____ Descalificó como dogmáticas las explicaciones esbozadas por las empresas demandadas y declaró que resultan inadmisibles para destruir la presunción de que ellas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra S., en particular. Señaló que, en este caso, se ha detectado la existencia de lo que dio en llamar síntomas discriminatorios en la sociedad, que explican la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos y que un claro ejemplo en esa dirección lo constituyen las manifestaciones de uno de los empresarios demandados ante un medio periodístico, quien, con relación a este juicio, señaló sin ambages y entre risas que ésto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias, que esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos, que se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y no es tiempo de que una mujer maneje colectivos (cfr. entrevista agregada a fs. 564).

_____ Sobre la base de tales parámetros, la Corte Suprema hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario deducido por las actoras, dejó sin efecto la sentencia de fs. 617/638 vta. y devolvió los autos a este Tribunal para que dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo allí decidido. _____

_____ Tal decisión importa la aplicación de la regla del "reenvío" (art. 16, Ley 48), cuando -como en el "sub lite"- un asunto ha sido llevado a conocimiento de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario federal, y ésta, ejerciendo el "iudicium rescindens", devuelve el caso a la justicia provincial para que sea ella, a través del superior tribunal de la causa, la que resuelva sobre el fondo de la cuestión litigiosa, con arreglo a las pautas establecidas por la Corte Federal en su sentencia. _____

_____ 6°) Que en relación con los límites que surgen de la

decisión adoptada por la CSJN, resulta pertinente expresar, como lo expone Sagüés, que al declarar que el tribunal de la causa tiene que decidir según los lineamientos fijados por la Corte en la sentencia revocatoria, obvio es que recorta el margen de acción del inferior, en los puntos indicados. Precisamente, la libertad de acción del tribunal de la causa no es, después de la sentencia revocatoria de la Corte, tan amplia como antes. Debe decidir, por cierto, según el criterio establecido por la Corte Suprema al revocar el fallo cuestionado mediante el recurso extraordinario, en los puntos tratados por el Alto Tribunal. En lo no considerado por éste, continuará en libertad de decisión (Sagüés, Néstor P., "Recurso Extraordinario", Astrea, 2002, Buenos Aires, Tomo 2, pág. 471 y sgte.). _____

_____ Se trata de los efectos vinculantes que tiene el fallo de la CSJN dictado en el mismo pleito y en el cual, pronunciándose a través de la vía del recurso extraordinario federal, deja sin efecto la sentencia recurrida, establece los fundamentos y doctrina que debe seguirse en la resolución del asunto, y devuelve los autos al tribunal respectivo a fin de que se dicte una nueva sentencia que acuerde con el criterio expuesto, debiendo este tribunal seguir los discernimientos ordenados por la CSJN, pues el desconocimiento por los tribunales intervinientes importa un agravio de orden constitucional y una solución incompatible con la doctrina sentada en el proceso (cfr. Palacio de Caeiro, Silvia, Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, La Ley, 2011, pág. 1123 y sgte.). _____

_____ 7°) Que conforme a lo expresado, el presente pronunciamiento debe atenerse al contenido del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del que surge que nos encontramos ante una causa en la que se interpusieron dos pretensiones, una individual y otra colectiva, fundadas ambas en conductas discriminatorias que se atribuyen a las demandadas y se solicitó el cese de la discriminación por razones de género, la incorporación de M. G. S. como chofer de colectivo y el establecimiento de un cupo que garantice una distribución equitativa de géneros en los puestos de trabajo del plantel de choferes de las empresas operadoras de SAETA (remisión que el fallo de la CSJN hace al dictamen de la Procuración General de la Nación). Surge también que la Corte Federal dejó establecido que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso encuadrable -"prima facie"- en una situación discriminatoria y que las negativas y argumentaciones esgrimidas por las empresas demandadas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la señora S., en particular. _____

_____ 8°) Que devueltos los autos, este Tribunal requirió a las empresas demandadas y a la Autoridad Metropolitana de Transporte la actualización de la información referida a la integración de las plantas de personal de conductores, así como la nómina de los choferes incorporados hasta la actualidad. A fs. 924, 926/927, 928/929, 930/931, 936/938, 939/944, 945, 946/947 y 950, obran los listados presentados respectivamente por las empresas Ale Hermanos

S.R.L., Alto Molino S.R.L., Transporte San Ignacio S.R.L., Transporte Lagos S.R.L., Eduardo Ale S.R.L., Transal S.R.L., T. S.R.L., El Cóndor S.A. y A. S.A. Por su parte, la AMT informó (fs. 960/1005) que no surgen nuevas presentaciones para la inscripción de mujeres en el Registro de Aspirantes a Conductoras para el Servicio de Transporte Masivo de Pasajeros de la Región Metropolitana de Salta.

_____ Resulta oportuno señalar que de la información actualizada, surge que -no obstante haber incorporado choferes las demandadas en el período comprendido entre los anteriores informes y los últimos presentados en autos-, ninguna mujer ha sido contratada como conductora, lo que pone en clara evidencia que todavía no se ha admitido personal femenino alguno en tal tarea.

_____ A los fines de la evaluación de la situación descripta, debe considerarse que los informes de las empresas, comprenden también un período posterior al fallo dictado por la CSJN a fs. 878/882, lo que demuestra su desinterés en relación con el caso de discriminación planteado por S. y las representantes de la Fundación Entre Mujeres y, además, atendiendo al ya citado estándar probatorio establecido por la Corte Suprema (Fallos, 334:1387), queda demostrado también que la conducta discriminatoria no ha sido aún rectificadas y configura una afectación continua al derecho de las mujeres de gozar de las mismas oportunidades de empleo que los hombres.

_____ 9°) Que la no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de los derechos humanos. Está presente en los principales tratados sobre la materia y constituye el tema central de algunas convenciones internacionales, tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El principio se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color y otras. Tal principio se complementa con el de igualdad, como lo estipula el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (cfr. Arese, César, "Derechos Humanos Laborales", Rubinzal - Culzoni, 2014, pág. 31).

_____ Además de toda la normativa referida por la CSJN en el fallo revocatorio, cabe señalar que el art. 13 de la Constitución de la Provincia también recepta la garantía en el orden local, cuando declara que todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social y expresamente garantiza la igualdad del hombre y la mujer y el ejercicio pleno de sus derechos económicos, sociales, culturales y políticos.

_____ 10) Que en el presente, ha quedado establecida la existencia de un caso de discriminación, tal como surge de los considerandos 4° y 7° del fallo dictado por la CSJN, fs. 878/882, por lo que resultan infundados los agravios en sentido contrario, siendo

evidente que en estas actuaciones se presenta una controversia entre partes con intereses opuestos sobre puntos regidos por la Constitución, los tratados y las leyes y, tanto en relación a derechos colectivos (caso "Mendoza"), cuanto en referencia a derechos individuales homogéneos (caso "Halabi"), la CSJN ha abordado su conocimiento asumiendo en ambos casos la configuración de procesos colectivos.

_____ Del mismo modo, resultan inatendibles los agravios de las demandadas relativos a la supuesta falta de fundamentación de la sentencia de primera instancia sobre la existencia de discriminación en perjuicio de la señora S. y de las mujeres en general, pues tales argumentos han sido declarados inadmisibles por la Corte Federal (considerando 6º, fs. 880 vta./881).

_____ 11) Que en efecto, el Alto Tribunal Federal consideró probada la conducta discriminatoria atribuida por las actoras a las empresas demandadas. Así en torno al estándar de reparto de la carga probatoria establecido en el caso "Pellícori" (Fallos, 334:1387), cabe considerar que la aplicación del sistema desigual y diferenciado, en materia de litigios en que se debaten conductas discriminatorias, no invierte la carga de la prueba, pero aliviana la responsabilidad probatoria del que denuncia ser víctima del trato desigual, para obligar al accionado a reunir prueba sobre un motivo objetivo y razonable, ajeno a toda discriminación. Estas pautas, se condicen y son coherentes con el principio protectorio sustancial y procesal e iluminan la resolución de casos en que se debaten derechos fundamentales en el orden laboral (cfr. Arese, César, op. cit., págs. 84, 105 y 654).

_____ Cabe también señalar que la formulación del caso como amparo colectivo -tal como expresamente lo manifiestan las actoras a fs. 203 y vta.- con arreglo al caso "Halabi" (CSJN, Fallos, 332:111) citado por el "a quo", se sustenta en la existencia de una causa común de afectación de derechos de incidencia colectiva, donde la discriminación sufrida por su condición de mujeres, exhibe la configuración de derechos individuales homogéneos que conducen a la conveniente realización de un solo proceso, un juicio único, con efectos expansivos de la cosa juzgada. Es decir que la pretensión individual de la señora S., junto a la pretensión colectiva de las representantes de la Fundación Entre Mujeres, tienen su cauce en el marco del amparo colectivo.

_____ Que sentado lo anterior, corresponde desestimar por insustanciales tanto los agravios expresados por las empresas demandadas relativos a la improcedencia del amparo colectivo planteado en autos, como los referidos a la pretendida inexistencia de conductas discriminatorias de las mujeres en la contratación de choferes, por parte de las empresas operadoras de SAETA.

_____ En cuanto al agravio relativo a la supuesta imposibilidad de cumplimiento de la sentencia, por estar calificada como insalubre la tarea de conductor de colectivos, cabe tener en consideración que este caso presenta similitud con lo resuelto por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el caso "Freddo". En dicho precedente, (LL. 2003-B, 970; on line AR/JUR/1908/2002;

DJ. 2003-A, 364), se dijo que es un hecho público que, actualmente, las mujeres desempeñan tareas que requieren mayor esfuerzo físico y no por eso se las califica como penosas, peligrosas o insalubres. Citando a M. Akerman, se señaló que es obvio que el trabajo penoso, peligroso o insalubre es indeseable y debe ser evitado, pero esto vale tanto para los hombres como para las mujeres y que por otro lado, el argumento de la menor fortaleza física de las mujeres, al que también suele apelarse, es también endeble, pues si bien es cierto que se considera que ellas tienen una capacidad de resistencia para el trabajo físico inferior a la de los hombres, también se ha verificado que son mayores las diferencias entre personas del mismo sexo. También señaló que en los trabajos de enfermería, que normalmente son peligrosos, penosos e insalubres, amén de que suelen reclamar la realización de esfuerzos físicos y labores en horarios nocturnos, nadie se plantea la exclusión de las mujeres. Conforme a ello, entre otros fundamentos, el citado tribunal advirtió que la aludida prohibición dirigida a las mujeres es reputada discriminatoria.

En consecuencia y con sustento en los artículos 37 y 75, incisos 19, 22, 23 de la Constitución Nacional y en los tratados sobre derechos humanos celebrados por nuestro país, entre ellos Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, investidos de jerarquía constitucional, corresponde desestimar el referido agravio.

12) Que comprobadas las conductas discriminatorias evaluadas anteriormente, es preciso ordenar su inmediato cese y disponer, en consecuencia, acciones positivas que permitan contrarrestarlas y asegurar la igualdad real de oportunidades de las mujeres para acceder a puestos de conductoras del sistema de transporte público de pasajeros. En tal sentido, es de vital importancia que se respeten y garanticen las diferencias y que se remuevan o compensen las desigualdades porque, como bien lo advirtió Bidart Campos, nos encontramos ante un constitucionalismo de la igualdad o un derecho constitucional humanitario, en el que las mujeres tienen su sitio en la tangente entre la igualdad y la diversidad - o la diferencia- y agregó que un derecho constitucional humanitario es el que no discrimina entre varones y mujeres - tampoco entre mujeres- en violación de la igualdad, y que recíprocamente atiende a las diferencias cuando la igualdad real de oportunidades y de trato lo requiere a los fines del acceso y la participación en el bienestar general ("El Derecho Constitucional Humanitario", Ediar, Bs. As., 1996, pág. 93).

13) Que el completo plexo normativo examinado en autos permite adoptar acciones positivas tendientes a reconducir ciertas construcciones sociales y culturales generadoras de situaciones de ilegítima desigualdad, en este caso relativas a la situación de la mujer, merecedoras de una tutela más rigurosa y que exigen también el ejercicio de un control judicial profundizado cuando el Estado

o un particular, a través de una acción u omisión, vulnere el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la no discriminación.

En tal orden de consideraciones cabe recordar que el efecto irradiación del que habla Robert Alexy, fue sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 18 emitida el 17/09/2003, al establecer que, de la obligación positiva que los estados tienen de asegurar la efectividad de los derechos humanos, se derivan efectos "erga omnes", obligando también a los particulares, lo que es tomado por la doctrina para señalar que tal efecto jurídico bien puede atribuirse a las normas supraordenadoras sobre derechos humanos desplegadas en la segunda mitad del siglo XX en el derecho universal y los sistemas jurídicos nacionales, especialmente en lo que, como el caso argentino (art. 75, inc. 22 C.N.), les han dado rango constitucional a instrumentos sobre la materia (cfr. Arese, César, op. cit., págs. 32/33).

14) Que en aplicación del principio de justicia distributiva es posible disponer diversos métodos tendientes a evitar que se torne ilusorio el derecho a la no discriminación. En efecto, si bien, como señalamos, la igualdad de trato y de oportunidades es un derecho fundamental garantizado por nuestras Constituciones Nacional y Provincial, esta igualdad conlleva a reconocer al sujeto su derecho a ser diferente, pues sólo así estará en condiciones de igualarse, al menos en el punto de partida, a los demás. Y es la diferencia de género que distingue a las mujeres de los hombres, la que permite que se apliquen políticas de discriminación inversa, ya que quedó comprobado que la pertenencia al género es un criterio razonable para tratar desigualmente a las personas (cfr. Rey, Sebastián, "El Derecho a la igualdad, las acciones positivas y el género", LL. 2004-A, 613) señalando dicho autor que el sistema de cuotas resulta legítimo, pues, en el marco del referido principio de justicia distributiva es factible proporcionar a las mujeres posibilidades reales de participación en igualdad de oportunidades (cfr. Rey, Sebastián, op. cit.).

Las medidas positivas que se adopten se aplicarán sostenida y progresivamente, procurando su efectividad conducente a lograr una situación de real igualdad de oportunidades y regirán provisoriamente como pautas que aseguren el cumplimiento de la orden de cesar inmediatamente la discriminación por razón de género demostrada en la presente causa y hasta tanto las autoridades ejecutivas y legislativas establezcan una reglamentación específica para compensar las ilegítimas desigualdades detectadas en materia de acceso de las mujeres a la conducción de colectivos de transporte público de pasajeros.

15) Que no obstante lo expresado, corresponde modificar el procedimiento diseñado por el juez del amparo para restaurar de modo efectivo la desigualdad detectada, puesto que el mismo no deja ningún margen de valoración a las empresas, respecto de la idoneidad concreta que deben demostrar quienes se postulan para acceder como choferes de transporte público de pasajeros.

Ello fue advertido por el señor Fiscal ante la Corte N° 1 al

dictaminar que la inscripción del postulante en la AMT y la habilitación municipal para conducir transportes de pasajeros, no son suficientes para tener por acreditado un aspecto clave, cual es la idoneidad del aspirante, la que debe ser valorada en cada caso concreto por la empresa que pretenda incorporar un chofer. De igual modo se expide sobre el cercenamiento que conlleva el listado, en los términos decididos por el "a quo", dictaminando que el mismo debiera tener rol subsidiario (fs. 583).

En relación a ello cabe considerar que la afectación de derechos que surge en la presente causa consiste en la negación de la igualdad de oportunidad laboral (fs. 206), pues las empresas han venido incorporando solamente hombres para la tarea de conductores de colectivos, mientras las mujeres en general y concretamente la señora S., no han tenido oportunidad de probar su idoneidad (fs. 827).

Así también lo ha entendido la Procuración General de la Nación al dictaminar sobre la admisibilidad del recurso extraordinario, opinando que se acreditó la violación del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de la señora S., por lo que aconsejó (fs. 866 vta.), que las empresas deberán considerar su postulación en la próxima vacante y que, en tal oportunidad, a la hora de evaluar su idoneidad y aceptar o rechazar tal postulación, deberán ajustar su comportamiento a las pautas que allí describe.

Es decir que conforme al plexo normativo allí referido, las empresas quedan sujetas a la inexcusable obligación de asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades laborales y la exclusión de cualquier discriminación contra la mujer, tal como lo determinan la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos y, particularmente, conforme a los criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC 18/03) y el Comité para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer (Recomendación General N° 25).

En relación a tales pautas se ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Justicia Colectiva", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 78).

16) Que conforme a lo antes expuesto, la previsión de un registro en el que se inscriba en el ámbito de la AMT a todas las mujeres que deseen postularse para acceder a un trabajo como conductoras de colectivos, no implicará que la selección de las mismas sea efectuada por esta autoridad. Ello es así pues el carné habilitante para conducir ómnibus que otorga el municipio, constituye una condición necesaria, pero no suficiente, para acceder a un puesto en una empresa. La AMT solamente registrará a las postulantes que tengan habilitación para conducir, pero en el caso de producirse una vacante, cualquier postulante deberá demostrar en concreto su idoneidad para desempeñarse en la tarea, acreditando los requerimientos psicofísicos y superando la prueba

de conducción que las empresas efectúen, aplicando pautas uniformes, que excluyan cualquier discriminación al contratar a sus choferes.

_____ Por ello debe permitirse, por un lado, que toda mujer que reúna los requisitos legales y reglamentarios para desempeñarse en esa tarea pueda tener la oportunidad efectiva de ingreso y, por otro lado, que las empresas contraten a cualquier mujer que deseen incorporar como chofer, en la medida que reúna los mismos requisitos de admisibilidad que se exige para contratar conductores de sexo masculino.

_____ Conforme a lo expuesto, el establecimiento de un cupo que garantice una participación proporcional mínima de mujeres en la labor de conductoras de ómnibus en las empresas demandadas, no importa afectación de derecho alguno a la libertad de contratar, pues dicho derecho no puede oponerse a la garantía de igualdad, sustentada en las convenciones internacionales sobre derechos humanos que proscriben terminantemente la discriminación. En tal sentido cabe expresar que los tratados internacionales sobre derechos humanos, tienen gravitación preponderante sobre la legislación del país y la exégesis de las leyes que haga el intérprete. En especial en lo que atañe a la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los estados, acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación. Ello debe reflejarse en su legislación, como asimismo, en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales (cfr. Palacio de Caeiro, Silvia B., "Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", La Ley, 2011, pág. 95, con cita de Fallos de la CSJN, Tomo 332:433).

_____ Dicha interpretación permite armonizar los derechos, respetando la jerarquía prioritaria que corresponde otorgar a garantías que -como el derecho a la no discriminación-, participan de la naturaleza inderogable e indisponible que caracteriza a las normas imperativas de derecho internacional ("jus cogens") a que se refiere el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (aprobada por Ley 19865).

_____ 17) Que no obsta a lo que aquí se decide la circunstancia de haber quedado firme y consentida la falta de legitimación pasiva a la que se hizo lugar en el punto I de la resolución de fs. 536 y ello en función de los fundamentos dados por el "a quo" en el punto 5) de fs. 535. Es que corresponde a esta Corte buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (CSJN, "in re": "Lavado", 13/2/07, LL, 19/2/07; esta Corte, Tomo 136:695).

_____ Las medidas de acción positiva que se establecen constituyen una modalidad concreta de evitar que el reconocimiento de derechos que se efectúa en la sentencia resulte una mera declamación,

puesto que, como también lo ha expresado la Corte Federal, reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo ("in re": "Mignone, Emilio F.", 09/04/2002). Se orientan esas medidas a asegurar el efectivo cumplimiento de las normas protectorias de derechos y garantías establecidas en el plexo normativo constitucional y convencional sobre derechos humanos que se encuentra vigente y resultan aplicables a un caso como el presente en el que es necesario hacer cesar conductas discriminatorias y garantizar la igualdad de acceso al empleo, mediante la implementación de un programa que no sustituye la actividad que corresponde a otros estamentos del gobierno, ya que tendrá carácter provisorio con el propósito de generar un resultado de cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales en el caso concreto planteado y deberá ser aplicado hasta la implementación de medidas equivalentes o superadoras por las autoridades encargadas de reglamentar la actividad.

_____ En relación al alcance o efecto de las decisiones judiciales, si bien dentro de un marco de respeto de la división de funciones de gobierno, se ha dicho que el Poder Judicial debe tener una fortaleza suficiente como para dar una respuesta adecuada y procurar que esa respuesta se traduzca en hechos (Lorenzetti, op. cit., pág. 237) y que el activismo judicial en casos puntuales y excepcionales de interés público es siempre un grado de avance en la consolidación de estado de derecho (op. cit., pág. 241).

_____ Es lo que sucede en el presente caso donde, desde la perspectiva del Estado Democrático de Derecho y de las obligaciones puestas a cargo de las autoridades de gobierno, la exclusión genera desigualdad y discriminación que deben ser reparadas mediante acciones positivas a cargo de todos los poderes con funciones de gobierno, incluyendo naturalmente al Poder Judicial (cfr. Berizonce, Roberto Omar, "La Jurisdicción Protectora o de Acompañamiento", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, 2014-2, pág. 178).

_____ 18) Que bajo los parámetros antes señalados, corresponde confirmar la procedencia del amparo colectivo y, sin perjuicio de ello, modificar parcialmente la sentencia apelada respecto de la modalidad con que deberán llevarse a cabo las medidas de acción positiva, para asegurar el cese de la discriminación y la fijación del programa que aquí se establece, tendiente a revertir la situación denunciada por las actoras. En consecuencia, disponer que las empresas de transporte integrantes del sistema de transporte público de pasajeros deberán presentar por nota, en conjunto, ante la Autoridad Metropolitana de Transporte, dentro del plazo de 15 días hábiles de la notificación de la presente y bajo apercibimiento de astreintes, un listado que especifique, de modo unificado, los requisitos técnicos, psicofísicos y de pruebas de conducción que exigen para la admisión de postulantes a integrar sus respectivos planteles de choferes de unidades de transporte público, especificando las modalidades de evaluación,

conforme a pautas que aseguren igualdad de oportunidades de empleo y un único criterio de selección, excluyente de toda forma de discriminación. Dicha nota quedará registrada en la AMT, para consulta pública de los requisitos vigentes y para verificación del cumplimiento de lo que aquí se dispone._____

_____ Toda mujer que desee ser contratada como conductora de ómnibus en el sistema de transporte público de la Región Metropolitana de Transporte y que cumpla con los requisitos vigentes para postularse, deberá inscribir su solicitud en un registro que llevará la Autoridad Metropolitana de Transporte la que confeccionará y mantendrá actualizado por estricto orden de presentación, el que podrá ser consultado por cualquiera del público. En el listado figurará, en primer lugar, la señora M. G. S., por haberse admitido la acción de amparo a su favor, sin perjuicio de que ella deberá actualizar la acreditación de los requisitos vigentes para la postulación._____

_____ Para contratar choferes de unidades de transporte público, las empresas deberán remitirse al referido listado de postulantes, a partir de la fecha y deberán incorporar dos mujeres por cada hombre, comenzando por mujeres, hasta alcanzar cada una de las empresas progresivamente, como mínimo, un 30% de mujeres en la composición de su planta de conductores._____

_____ La elección de conductoras mujeres por parte de las empresas -una vez evaluada la postulación de la señora S. mientras ella no haya sido incorporada y permanezca inscrita en el registro de la AMT-, podrá recaer en cualquiera de las que se encuentren inscritas en tal registro, sin que sea necesario observar el orden de antigüedad en la inscripción y bajo iguales parámetros de idoneidad._____

_____ El porcentaje establecido y la modalidad de incorporación prioritaria de mujeres no podrán ser omitidos, salvo en caso de no existir mujeres inscritas en el registro de postulantes que llevará la AMT. En tales circunstancias, la empresa que decida la contratación de un chofer, deberá obtener previamente de la Autoridad Metropolitana de Transporte la respectiva constancia._____

_____ La empresa que viole lo dispuesto en la presente resolución, deberá abonar en carácter de compensación, un monto mensual idéntico al sueldo del chofer de mejor remuneración -incluidas cargas de familia y antigüedad en la empresa-, a la mujer que estuviera en el primer lugar del listado de postulantes, hasta tanto no sea contratada ella u otra de las que integran la lista. _

_____ Las medidas dispuestas en el presente considerando configuran un programa provisorio que no sustituye la actividad que corresponde a otros estamentos del gobierno y regirán hasta que sean reemplazadas por otras legales, reglamentarias o convencionales que establezcan la obligatoriedad de aplicación de condiciones equivalentes a las aquí fijadas._____

_____ Asimismo, la Autoridad Metropolitana de Transporte, dentro de los 30 días hábiles de notificada la presente, bajo apercibimiento de aplicación de astreintes, deberá poner en vigencia un programa de capacitación y sensibilización en la temática de género, que instituya acciones permanentes que desarrollarán las empresas

prestadoras del servicio público de transporte colectivo de pasajeros, para la promoción de condiciones de efectiva igualdad de oportunidades laborales, sin discriminación de ninguna clase, que comprenda capacitación continua en materia de trato digno y respetuoso en el ámbito laboral entre compañeros y compañeras de trabajo y para con los pasajeros y el público en general. _____

_____ Conforme el criterio aplicado por este Tribunal en el fallo registrado en Tomo 136:695, el juez del amparo controlará, periódicamente, el cumplimiento de lo aquí resuelto, con amplias facultades, inclusive para la determinación de astreintes. A tal efecto y, en razón de que el Dr. Mario Ricardo D'Jallad se ha acogido a los beneficios de la jubilación, la parte actora deberá formalizar nueva opción de magistrado. _____

_____ 19) Que las costas se imponen a las demandadas, atento a la forma en que se resuelve y a las consideraciones efectuadas en el presente, particularmente las referidas a la conducta discriminatoria probada en autos. _____

_____ La Dra. **Susana Graciela Kauffman de Martinelli**, dijo: _____

_____ 1º) Que adhiero a los considerandos 1º a 10 y 15 a 19 del voto precedente, con el cual coincido respecto de la solución que propone. _____

_____ 2º) Que al analizar la evolución histórica de la relación entre derecho y diferencia(s), Luigi Ferrajoli identifica cuatro modelos. Al primero, lo denomina el paradigma de la indiferencia jurídica de las diferencias. Según él, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora. Identifica este paradigma con estado de naturaleza hobbesiano, que confía a las relaciones de fuerza la defensa -o la opresión- de las diferencias. El segundo modelo es el de la diferenciación jurídica de las diferencias, que se expresa en la valorización de algunas de las diferencias y en la desvalorización de otras; jerarquización que supone la naturalización de un orden social con términos privilegiados y sujetados. El tercer modelo es el de la homologación jurídica de las diferencias. Las diferencias son en este caso también valorizadas y negadas, pero no porque ello resulte de una distinción basada en jerarquías, sino porque todas son neutralizadas en nombre de una abstracta o formal afirmación de igualdad. No cristaliza las diferencias en desigualdades como lo hace el paradigma anterior, sino que opera anulándolas. Es en definitiva el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales, que sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado, lo asume como término normal y normativo de la relación e igualdad, idóneo para referenciar la inclusión de las diferencias sólo en cuanto resulten homologables con aquél. El cuarto modelo identificado por este gran jurista italiano, es el de la igual valorización jurídica de las diferencias, pues asegura a todas su igual realización, no abandonándolas al libre juego del más fuerte, sino regulándolas a través de las leyes de los más débiles, que son los derechos fundamentales (Ferrajoli, Luigi, "Igualdad y diferencia", texto publicado originalmente en su obra clásica "Derechos y garantías. La ley del más débil", disponible en el sitio

web del CONAPRED - Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación - México, <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/M0002-01.pdf>). __

_____3°) Que inicialmente situado nuestro ordenamiento jurídico en el tercer modelo, la formulación abstracta o formal de la igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional se enriquece a partir de la Reforma del '94 con la incorporación de una serie de instrumentos internacionales y regionales de protección a los derechos humanos (art. 75, inc. 22, C.N.), en virtud de los cuales el Estado no sólo asume la existencia de diferencias sino que reconoce que las mismas han sido históricamente traducidas en desigualdades, exclusión y marginación. Así, Argentina se ubica en el cuarto y último paradigma identificado por Ferrajoli: el modelo de la igual valorización jurídica de las diferencias, que exige al Estado un posicionamiento activo respecto de la discriminación, para prevenirla, investigarla, repararla y erradicarla. A su vez, supone un concepto de discriminación que prescinde de la intención o "animus" discriminatorio, pues la discriminación también se produce cuando un comportamiento u omisión tiene por efecto la discriminación. _____

_____El reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los/as miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad, dio fundamento en el mundo anglosajón al desarrollo de la doctrina de las categorías sospechosas, a partir de la enunciación no taxativa de criterios sospechados de discriminatorios, como lo es la raza, la edad, las creencias religiosas, la ideología o el sexo, entre otros. Tal es el enfoque que adoptan en este caso la Procuración General de la Nación en el dictamen de fs. 861/868 y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia de fs. 878/882. Como lo explicitan esas instancias federales intervinientes, el efecto más importante que esta construcción doctrinaria tiene, en el marco de este proceso colectivo de amparo, es la inversión de la carga de la prueba. _____

_____En ese marco, en virtud de las constancias de la causa, enumeradas en el punto IV del dictamen de la Procuración General y, en especial, las nóminas de empleados incorporadas al expediente y el informe de la Autoridad Metropolitana de Transporte, el Alto Tribunal tuvo por acreditados diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso "prima facie" encuadrable en una situación discriminatoria: inexistencia de mujeres contratadas, antes y después de los reclamos administrativos y judiciales que dieran origen a este proceso. Por otro lado, la Corte ponderó las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas demandadas para destruir la presunción de que han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra S., en particular. Es que no resultan efectivas las defensas que se limitan a negar la intención discriminatoria, pues la discriminación se produce también como efecto o resultado de prácticas u omisiones, haya o no habido móvil segregacionista (las declaraciones agregadas a fs. 564 parecieran sugerir que está bien

presente en la política empresaria cuestionada en autos la intención segregacionista o sexista que deja fuera de ese sector del mercado laboral a las mujeres en general y a S. en particular).

_____ 4°) Que como bien señala la señora Procuradora General de la Nación en su dictamen, las relaciones de poder entre hombres y mujeres han sido históricamente desiguales. Si bien se produjeron grandes cambios en las últimas generaciones, las mujeres siguen siendo hoy un grupo desaventajado frente a los hombres en múltiples contextos (preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer, entre otros). Tal persistencia, ha sido motivo de preocupación por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, quien durante el 46° período de sesiones, desarrollado del 12 al 30 de julio de 2010, adoptó las Observaciones finales a Argentina (CEDAW/C/ARG/CO/6) en las cuales instó a nuestro país a combatir la segregación ocupacional, a poner remedio a las desigualdades salariales, a alentar a la mujer a buscar empleo en disciplinas no tradicionales, entre otras. _____

_____ 5°) Que la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N° 18/03 y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Recomendación General N° 25, sobre el párrafo 1 del art. 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En el mismo sentido, desde su antigua jurisprudencia la Corte Suprema ha afirmado: "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' (...) esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad" (Fallos, 241:291, considerando 3). _____

_____ 6°) Que en el orden nacional, el art. 1 de la Ley N° 23592 de Actos Discriminatorios, reconoce el derecho a quien arbitrariamente se le impida, obstruya, restrinja o de algún modo se le menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, a requerir que se obligue dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados. A esos efectos, se consideran particularmente discriminatorios los actos u omisiones determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. _____

_____ 7°) Que también el ordenamiento jurídico nacional, desde el año 2009, vino a tipificar, entre otros tipos y modalidades, la violencia económico-patrimonial, la simbólica y la violencia laboral. Esta última se configura cuando se discrimina a la mujer en los ámbitos de trabajo públicos o privados, como consecuencia, entre otros factores, de obstaculizarle su acceso al empleo o

contratación (art. 6, inc. c, Ley N° 26485). La violencia simbólica, madre de la violencia de género, se configura en cambio a través de patrones estereotipados, mensajes o signos que transmitan y reproduzcan desigualdad y discriminación en las relaciones sociales (art. 5, inc. 5°, Ley 26485). En relación con esta última, es necesario recordar que pesa sobre el Estado el deber convencional consistente en promover activamente la modificación de los patrones socioculturales sexistas, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y de cualquier práctica basada en funciones estereotipadas (art. 5, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW), como la que la Corte Suprema ha tenido por acreditada en autos.

_____ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) ha emitido una serie de pronunciamientos destacando el vínculo entre la discriminación y la violencia contra las mujeres y el deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos, aunque fueren cometidos por particulares (párr. 22, Documento N° 60/11, del 03/11/11, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60)._____

_____ 8°) Que en la mencionada Recomendación General N° 25, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ha entendido que la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación y que las mismas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. Para quedar comprendidas en el párr. 1 del art. 4 de la CEDAW, las medidas que se adopten deberán tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer, entre otros, en el ámbito económico y social. Asimismo, el Comité considera que la aplicación de ese tipo de medidas no debe ser una excepción sino formar parte de una estrategia estatal necesaria para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. En relación con el elemento temporal, el Comité señala que la duración de una medida especial de carácter temporal se debe determinar teniendo en cuenta su resultado funcional y no estableciendo un plazo determinado. Así, las medidas especiales de carácter temporal deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hubieren mantenido durante un período de tiempo. Por otra parte, el Comité especifica que el término "medidas" abarca una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria, como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas. La elección de una "medida" en particular dependerá del contexto en que se aplique y del objetivo concreto que se trate de lograr. _____

_____ Además, el Comité de la CEDAW recuerda a los Estados Partes que las medidas especiales de carácter temporal deberán adoptarse para

acelerar la modificación y la eliminación de prácticas culturales y actitudes y comportamientos estereotípicos que discriminan a la mujer o la sitúan en posición de desventaja. _____

____ 9º) Que en el Documento N° 59/11, del 03/11/11, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59, la Comisión IDH ha manifestado la necesidad de comenzar a delinear principios y estándares sobre los alcances del principio de igualdad, así como de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres. _____

____ 10) Que la situación fáctica que se ha tenido por probada en este proceso (ver precisa descripción que se efectúa en los puntos VII y VIII del dictamen de la Procuración), en el contexto jurídico precedentemente delimitado, reclama la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican. Motivo por el cual, adhiero a la parte dispositiva y a los considerandos 15 a 19 del voto del señor Juez de Corte, Dr. Ernesto R. Samsón. _____

____ El Dr. **Guillermo Félix Díaz**, dijo: _____

____ 1º) Que comparto la relación de causa contenida en los nueve primeros considerandos del voto que abre el presente acuerdo. _____

____ En cuanto a la cuestión de fondo, en los límites que resultan de considerar los actos constitutivos de la litis, las apelaciones sustanciadas ante esta Corte y, la doctrina que emana de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada en autos (fs. 878/882), me pronuncio por el acogimiento parcial de los recursos bajo análisis. _____

____ En dicho marco, con relación a la pretensión individual, corresponde ordenar que se contrate a la Sra. S. ante la próxima vacante que se produzca en el cargo de conductor de ómnibus, en cualquiera de las empresas demandadas, salvo que al momento de evaluar la idoneidad de la misma se produzca un obstáculo de carácter objetivo e insalvable para ello, lo que deberá ser expuesto de inmediato al juez ante quien quede radicado el expediente (ver último párrafo del considerando 18 del voto que abre el presente acuerdo). _____

____ Y, respecto de la pretensión colectiva propongo la misma solución que fuera establecida en la sentencia de esta Corte, es decir: _____

____ a) Intimar a las empresas demandadas para que presenten en modo detallado ante la Autoridad Metropolitana de Transporte, en el plazo de quince días hábiles y bajo apercibimiento de astreintes, los requisitos exigidos por cada una de ellas para la admisión de postulantes a integrar sus respectivos planteles de choferes de unidades de transporte público, a fin de que aquélla ejercite las facultades que por ley le corresponden en cuanto al cumplimiento de los postulados establecidos por la Ley 26485, sin perjuicio de otras medidas que con igual objeto dicho organismo pudiera adoptar en el marco de sus atribuciones. _____

____ b) Exhortar a los Poderes Legislativo y Ejecutivo provinciales para que, en el adecuado ámbito de debate y decisión,

emitan las normas necesarias que exige una política pública que promueva la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, de acuerdo a la citada Ley 26485. _____

_____ 2º) Exordio: _____
_____ Atento a la complejidad del tema bajo análisis, estimo conveniente explicar brevemente algunos motivos que justifican mi postura. _____

_____ La sentencia de reenvío de la Corte Suprema establece claramente que a los fines de ambas acciones -ejercidas acumulativamente-, deben aplicarse los estándares en materia de carga probatoria sentados en su sentencia registrada en Fallos, 334:1384 ("in re" "Pellicori") y, como consecuencia de ello, cabe tener por probada la existencia de discriminación por razones de sexo en el acceso al trabajo de conductor de ómnibus, en perjuicio del género femenino. _____

_____ Aún cuando también pueden extraerse pautas normativas para la resolución del caso, interpreto que dicha resolución no impone un contenido determinado a la solución de fondo del litigio. _____

_____ En efecto, no establece criterios acerca de los siguientes interrogantes: Sentada la existencia de la mencionada discriminación, ¿qué derecho puede reclamar la Sra. S. a partir de tal comprobación? _____

_____ En cuanto a la pretensión colectiva: ¿están dadas las condiciones para su procedencia?; ¿resulta competente el Poder Judicial para disponer alguna medida de acción afirmativa concreta a fin de hacer cesar la discriminación puesta en evidencia?; en su caso, ¿cuál?; en caso negativo, ¿qué debe resolverse? _____

_____ Cabe adelantar que, dadas las particulares circunstancias de la causa, no corresponde que mediante la presente sentencia se determine a título de acción afirmativa un cupo de acceso al empleo en cuestión, a favor del género femenino, toda vez que no se cumplen en el caso ciertos requisitos de procedencia de las acciones colectivas y, también, porque ello no resulta ser de competencia del Poder Judicial, conforme se explicará en lo sucesivo. _____

_____ Resulta pertinente añadir que un sistema de tales características podría ser cuestionado mediante un análisis de razonabilidad, tendiente a comprobar la legitimidad de los fines que se pretenden alcanzar, así como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, teniendo en cuenta que la solución requerida en la demanda, entre las medidas de acción afirmativa que podrían adoptarse para revertir una situación de discriminación por estereotipos como la patentizada en autos, resulta ser la más extrema, tanto en relación con la libertad de contratar que asiste a las demandadas, como en el derecho a una igual oportunidad en el acceso al trabajo que corresponde al género masculino. _____

_____ En este orden, cabe tener en consideración que tanto la Corte Suprema de Estados Unidos como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han pronunciado contra medidas de discriminación inversa que impliquen una preferencia automática

hacia el grupo que se intenta favorecer a través de las mismas (al respecto pueden consultarse con provecho los trabajos de: Aída Kemelmajer de Carlucci, "Las acciones positivas", disponible en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174857.pdf>; Treacy, Guillermo F., "Las medidas de acción afirmativa y el control judicial en materia de igualdad", publicado en: Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Alberto Ricardo Dalla Via, La Ley, 2002, 726; cita "on line": AR/DOC/445/2007; Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Las acciones contra la discriminación. La discriminación inversa. Sus límites y riesgos", publicado en La Ley, 2003-B, 970, cita "on line": AR/DOC/7832/2001; Alfonso Ruiz, Miguel, "La Discriminación Inversa y el caso Kalanke", publicado en Revista Doxa n° 19, 1996, pág. 126, disponible en: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_07.pdf; Macario, Alemany, "Las Estrategias de la Igualdad. La Discriminación Inversa como un medio para promover la Igualdad", publicado en Revista Isonomía n° 11, año 1999, disponible en http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_07.pdf); Ronald Dworkin: "Los derechos en serio"; Planeta-Agostini, 1993, pág. 327 y sgtes. y, "El imperio de la Justicia", Gedisa Editorial, Barcelona (España), segunda reimpresión, 2005, pág. 268 y ss.).

_____ Básicamente por eso entiendo que debe acudirse a una resolución en los términos expresados en el primer considerando. __

_____ Introducido el tema, por razones metodológicas en primer término efectuaré una breve digresión acerca de la aplicabilidad del instituto del pronto despacho a las acciones de amparo, posteriormente desarrollaré los argumentos relativos a la pretensión individual, dejando para el final la propuesta respecto de la colectiva.

_____ 3°) Que el art. 87 de la Constitución Provincial impide el dictado de normas que reglamenten la procedencia y requisitos de la acción de amparo, bajo pena de nulidad. Consecuentemente, todas las contingencias procesales no previstas en este precepto deben ser resueltas por el juez del amparo, con arreglo a una recta interpretación de la Carta Magna local.

_____ Respecto de la interposición de pronto despacho efectuada por la amparista a fs. 1029, cabe recordar que recientemente esta Corte ha establecido que resultan inaplicables a este tipo de juicio las normas relativas a dicho instituto (Tomo 192:99, "in re" "Avendaño").

_____ En este orden, ante el vacío normativo, se advierte la inconveniencia de recurrir por analogía a las disposiciones del art. 167 del C.P.C.C., toda vez que en los tribunales colegiados el plazo de diez días establecido en el tercer párrafo opera individualmente respecto de cada integrante y, una vez emitido un voto dentro de dicho término, rige el mismo lapso en forma individual para cada uno de los miembros restantes del tribunal, a computar desde que el expediente le es puesto a despacho. Además, debe considerarse que la sanción que establece la norma -pérdida

de jurisdicción del juez que no respete el término señalado-, se aplica también individualmente (cfr. Roberto G. Loutayf Ranea, "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Tomo 2, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2009, pág. 335).

En consecuencia, si se aplicara la norma que invoca la Sra. Defensora Oficial N° 4, el plazo para dictar la presente sentencia que tendría este Tribunal -compuesto por siete magistrados-, sería superior a setenta días hábiles, por lo que se advierte la inconveniencia de recurrir a dicho precepto.

No obstante, resulta claro que ante un pedido de pronto despacho debe actuarse con razonable celeridad, teniendo en consideración la complejidad del asunto en debate.

4°) Sobre la existencia y prueba de discriminación:

El derecho a la no discriminación tiene su fundamento en la dignidad de la persona y en la igualdad de trato en idénticas situaciones y, está resguardado por los artículos 16 de la Constitución Nacional, 13 de la Constitución Provincial, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras normas de jerarquía constitucional.

Tal como lo ha destacado la Corte Federal, los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación son elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional y, además, han alcanzado la preeminente categoría de "ius cogens", lo cual acentúa para el Estado la "obligación fundamental mínima" y de cumplimiento "inmediato" de garantizar la no discriminación, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Fallos, 334:1387, considerando 5 y sus citas).

En relación específica con el derecho de acceso al trabajo en condiciones de igualdad se encuentran los principios y reglas previstos en el Convenio n° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer y, las leyes nacionales 23592 y 26485.

Con base en dichas normas, puede afirmarse que corresponde a todas las personas el derecho a la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, prohibiéndose cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar tal derecho, salvo las que deriven de las calificaciones exigidas para un empleo determinado (arg. cfr. art. 1 del Convenio OIT n° 111). Tales calificaciones deben tener relación directa o necesaria con la tarea a desarrollar y no operar como mecanismos indirectos de discriminación (Ackerman Mario A., "El Convenio n° 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y la negociación colectiva", en Revista de Derecho Laboral, 2008-2: "Discriminación y violencia laboral - I", Rubinzal-Culzoni

Editores, Santa Fe, 2008, pág. 22).

Asimismo, que pueden sintetizarse las obligaciones estatales con relación al tema que nos ocupa mediante la remisión a lo que dispone el art. 11, inc. a, b y c de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer.

Allí se establece, en lo pertinente, que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en la esfera del empleo a fin de asegurarles, en condiciones de igualdad con los hombres: a) el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección; c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo.

5°) Que en supuestos como el presente resulta insoslayable recurrir al estándar probatorio según el cuál para la parte que invoca un acto discriminatorio es suficiente con la acreditación de hechos que, "prima facie" evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable, ajeno a toda discriminación (cfr. CSJN, Fallos, 334:1387, considerando 11).

Este criterio de distribución del "onus probandi" ha sido impuesto por el Alto Tribunal en la presente causa (sentencia de fs. 878/882), expresando que se acreditaron diversos hechos conducentes y suficientes para configurar un caso "prima facie" encuadrable en una situación discriminatoria. En particular, mediante las nóminas de empleados incorporadas al expediente y el informe de la Autoridad Metropolitana de Transporte, de los que se desprende que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de S.. Frente a ello, consideró que las explicaciones esbozadas por las empresas demandadas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra S., en particular, ya que este tipo de defensas -que, en definitiva, se limitan a negar la intención discriminatoria- no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable en los términos de la jurisprudencia citada en el quinto considerando de la sentencia reseñada.

En consecuencia, es incontestable la existencia de un patrón cultural discriminatorio en la ciudad de Salta en el ámbito aquí debatido: el del acceso al empleo de conductores de colectivos urbanos.

En este sentido, en línea con el dictamen de la Sra. Procuradora General de la Nación, entiendo que se trata de un estereotipo discriminatorio por género, que se produce con base en prejuicios dominantes y que operan normalmente de modo inconsciente en el comportamiento de los individuos. Y que cuando figuran entre los motivos conscientes que guían la acción de las personas, éstas normalmente lo ocultan, disfrazando el prejuicio

con el ropaje de otras razones aparentes. _____

_____ 6°) Sobre la pretensión individual: _____

_____ No puede desconocerse que el ámbito de selección de personal en la actividad privada se caracteriza por una amplia discrecionalidad del empleador en la fijación de criterios de mérito para la elección del trabajador, aún en el ámbito de trabajos que exigen alguna calificación, como el de chofer de colectivos. _____

_____ Esta amplia discrecionalidad sin dudas deja libre un amplio espacio a la discriminación, como la padecida por la Sra. S., que precisamente se ha materializado a través de la absoluta falta de consideración de su postulación. _____

_____ A los fines de resolver esta cuestión debe tenerse en cuenta que la prohibición de discriminación y la garantía de igualdad son de aplicación inmediata, no están supeditadas a una aplicación de carácter progresivo, y son aplicables a todos los aspectos del derecho al trabajo (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 18: El Derecho al Trabajo - artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, 2005, párr. 33). _____

_____ Asimismo, que conforme lo dispone el art. 5.a de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, los Estados Partes deben tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Y, que pesa la misma obligación a fin de garantizar en condiciones de igualdad el derecho al trabajo, a las mismas oportunidades de empleo - inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo- y, a elegir libremente profesión y empleo (art. 11, inc. a, b y c). _____

_____ En el entendimiento que entre dichas medidas se encuentran las sentencias judiciales (arg. cfr. CSJN, Fallos, 315:1492, "in re" "Ekmedjian vs. Sofovich"), corresponde ordenar que se contrate a la Sra. S. ante la próxima vacante que se produzca en el cargo de conductor de ómnibus, en cualquiera de las empresas demandadas, salvo que al momento de evaluar la idoneidad de la misma se produzca un obstáculo de carácter objetivo e insalvable para ello, lo que deberá ser expuesto de inmediato al juez ante quien quede radicado el expediente (ver último párrafo del considerando 18 del voto que abre el presente acuerdo). _____

_____ De verificarse el incumplimiento de lo aquí dispuesto por parte de una o más empresas, cada una de las infractoras deberá abonar a la Sra. S. un monto idéntico al sueldo que le correspondería a la actora en caso de ser contratada, por el plazo de dos años. _____

_____ 7°) Sobre la pretensión colectiva. _____

_____ La parte actora solicita el cese de la discriminación por razones de sexo en el acceso al trabajo de conductor de

colectivos, solicitando que a tal fin se establezca un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres, hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de las empresas operadoras de SAETA (Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor)._____

_____ La sentencia apelada acogió esta petición y ordenó el cese de la discriminación por razones de género. Resolvió que las empresas deberán contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes; dispuso que la AMT deberá confeccionar una lista de todas las postulantes mujeres que cumplan los requisitos de las leyes y ordenanzas vigentes -con M.S. ubicada en primer lugar-, y que, en caso de que alguna de las empresas demandadas viole lo dispuesto, deberá abonarle a la primera mujer de la lista un salario idéntico al del chofer de mejor remuneración (fs. 534 vta. y 535)._____

_____ 8º) Que esta pretensión, por su objeto, es de aquellas que provocan lo que en doctrina se denomina un litigio de derecho público o litigio en asunto de interés público, caracterizado por tratarse de un reclamo judicial que busca la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos fundamentales y de valores democráticos consagrados en la Constitución (cfr. Bergallo, Paola, "Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de Derecho Público", SJA, 21/6/2006; JA, 2006-II-1165)._____

_____ Abundando en tal caracterización, según Lorenzetti, se trata de procesos en los cuales se pide una decisión judicial con efectos regulatorios generales y que, en mayor o menor medida, avanzan sobre zonas propias de los otros poderes del Estado, dando lugar muchas veces a sentencias en las que se advierte un claro activismo judicial, que avanza sobre áreas consideradas tradicionalmente como propias de la administración ejecutiva y que es el resultado de una serie de variables que interactúan en determinados períodos de un tribunal: a) demanda social existente; b) rol de los otros poderes y la falta de respuesta a ese reclamo social; c) la composición del tribunal, su independencia y fortaleza, y d) la existencia de un marco constitucional adecuado (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Justicia Colectiva", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, pág. 236)._____

_____ Asimismo, manifiesta que en los supuestos en que se requieren mandatos dirigidos a la Administración, el tribunal declara el derecho, dicta una condena y ordena a otro poder del Estado la implementación, pero puede hacerlo según un modelo orientado a los resultados o bien a los procedimientos. En el primero se respeta la discrecionalidad propia de la administración en la definición de cuáles son los medios más apropiados para aplicar en el caso, mientras que en el segundo el Poder Judicial avanza y los define por sí mismo (ob. cit., pág. 182). Asimismo, en los supuestos de mandatos dirigidos al Congreso para legislar sobre un tema específico, con la fijación de un plazo razonable, se trata de procedimientos genéricos, pero que tienen una gran importancia porque en numerosas situaciones existe la necesidad de regular de un modo general y con un debate sobre el tema que

excede totalmente las posibilidades del proceso judicial. Una vez que el Congreso recibe el mandato, puede legislar o no, y en este último supuesto, el tribunal decidirá si adopta una decisión sustitutiva. Para que ello sea posible, debe darse el supuesto de una pretensión relativa a la operatividad de un derecho fundamental, pretensión que requiere la existencia del derecho en alguna fuente normativa y una falta de regulación legal dentro de un plazo razonable (ob. cit., pág. 184). Se manifiesta proclive al activismo en asuntos de interés público, pero aclara que el juez debe respetar la división de funciones entre los distintos poderes y no puede avanzar más allá de afirmar la garantía de los derechos a través de mandatos orientados a un resultado, evitando involucrarse en los procedimientos (ob. cit., pág. 243). Y, en este orden, expresa que las decisiones de los jueces constituyen un gran aporte en la democracia deliberativa, pero no la sustituyen; su actuación se encamina a asegurar el procedimiento para que las mayorías y las minorías se expresen; no pueden corregir decisiones de las mayorías que consideren incorrectas, o que sean diferentes a lo que ellos opinan; en cambio, deben sostener las reglas de juego institucionales para que la mayoría se desenvuelva dentro de la Constitución (ob. cit., pág. 244)._____

_____ Berizonce expresa que los conflictos de interés público o estratégicos son aquellos que involucran derechos fundamentales colectivos, canalizados a través de los denominados litigios de derecho público, desarrollados a partir de la década de los `50 en el derecho norteamericano, siendo ampliamente conocido el emblemático caso "Brown vs. Board of Education of Topeka", el que junto con otros precedentes permitieron a la doctrina autoral afirmar la existencia de una importante categoría de litigios de derecho público, que debían ser diferenciados del litigio tradicional que involucraba tan sólo a partes privadas, en tanto aquéllos venían generados a partir de los esfuerzos para aplicar los principios de la "rule of law" a las instituciones del moderno Estado de bienestar. Refiere que tales litigios involucran a grupos o clases de integrantes dispersos y a menudo indeterminados o indeterminables, cuyos reclamos implican poner en debate el funcionamiento de grandes instituciones o servicios públicos - sistemas escolares, establecimientos carcelarios, instituciones de salud mental, de seguridad o asistencia públicas, etc.-, que requerían remedios que debían arbitrarse generalmente a largo plazo.

_____ Sostiene que los conflictos de interés público presentan notas características al menos en cuanto a: 1) la ordenación e instrucción de la causa, caracterizada por el activismo procedimental y la ampliación de los poderes del juez; 2) el método dialogal impulsado por el tribunal en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento en general, que expone a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones consensuadas al diferendo y, por otro, reserva a aquél la función arbitradora entre los intereses en conflicto; se trata de un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, un verdadero paradigma cooperativo de

administración de justicia; 3) la decisión judicial no se agota en un "trancher" que dirima el conflicto hacia el pasado, sino que comúnmente se proyecta hacia el futuro y habitualmente tiende a incidir en las políticas públicas del sector involucrado, sea para proponer nuevas o diferentes prácticas institucionales, o modificaciones en las estructuras burocráticas, que van mucho más allá del caso sometido a decisión y 4) el diálogo, al cabo de la sentencia, pervive y se profundiza para facilitar el cumplimiento o la ejecución de lo decidido, mientras el tribunal escalona sus pronunciamientos con ese objetivo; la etapa de los remedios no termina hasta que el objetivo final sea alcanzado. Explica que dicha etapa implica una larga y continua relación entre el juez y las partes durante la cual se van creando y diseñando los medios para remover las condiciones que amenazan los valores constitucionales; que el diseño del remedio determina nada menos que el tribunal resulte involucrado en la reorganización de la institución o servicio en funcionamiento, a través de una intervención constante y persistente; la ejecución pasa a constituirse en una etapa de continua relación entre el juez y las partes, un vínculo de supervisión a largo plazo que perdura hasta la satisfacción efectiva de los derechos reconocidos en la sentencia; que la actuación judicial en la etapa de ejecución de sentencia no habrá de consistir en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente, sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos más o menos generales, cuyo contenido concreto habrá de ser construido a partir del diálogo que necesariamente se producirá entre las partes y el tribunal. En consecuencia, en la etapa de ejecución corresponderá a la autoridad pública demandada determinar el modo más adecuado de cumplir con la sentencia de condena y, por su parte, el tribunal actuante controlará la adecuación de las medidas concretas a la orden que ha impartido (Berizonce, Roberto Omar, "Los conflictos colectivos de interés público en Argentina", en Procesos colectivos - I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, Argentina, 6-9 de junio de 2012, Talleres Gráficos de Imprenta Lux S.A., Santa Fe, 2012, págs. 429 y sgtes.)._____

_____ Aclara que por la propia complejidad de las múltiples cuestiones involucradas, resulta inevitable un lapso prolongado en la ejecución, con el efecto perverso de que a medida que transcurre el tiempo torna a identificarse, y confundirse, la decisión judicial con la gestión administrativa morosa, con el consecuente perjuicio para la imagen del servicio de justicia; coincide con Lorenzetti (ob. cit., págs. 185/186) en que por esas razones es aconsejable que el tribunal tenga la sabiduría de poner un límite al proceso y dejar que los otros poderes cumplan su rol; que en la búsqueda de mecanismos adecuados para superar esas dificultades instrumentando garantías de implementación, una de las técnicas más adecuadas es el diseño, por el tribunal, de una "microinstitucionalidad" a partir de la fijación de objetivos, la descripción de etapas de ejecución y los plazos correspondientes, siquiera tentativos, y especialmente la designación de un

encargado institucional de llevar adelante la ejecución del plan, radicado en la propia administración, aunque con autonomía. _____

_____ En la misma línea, Salgado relata que el movimiento por los derechos civiles estadounidense denomina litigios complejos ("complex litigation") o litigio de reforma estructural ("structural reform"), a los reclamos colectivos, divisibles o indivisibles, que impulsan la intervención de los jueces para lograr una modificación estructural de una situación fáctica o normativa que viola parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha involucrado acertadamente en este terreno, marcando un sendero a transitar y recuperando un rol que debe cumplir un órgano jurisdiccional de tanta importancia. Sostiene que este tipo de intervención puede verse claramente en los casos "Mendoza", "Verbitsky" y "Badaro" (Salgado, José María, "El amparo colectivo", en "Tratado de derecho procesal constitucional", Enrique M. Falcón (Director), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, Tomo II, pág. 339), ejemplos a los que acuden otros autores como Berizonce (ob. cit., págs. 437 y sgtes.). _____

_____ Refiere que la finalidad del litigio estructural no es evaluar una política determinada, sino establecer si una situación dada viola una directriz constitucional y, de verificarse este extremo, urgir el acompañamiento jurisdiccional necesario para revertir ese escenario. Por ello la etapa de ejecución incluye el diseño concreto de las medidas a adoptar, el cronograma de cumplimiento y su seguimiento; que este tipo de litigios, en lugar de establecer un régimen de reglas rígidas dictadas en forma verticalista, acentúa la negociación progresiva de las partes mediante reglas de funcionamiento que son revisadas en forma constante, lo que hace que se detecte un cambio hacia una versión experimentalista de esa clase de litigio. Señala que el problema central reside en la falta de solución preconcebida para el conflicto; es decir, se sale del paradigma orden y control de cumplimiento y se ingresa a la búsqueda de normas más flexibles y provisionales con procedimientos que permitan la continua participación de las partes; se expresan las metas que se espera que los sujetos involucrados en el conflicto puedan alcanzar sin controlar la actividad de cada una de ellas para arribar a ese destino; y además se fijan estándares y procedimientos para medir el cumplimiento. Todo está sujeto a una continua revisión, ya que el remedio institucionaliza un proceso de debate, aprendizaje y reconstrucción continua. _____

_____ 9°) Que en contra del sistema de cupos ordenado en la sentencia apelada, los recurrentes expresaron agravios en el sentido de que no se encontraba probada discriminación por género; que el procedimiento diseñado resulta excesivo y trasvasa los límites de las facultades del juez en la materia e importa una inadmisibles injerencia del Estado en la administración de una empresa privada, la que no podrá elegir el personal femenino de su confianza al tener que someterse a los dictados de la Autoridad Metropolitana de Transporte; que si no es la empresa interesada la encargada de controlar la idoneidad de la candidata, se produce

una arbitraria confiscación de los derechos previstos en los arts. 14, 17 y 18 de la C.N. (recurso de fs. 552/556 vta.); que se afecta el derecho a la libre contratación; que el fallo resulta de imposible cumplimiento ya que necesariamente se debe prever que, con carácter previo, las integrantes de la lista aprueben los exámenes de manejo y aptitud psicofísica, implementados por un organismo responsable sobre parámetros objetivos. _____

_____ 10) Que para la decisión de la presente causa es imprescindible determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho debatido, bajo qué condiciones puede resultar admisible la acción en clave colectiva y, los términos y efectos de la resolución que en su caso tendrá la sentencia (arg. cfr. CSJN, "in re" "Halabi", Fallos, 332:111, considerando 8°). _____

_____ Entiendo que estamos frente a la categoría de derechos individuales homogéneos. En este sentido, en el "leading case" citado se incluyen los derechos personales de sujetos discriminados. Se explica que no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles mediante un hecho único o continuado, resultando identificable una causa fáctica homogénea; estas circunstancias, más la existencia de una pluralidad relevante de individuos que pueden esgrimir personalmente el mismo interés, llevan a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la sentencia que en él se dicte, en relación a la clase o grupo representado en la acción (arg. cfr. considerando 12). _____

_____ Ha expresado la Corte Federal que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados y, que el primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales (cfr. considerando 13, primer y segundo párrafo). _____

_____ En la presente causa sólo se esgrime el interés de la Sra. M.S., sin que a lo largo del expediente la actora haya señalado alguna otra persona en su misma situación, ni mucho menos la existencia de un número relevante de mujeres que quieran acceder a igual puesto de trabajo. _____

_____ Cabe recordar que para la configuración de un caso judicial se requiere que el demandante tenga legitimación y, para ello, que pueda expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se encuentran los demás ciudadanos, no pudiéndose fundar la habilitación legal en el interés general en que se cumplan la constitución y las leyes; de admitir la legitimación en un grado que la identifique con el "generalizado interés de todos los ciudadanos en ejercicio de los poderes de gobierno", "deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura y lo expondría a la imputación de

ejercer funciones de gobierno que corresponden a los otros poderes (arg. cfr. CSJN, sentencia del 15/06/2010, "in re" "Thomas", considerando cuarto, publicado en LL., 2010-C, 718).

_____ Pues bien, la legitimación para incoar procesos colectivos en el caso de derechos individuales homogéneos, exige que el agravio diferenciado pueda predicarse respecto de un número relevante de afectados. Si no se presenta este requisito debe acudir a los procesos individuales, incluidos los supuestos de litisconsorcio (arg. cfr. CSJN, Fallos, 332:111, considerandos 9 y 10).

_____ Este recaudo coincide con uno de los requisitos establecidos en la Regla 23 de Procedimiento Judicial Federal de los Estados Unidos de Norteamérica para la procedencia de las acciones de clase, denominado "numerosity", según el cual el grupo o clase debe ser tan numeroso que el litisconsorcio de todos sus miembros resulte impracticable, extremo que no depende de una variable meramente numérica, sino que involucra el análisis de una serie de factores a ser evaluados en el contexto de cada caso (Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit., pág 27, apartado b; Verbic, Francisco: "Procesos colectivos", Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007, pág. 17).

_____ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente ha dicho que: "...habiendo ya transcurrido más de cinco años desde el dictado del precedente 'Halabi' (Fallos, 332:111), resulta razonable demandar a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros. Por iguales motivos, también cabe exigir que se expongan en forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que llevan a sostener qué tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción" (sentencia del 10/02/2015, dictada en la causa "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros", publicado en la página web del Alto Tribunal: <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>).

_____ Cabe agregar que el indudable interés público que existe en el "sub judice", consistente en neutralizar y revertir una conducta discriminatoria, se satisface disponiendo una solución individual para el caso concreto presentado en autos.

_____ 11) Que por otra parte, cabe tener en cuenta la doctrina sentada por la Corte Suprema en Fallos, 328:1146 en virtud de la cual no compete al Poder Judicial evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración pública; pero que, si se cuestiona en sus estrados una política que lesiona derechos, en tanto le corresponde garantizar su eficacia y evitar que sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia, con la

prudencia debida en cada caso, debe invalidar esa política y, sólo en la medida en que los lesiona (arg. cfr. considerandos 25 y 27).

_____ En el mismo orden, de los pronunciamientos recaídos en la causa "Badaro", resulta que no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto del conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, mujeres, niños y personas con discapacidad. Que la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar, sin perjuicio del ejercicio "a posteriori" del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal y, que ante la omisión de disponer políticas afirmativas corresponde llevar a conocimiento de las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para enmendar la omisión que se le atribuye, por un plazo que resulte suficiente para tales fines (sentencia dictada el 08/08/2006, publicada en LL., 2006-D, 801, considerandos 17/19). Por último, cabe observar que en dicho caso, ante el incumplimiento de la actividad exhortada bajo los estándares fijados en la resolución reseñada, el Címero Tribunal estimó que sólo correspondía resolver el asunto concreto, no expandiendo la solución a otros casos similares y, exhortando nuevamente a la Autoridad competente al dictado de las normas requeridas (Fallo del 26/11/2007, La Ley, 2007-F, 688, considerandos 23/24).

_____ 12) Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado doctrina en relación a la operatividad del derecho a la vivienda digna, que resulta extensible a todos los derechos fundamentales que implican obligaciones de hacer por parte del Estado. _____

_____ Según esto, cuando el sistema de fuentes de un derecho está conformado por la Constitución Nacional, tratados internacionales y normas de menor jerarquía: a) la primera característica de esos derechos y los consiguientes deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad; b) esta operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado; ello significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación, según sea el grado de desarrollo normativo, debiéndose respetar el principio de división de poderes. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios, en virtud de tratarse de una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. De esta manera resulta incuestionable que no es función de la

jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno y, que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión del derecho de que se trate por la vía judicial; c) la tercera característica de los derechos fundamentales que implican obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (CSJN, Fallos, 334:452, considerandos 9/12).

_____ 13) Que en virtud de lo hasta aquí expresado, entiendo que la acción colectiva resulta improcedente, toda vez que al no presentarse en autos el requisito de "numerosidad", no se observa la necesidad ni urgencia de que el Poder Judicial diseñe medida de acción afirmativa alguna de carácter general. Más aún cuando se trata de un deber que corresponde en forma originaria a los poderes políticos, en cuya actividad no pueden ser sustituidos de ninguna manera por el Poder Judicial sin la presencia del requisito constitucional de una "causa judicial", en los términos delineados precedentemente. _____

_____ 14) Que no obstante ello, en virtud del principio según el cuál no puede reformarse una sentencia en perjuicio del único apelante, corresponde mantener lo dispuesto por la sentencia dictada por esta Corte el 08/06/2010 (Tomo 145:909; publicada en: LLNOA, 2010 (julio), 560; JA., 2010-II, 63; LL. on line: AR/JUR/22429/ 2010), en cuanto, a los fines expresados en los considerandos 13 a 16 del voto mayoritario de la misma, allí se dispone: _____

_____ a) Intimar a las empresas demandadas para que presenten en modo detallado ante la Autoridad Metropolitana de Transporte, en el plazo de quince días hábiles y bajo apercibimiento de astreintes, los requisitos exigidos por cada una de ellas para la admisión de postulantes a integrar sus respectivos planteles de choferes de unidades de transporte público, a fin de que aquélla ejercite las facultades que por ley le corresponden en cuanto al cumplimiento de los postulados establecidos por la Ley 26485, sin perjuicio de otras medidas que con igual objeto dicho organismo pudiera adoptar en el marco de sus atribuciones. _____

_____ b) Exhortar a los Poderes Legislativo y Ejecutivo provinciales para que, en el adecuado ámbito de debate y decisión, emitan las normas necesarias que exige una política pública que promueva la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, de acuerdo a la citada Ley 26485. _____

_____ 15) Que en relación a las costas, atento la complejidad y la novedad del tema debatido, considero que corresponde imponerlas por el orden causado. _____

_____ El Dr. **Marcelo Ramón Domínguez**, dijo: _____

_____ 1°) Que adhiero a los considerandos 1° a 10 y 15 a 19 del voto del Dr. Ernesto R. Samsón. _____

_____ 2°) Que debo poner de resalto, eso sí, que en orden a la configuración de actos de discriminación respecto de grupos vulnerables me he pronunciado ya en el caso "Castillo", actuando

como juez de grado (CapelCC.Salta, Sala III, Tomo 2012, f° 110/132). Recordaba lo dicho por Guillermo Ormazabal Sánchez ("Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil", Marcial Pons, Barcelona, 2011) quien al analizar la discriminación y la carga de la prueba en el proceso civil, conceptualiza a la discriminación como una forma de deferir/dispensar a determinadas personas o colectividades un trato de inferioridad en razón de cierta cualidad que poseen. Implica pues una connotación negativa, un diferenciar ilegítimo, injusto, reprehensible y, en todo caso, contrario a derecho. Afirma que "lo que caracteriza la discriminación relevante para el derecho antidiscriminatorio es el hecho de tratarse de una discriminación que afecta a grupos o colectivos de personas, y que el derecho antidiscriminatorio se ocupa de actos discriminatorios que tengan su origen en factores o características definitorias de un grupo colectivo, existiendo una estrecha relación entre esta rama del derecho y la protección de las minorías".

_____ Siguiendo al mismo autor, sostuve respecto de la carga de la prueba que "el régimen probatorio en materia de derecho discriminatorio es una cuestión de incipiente desarrollo en nuestra jurisprudencia, cuestión que, por el contrario, cuenta con un profuso desarrollo en el derecho americano. Allí, con el tiempo, los tribunales federales norteamericanos han ido elaborando la jurisprudencia que consiste en que si el litigante gravado con la carga de probar aporta indicios, en el sentido de elementos o datos que revelan o sugieren la verosimilitud de los hechos o producen en el ánimo del juzgador una cierta impresión o apariencia mínimamente fundada de haberse discriminado al actor, el 'onus probandi' del acto discriminatorio dejará de gravar a éste y pasará a recaer sobre el demandado, y para expresar esta idea, en ocasiones se utiliza también la expresión prueba 'prima facie', 'prima facie case'". Según Palmer, el término se usa en los tribunales del "common law" para significar una acreditación que, si no es refutada, resultará suficiente para construir una presunción de hechos o para fijar el hecho en cuestión (Ormazabal, ob. cit., pág. 65/66), criterio que -bueno es recordarlo- es el sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia dictada a fs. 878/882 de estos autos, que dejara sin efecto el pronunciamiento originario de esta Corte y que se agrega a fs. 794/814 vta._____

_____ También traía a colación lo sostenido por Lorenzetti, en su obra, "Justicia Colectiva" (Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 244), en cuanto que la regla que dispone que la democracia funciona en base al respeto de las decisiones de la mayoría, no excluye el control por parte de los jueces, ya que las mayorías pueden adoptar decisiones contrarias a la Constitución, y por lo tanto es necesario que exista un poder independiente que le imponga límites, que la función del Poder Judicial es hacer respetar la Constitución en los casos en que las decisiones mayoritarias afecten los derechos individuales, y que el carácter contramayoritario del Poder Judicial lo coloca en una posición adecuada para hacer cumplir derechos y proteger bienes que los

otros poderes podrían no atender por razones electorales. Esta función implica que los jueces pueden tomar decisiones que tengan como consecuencia alguna modificación en la agenda pública o en el orden de prioridades de la administración, pero que no pueden avanzar más allá sustituyendo la voluntad del pueblo expresada a través de los representantes que ha elegido. El mismo autor afirma que "una democracia constitucional implica afirmar que rige el principio de la decisión mayoritaria con el límite de los derechos fundamentales. La mayor garantía que puede otorgar a estos derechos es que no sean derogados por las mayorías ni por el mercado" (ob. cit., pág. 251).

_____ 3°) Que resulta, en ese contexto interpretativo, que la base fáctica de procedencia de la demanda tanto individual como colectiva se encuentra acreditada según surge de las pruebas rendidas enumeradas en el punto IV del dictamen de la Procuración General de la Nación de fecha 25 de junio de 2013 (fs. 863/864) y, especialmente en consideración al inexcusable marco que da a esta decisión la sentencia dictada por el Máximo Tribunal Nacional, en la cual se dijo que no se ha desvirtuado la presunción de que "las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra M.S. en particular" (considerando 6° de fs. 880 vta.), quedando así determinada la existencia de caso justiciable.

_____ Cabe tener presente para decidir el presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Halabi", al analizar la procedencia del caso colectivo en el supuesto de reclamo por vulneración a derechos individuales homogéneos dijo que "como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta" (considerando 13). Extremo del cual se sigue que debe considerarse si en el caso se configura un supuesto de fuerte interés estatal que justifique el empleo del proceso colectivo como aconteció en autos.

_____ La demanda entablada contiene el reclamo de un sujeto que invoca la calidad de afectado como es la señora M. G. S., y una organización no gubernamental como es la Fundación Entre Mujeres, ambas legitimadas extraordinarias en virtud del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, 91 de la Constitución de la Provincia y 47 del Código Procesal Civil y Comercial. La pretensión esgrimida se expresa en el eje central del cese de

la discriminación por razones de género, sobre la base de supuestos protegidos por las leyes N° 23592, 26485 y en el texto de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. _____

_____ De lo dicho se sigue, que el caso debe ser atendido en clave colectiva en razón de la regla de superioridad ("superiority test" previsto en la Regla 23 b), "Federal Rules of Civil Procedure") del reclamo colectivo sobre el individual, cuando es evidente que hay un fuerte interés estatal en proteger sectores vulnerables como es el de las mujeres según surge del contexto normativo citado que regula el supuesto de autos, promoviéndose la adopción de medidas de acción positiva para revertir patrones socioculturales de segregación por género que, de dejarse librados a la decisión de casos individuales se verían seriamente afectados, y que han sido claramente probados como estructurales. Ello, hasta tanto el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar reales condiciones de igualdad de acceso a puestos de conductores de unidades de transporte público de pasajeros y excluir toda conducta discriminatoria. _____

_____ Formuladas tales precisiones, reitero que adhiero a los considerandos 1° a 10 y 15 a 19 del voto del señor Juez de Corte Dr. Ernesto R. Samsón. _____

_____ El Dr. **José Gerardo Ruiz**, dijo: _____
_____ Que adhiero a los fundamentos y solución jurídica que propugna el voto del Dr. Ernesto R. Samsón. _____

_____ La Dra. **Nelda Villada Valdez**, dijo: _____
_____ Que en virtud de los antecedentes de la causa, comparto las conclusiones que se propician en el voto del Dr. Ernesto R. Samsón. _____

_____ Por lo que resulta de la votación que antecede, _____
_____ **LA CORTE DE JUSTICIA**, _____

_____ **RESUELVE:** _____

_____ I. **CONFIRMAR** parcialmente la sentencia de fs. 526/536 y, en consecuencia, **mantener** la orden de cese inmediato de la discriminación por razones de género y **modificar** la forma y modalidad de cumplimiento en ella dispuesta, la que se efectivizará mediante las medidas de acción positiva establecidas en el considerando 18 del voto mayoritario. Con costas. _____

_____ II. **NOTIFICAR** esta resolución a la Autoridad Metropolitana de Transporte, a los fines de lo dispuesto en el considerando 18 de la misma. _____

_____ III. **INSTAR** a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a poner en vigencia normas expresas de aplicación, para garantizar reales condiciones de igualdad de acceso a puestos de conductores de unidades de transporte público de pasajeros y excluir toda conducta discriminatoria. _____

_____ IV. **DISPONER** que el cumplimiento de este fallo será controlado de modo periódico por el juez del amparo, conforme **considerandos** e **intimar** a la parte actora para que, en el plazo de 24 (veinticuatro) horas de su notificación, manifieste cuál es el magistrado de instancias inferiores por el que opta para entender en los presentes autos. _____

_____ V. MANDAR que se registre y notifique. _____

(Fdo.: Dres. Guillermo Félix Díaz, Susana Graciela Kauffman de Martinelli y Ernesto R. Samsón - Jueces de Corte- Marcelo Ramón Domínguez, Nelda Villada Valdez y José Gerardo Ruiz –Jueces de Cámara llamados a integrar) . Ante mí: Dra. Mónica Vasile de Alonso –Secretaria de Corte de Actuación-).