

Corte Suprema de Justicia de la Nación

«Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo»

20 de mayo de 2014 — S. 932. XLVI — Fallos 337:611

Buenos Aires, 20 de mayo de 2014.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que con relación "a los antecedentes de la causa y a la admisibilidad del recurso extraordinario y la queja interpuestas corresponde remitir en razón de brevedad a lo expuesto en los puntos I a IV del dictamen de la señora Procuradora General de la Nación.

2º) Que esta Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos del Niño -art. 2º\_ y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). En particular, en esta última se establece que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar [...] b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección [...] y c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo [...]" (art. 11; en igual sentido, Convenio n° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo). Asimismo, de conformidad con el art. 2, "e" y "f", de dicha 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 [...] y a] adoptar todas las medidas adecuadas, in-cluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer" (el resaltado no es del original).

3º) Que, por lo demás, esta Corte ha señalado desde mediados del siglo pasado que "Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad lato sensu carezca de la protección constitucional adecuada [...] por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos" (caso "Kot, Samuel", Fallos: 241:291, esp. 299). En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, ha señalado que "en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se

derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). 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" (ídem "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA", Fallos: 333:2306, esp. 2313/2315).

4°) Que la cuestión debatida en autos consiste 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 conductora de colectivos. Con relación a este punto, el a quo sostuvo que no existía caso en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional, pues no se había demostrado la violación, por parte de las empresas, del derecho a la igualdad de la amparista ni tampoco respecto de otras mujeres. Sin embargo, en la misma sentencia admitió "la presencia de síntomas discriminatorios en la sociedad" que habrían quedado en evidencia a partir de la ausencia de mujeres entre quienes tienen a su cargo la conducción de colectivos. Sobre esa base, de acuerdo con los compromisos adoptados por nuestro país al aprobar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer y por aplicación de la ley 26.485, consideró que correspondía "tomar medidas apropiadas para lograr la modificación de los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios [...] a fin de garantizar el goce pleno del derecho de igualdad laboral de las mujeres". En conclusión, si bien rechazó el amparo en cuanto a la existencia de un acto discriminatorio respecto de Mirtha Sisnero, hizo lugar parcialmente a la demanda "solo a los fines preventivos, para que en futuras contrataciones se asegure que la postulación de mujeres será analizada por las empresas prestadoras sin tomar en cuenta su condición femenina sino en base a los mismos requisitos que los exigidos a los hombres". Para ello, resolvió intimar a las empresas demandadas a presentar un informe ante la Autoridad Metropolitana de Transporte en el cual se detallen los requisitos exigidos para la admisión de postulantes de choferes de transporte público.

5°) Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es 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 "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" (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°). Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, 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" (conf. considerando 11). 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. Este principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, en el conocido caso "Mc Donnell Douglas Corp. vs. Green" (fallo del año 1973, publicado en 411 US 792). Esa doctrina continúa siendo aplicada por la Corte

Suprema de los Estados Unidos hasta la actualidad, aunque con ciertos matices (ver 431 US 324, año 1977, 509 US 502, año 1993 y 530 US 133, año 2000). Asimismo, la regla fue adoptada por diversos ordenamientos nacionales e internacionales (ver, en este sentido, citas de Fallos: 334:1387 y Manual de la legislación Europea contra la discriminación, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011).

6°) Que, al concluir que no se había acreditado un acto discriminatorio, la sentencia en recurso no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni tuvo en cuenta los criterios señalados en el anterior considerando. En efecto, 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. Así, las diversas pruebas enumeradas en el punto IV del dictamen de la Procuración General 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 aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero. A su vez, las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero, en particular. Es 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 considerando anterior. Ello es así, especialmente en este caso, en el cual el propio sentenciante ha reconocido 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. Un claro ejemplo en esta dirección, por cierto, 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 "esto es Salta Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias [...] Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...] Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] no es tiempo de que una mujer maneje colectivos [...] (cf. entrevista agregada a fs. 564).

7°) Que de lo precedentemente expuesto se desprende que la sentencia no ha respetado los criterios que esta Corte ha establecido en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación como el que aquí se ha planteado, y en consecuencia, corresponde su revocación.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia impugnada con el alcance indicado. Acumúlese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber y oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por Mirtha Graciela Sisnero y otros, representados por la Dra. Natalia Buira, Defensora Oficial.

Tribunal de origen: Corte de Justicia de la Provincia de Salta.

Tribunal que intervino con anterioridad: Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de

Salta.

A continuación se transcribe el dictamen de la Procuradora General de la Nación, a cuyos fundamentos y conclusiones remite la Corte Suprema.

Suprema Corte:

Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación Entre Mujeres (FEM) presentaron una acción de amparo colectivo contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AMT) y las siete empresas operadoras de SAETA que tienen a su cargo los ocho corredores del transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta. Estas empresas son: Tadelva S.R.L.; Ahynarca S.A.; Alto Molino S.R.L.; Ale Hnos. S.R.L.; DTE Lagos S.R.L. y San Ignacio S.R.L; DTE Conevial S.A., Conipa y Transal S.R.L; y El Cóndor S.A. (fs. 203 del expediente principal agregado, al que me referiré en adelante salvo aclaración en contrario).

Las actoras interpusieron dos pretensiones, una de carácter individual y otra de carácter colectivo. En relación con la pretensión individual, alegaron la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la señora Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto. En relación con la pretensión colectiva, fundaron la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de SAETA. A partir de ello solicitaron (i) el cese de la discriminación por razones de género, (ii) la incorporación de Mirtha Sisnero como chofer de colectivo y (iii) el establecimiento de 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 choferes de las empresas operadoras de SAETA (fs. 203 y 203 vta.).

SAETA y AMT opusieron excepciones de falta de legitimación pasiva, que fueron acogidas sin que esta resolución fuera apelada, por lo que ha quedado firme (fs. 626).

La sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala V, de la Ciudad de Salta, hizo lugar a la demanda 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 Mirtha Sisnero 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).

Contra esta sentencia, las empresas interpusieron recurso de apelación (fs. 558). La Corte de Justicia de Salta identificó "síntomas discriminatorios en la sociedad" y observó que "basta detenerse en cualquier parada de colectivos para relevar la nula presencia de mujeres conduciendo estos móviles" (fs. 629). No obstante, revocó la sentencia por considerar que "no se configuró el presupuesto para que prospere el pedido de una orden de cese de discriminación" (fs. 628 vta.). Sostuvo que para tener por configurado un caso de discriminación, la señora Sisnero debió acreditar que contaba con la idoneidad requerida para cubrir el puesto laboral pretendido y que, en igualdad de condiciones, las empresas demandadas habían preferido a otro postulante por el mero hecho de ser hombre (fs. 627). La Corte de Justicia de Salta agregó que la mera omisión de responder a las reiteradas solicitudes de trabajo de Mirtha Sisnero era

insuficiente para tener por configurado un supuesto de discriminación porque las empresas no tenían ningún deber constitucional de responderle (fs. 626 vta. y 627). Sin perjuicio de esto, intimó a las demandadas a presentar ante la AMT los requisitos que exigen para la contratación de choferes, y exhortó al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo provincial a emitir las normas necesarias para modificar los patrones socioculturales de discriminación (fs. 631 vta. y 632).

Contra esa sentencia interpusieron recurso extraordinario federal Mirtha Sisnero y FEM (fs. 662). Argumentan que la sentencia recurrida es contraria al derecho federal que invocan, a saber, la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso al trabajo (artículos 14, 16, 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). Sostienen, a su vez, que es arbitraria porque no tuvo en cuenta prueba aportada por las actoras. En especial, una resolución del Concejo Deliberante de la Ciudad de Salta que acredita que la búsqueda se remonta al menos a una fecha anterior al 12 de junio de 2008 (fs. 20 y 21). Finalmente, alegan que la Corte de Justicia de Salta prescindió de los informes que contienen el listado de personal de las empresas demandadas, de los que surge que, luego de la presentación de la señora Sisnero, contrataron un número considerable de hombres para desempeñarse como choferes, sin siquiera haberla convocado para evaluar su idoneidad.

La Corte de Justicia de Salta denegó el recurso extraordinario (fs. 704) por considerar, en relación con los aspectos formales, que no está dirigido contra una sentencia definitiva, y, en cuanto a los agravios planteados, que las actoras no probaron que haya habido un caso de discriminación. Mirtha Sisnero y FEM interpusieron recurso de queja por recurso extraordinario federal denegado.

El recurso extraordinario es admisible porque en él se cuestiona la inteligencia del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación consagrado en los artículos 16,43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2, 3, 4, 5 y 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer- y la decisión recurrida es contraria a la validez del derecho que las actoras fundan en esas normas (artículo 14, inciso 3, de la ley 48). La atribución de arbitrariedad al pronunciamiento impugnado está unida inescindiblemente a la cuestión federal planteada. Ambos agravios serán tratados, por ello, conjuntamente (cf. Fallos: 321:703; 321:2764; 330:2206).

El tribunal superior provincial ha denegado el recurso, en parte, sobre la base de la doctrina de la Corte Suprema según la cual las sentencias que rechazan una acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria no son, en principio, sentencias definitivas en el sentido del artículo 14 de la ley 48 (cf. Fallos: 311: 1357; 330:4606).

La Corte Suprema, sin embargo, ha hecho excepción de esa doctrina declarando formalmente admisibles recursos extraordinarios en casos similares a éste (cf. Fallos: 329:2986; 331:1715). También ha equiparado las sentencias que rechazan una acción de amparo a las definitivas cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior en virtud de que -como ocurre en las presentes actuaciones- las instancias anteriores ya resolvieron sobre el fondo del asunto, volviendo ilusoria la posibilidad de que la actora pueda acudir a otra vía procesal (cf. "Federación Argentina de Colegios de Abogados", F.75.XLN, del 10 de abril de 2012, Dictamen del Procurador General de la Nación, Sección III, al que V.E. se remitió).

Por ello, opino que debe ser acogida la queja y declarado admisible el recurso extraordinario interpuesto.

En estas actuaciones, está en juego la determinación del alcance del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres en el ámbito de la selección de personal para ocupar puestos de trabajo. A su vez, se debate qué obligaciones generan esos derechos en las empresas demandadas -que agotan el mercado correspondiente al servicio de transporte público de pasajeros en la ciudad de Salta- en el contexto de un mercado laboral segregado en perjuicio de las mujeres.

Mirtha Sisnero es una mujer salteña que quiere trabajar como chofer de colectivos. Con ese objetivo, completó todos los trámites reglamentarios exigidos para desempeñarse como tal, incluidos los cursos y exámenes correspondientes para obtener la licencia para conducir transportes urbanos "D.23" en la Ciudad de Salta. Desde el 14 de marzo de 2008, cuenta además con el carnet "D.24" que la habilita como chofer de transporte interurbano y de larga distancia (cf. Informe de la oficina de licencias de conducir que obra a fs. 450).

Desde hace más de cinco años, la señora Sisnero ha intentado, activa pero infructuosamente, ser contratada como chofer en alguna de las siete empresas operadas por SAETA. Se presentó para solicitar trabajo ante las siete empresas demandadas, solicitó la mediación de SAETA (fs. 18), denunció su caso y solicitó la intervención de distintos funcionarios provinciales y nacionales (fs. 22 a 30, entre otras), así como del Concejo Deliberante de la Ciudad de Salta, y radicó una denuncia ante el Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI) (fs. 155).

A partir de estas gestiones, el 12 junio de 2008, el Concejo Deliberante salteño sancionó la Resolución 138 mediante la cual requirió a las empresas de transporte que concedan a la señora Sisnero y a cualquier otra mujer que lo desee "igualdad de oportunidades en el acceso al oficio de chofer de colectivos", solicitó "el cese inmediato de cualquier acto de discriminación" y dispuso notificar a cada una de las empresas demandadas mediante el envío de una copia (fs. 20 y 21).

El 29 de diciembre de 2008, Mirtha Sisnero reiteró el pedido para ser contratada como chofer ante las empresas demandadas, al que adjuntó su currículum vitae y fotocopia del carnet de conducir habilitante (fs. 37 a 43). En febrero de 2009, intimó a cada una de las empresas demandadas para que adopten medidas de acción positiva en aras de asegurar un número equitativo de hombres y mujeres en el plan tel de choferes, y dispongan su incorporación como chofer (fs. 72 a 154). La señora Sisnero no obtuvo respuesta.

Por otro lado, de las nóminas de empleados incorporadas al expediente surge que en las empresas demandadas no hay mujeres contratadas como chofer de colectivos (fs. 232 a 234, El Cóndor S.A; fs. 257, Tadelva S.R.L.; fs. 270, Alto Molino S.R.L; fs. 279 y 280 Ahynarca S.A; fs. 292, San Ignacio S.R.L; fs. 293 Lagos S.R.L.; fs. 294 Ale Hnos. S.R.L; fs. 296 Transal S.R.L.). A su vez, está probado que con posterioridad al 12 de junio de 2008, fecha de la citada resolución del Concejo Deliberante, todas las empresas demandadas continuaron contratando exclusivamente hombres para desempeñarse como choferes (fs. 257 y fs. 379, Tadelva S.R.L.; fs. 272 y 389 vta. Alto Molino S.R.L.; fs. 292, San Ignacio S.R.L.; fs. 293, Lagos S.R.L.; fs. 294, Ale Hnos. S.R.L; fs. 361 y 362, Transal S.R.L; fs. 366, El Cóndor S.A.; fs. 51, 52 y 53 del expte. 261.463/09, Ahynarca S.A). Ello se ve corroborado por el informe aportado por la AMT del que surge que algunas de esas empresas continuaron con tratando exclusivamente choferes hombres aun luego de iniciado este juicio (fs. 51, 52 y 53 del expte. 261.463/09

agregado).

Las múltiples gestiones realizadas derivaron en que tanto el Ministro de Trabajo de la provincia de Salta (fs. 409) como la Responsable del Área Municipal de la Mujer (fs. 317) efectuaran recomendaciones a las autoridades de transporte o a las empresas operadoras de SAETA en favor de la señora Sisnero.

Asimismo, el reclamo encarado ha recibido múltiples adhesiones de organizaciones de la sociedad civil y de la Universidad Nacional de Salta (fs.349) y ha sido objeto de varios amicus curiae, entre ellos del INADI, a lo largo del expediente (obran por cuerda separada como anexo).

El derecho a la igualdad y a la no discriminación está consagrado en los artículos 16 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este derecho implica que el Estado no puede tener en su ordenamiento regulaciones discriminatorias, pero, además, que debe asumir una actitud activa para combatir las prácticas discriminatorias (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 88). Pues, la discriminación no solo se produce cuando existen normas o políticas que excluyen a un determinado grupo, sino también por comportamientos que puedan tener efectos discriminatorios.

En principio, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima corresponde analizar su razonabilidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 89; Fallos: 332:433, considerando 5°), esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si esa distinción es un medio adecuado para alcanzar esos fines (Fallos 327:3677, considerando 12°). Sin embargo, cuando las diferencias de trato están basadas en categorías "específicamente prohibidas" o "sospechosas" --como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa, o el origen social o nacional- corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (cf. Fallos: 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433; y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecida en precedentes tales como "United States v. Carolene Products Co." 304 U.S. 144, del 25 de abril de 1938, en particular, pág. 152, n. 4; "Toyosaburo Korematsu v. United States" 323 U.S. 214, del 18 de diciembre de 1944; y "Graham v. Richardson" 403 U.S. 365, del 14 de junio de 1971, y sus citas). En estos casos, se invierte la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (Fallos: 332:433, considerando 6° y sus citas).

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los 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. Desde este punto de vista, el género constituye una categoría sospechosa.

La discriminación en razón del género está prohibida en la Constitución Nacional y en los tratados con jerarquía constitucional (artículos 37, y 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional; 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). Esta extensa protección responde al hecho de que 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). La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer consagra de forma expresa el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar el derecho a las mismas oportunidades (artículo 11; en igual sentido, Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo).

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. y se extiende tanto respecto de aquéllos casos en que la situación discriminatoria es el resultado de las acciones y omisiones de los poderes públicos como cuando es el resultado del comportamiento de los particulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 104). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer advirtió que los Estados parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer deben garantizar, a través de los tribunales competentes y de la imposición de sanciones u otras formas de reparación, que la mujer esté protegida contra la discriminación cometida tanto por las autoridades públicas como por las organizaciones, las empresas y los particulares (Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, párr. 7).

En el marco de las relaciones laborales, la Corte Interamericana ha re saltado que "los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares" (Corte Inter americana de Derechos Humanos, OC 18/03, párrs. 139). 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 solo de la autoridad" (Fallos: 241:291, considerando 3).

En el contexto normativo descripto, cuando una persona --como Mirtha Sisnero- solicita ser empleada en una posición laboral cuyo mercado se encuentra absolutamente segregado sobre la base de una categoría sospechosa a la que ella pertenece, su derecho constitucional a la igualdad hace pesar sobre la decisión de no contratarla una presunción de invalidez que deberá ser desvirtuada por el empleador. Para desvirtuar esa presunción las empresas demandadas debían acreditar que la exclusión de la señora Sisnero respondía a un fin legítimo, y que la diferencia de trato en perjuicio de la actora era el medio menos restrictivo para alcanzarlo.

En este caso, las empresas demandadas no revirtieron esa presunción. Por el contrario, el comportamiento de las empresas consistió en ignorar sistemáticamente la postulación de la señora Sisnero quien ni siquiera fue convocada a una entrevista para competir por los puestos en los que, finalmente, contrataron hombres. De este modo, no han evaluado siquiera su idoneidad para el cargo. Este comportamiento se mantuvo, incluso, luego de que el Concejo Deliberante salteño adoptó la Resolución 138 que advirtió a las empresas sobre la existencia de un estereotipo discriminatorio y la situación particular de Sisnero, y, en algunos casos, durante el trámite del juicio de amparo.

Por otra parte, la defensa planteada por las empresas demandadas con relación a la falta de experiencia

en el ejercicio de ese oficio por parte de la actora tampoco desvirtúa la presunción de invalidez. En efecto, dicha falta de experiencia se produce, justamente, a raíz del estereotipo de género que las ha excluido históricamente del oficio de chofer de colectivos. La justificación de cualquier decisión de contratación en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de estereotipos y nociones fijas y arcaicas acerca de los roles y las habilidades de los hombres y las mujeres (cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, "Mississippi University for Women v. Hogan", 458 U.S. 718, del 1° de julio de 1982, sección II y sus citas).

Por último, cabe notar que exigir --como hace la sentencia recurrida- la constatación de un motivo discriminatorio explícito ofrecería una protección demasiado débil del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación, ya que volvería casi imposible la acreditación de que se configuró un caso de discriminación. Como lo ha destacado la Corte Suprema, los prejuicios discriminatorios dominantes operan normalmente de modo inconsciente en el comportamiento de los individuos. 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 (Fallos: 334:1387, considerando 9°).

Por lo tanto, las empresas demandadas no han cumplido con la carga de desvirtuar la presunción de ilegitimidad que pesaba sobre la política de contratación aquí cuestionada, que implica una diferencia de trato basada en una categoría sospechosa. Esto permite tener por acreditada una violación del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de la señora Sisnero. Como consecuencia, las empresas deberán considerar su postulación en la próxima vacante como chofer. En tal oportunidad, a la hora de evaluar su idoneidad, y aceptar o rechazar su postulación, deberán ajustar su comportamiento a las pautas descriptas.

Ahora bien, el caso bajo análisis también revela la violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación en una dimensión colectiva, que excede el interés particular de la señora Sisnero como afectada directa. Esta afectación es la que funda la pretensión colectiva introducida en la demanda.

En efecto, el comportamiento de las empresas demandadas, en cuanto contribuye a mantener un mercado laboral sesgado por un estereotipo de género, proyecta consecuencias disvaliosas cuya reparación no se agota con la subsanación de la discriminación que sufrió la señora Sisnero en particular. Por el contrario, requiere la adopción de otras medidas tendientes a revertir el efecto discriminatorio verificado en la política de contratación de choferes de transporte urbano de pasajeros.

Este estereotipo de género surge con evidencia en el caso pues, de acuerdo a listados de personal obrantes en autos (detallados en el punto IV), las empresas no cuentan con personal femenino en su planta de choferes. Esto se ve reafirmado por la siguiente declaración del titular de la empresa Ale Hnos. S.R.L, que surge de una nota de prensa (agregada a fs. 564): "Esto es Salta turística y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias, sostuvo el empresario, entre risas [...]. Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos".

El compromiso constitucional con la igualdad importa un rechazo categórico de las instituciones o prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desaventajados, y la obligación -correlativa al derecho de los desfavorecidos por esas prácticas o instituciones- de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales (cf. Owen M. Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5 [1976], págs. 107 ss.; también, *A Community of Equals*,

Boston, Beacon Press, 1999; y, en especial, en relación con la discriminación en contra de las mujeres, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrs. 71, 74, 75 y 77, y sus citas). En su faz colectiva, el derecho a la igualdad exige que el mercado laboral cuestionado sea modificado en la dirección de la igualdad e impone a los actores responsables por la conformación de este mercado -entre ellos, los responsables por las contrataciones- el deber correlativo de modificarlo.

Esta situación reclama la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican. La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer prevé este tipo de medidas en su artículo 4. El Comité respectivo ha destacado que dichas medidas tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil. En pos de ese objetivo, las medidas pueden consistir en programas de divulgación o apoyo, reasignación de recursos, trato preferencial, determinación de metas en materia de contratación y promoción y sistemas de cuotas (Recomendación General 25, párr. 22). En concreto, el Comité ha recomendado a los Estados que deben hacer mayor uso de medidas especiales de carácter temporal en materia de empleo tendientes a lograr la igualdad (Recomendación general 5 y 25, párr. 18). Asimismo, en sus Observaciones Finales para la Argentina del 16 de agosto de 2010, expresó su preocupación "por la persistencia de la segregación ocupacional" (párr. 35) e instó al Estado a "que adopte todas las medidas necesarias para alentar a la mujer a buscar empleo en disciplinas no tradicionales" (párr. 36).

Por lo tanto, es ineludible que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres en la planta de choferes. Entre tales medidas pueden figurar la realización de campañas y convocatorias dirigidas a las mujeres, el establecimiento de metas progresivas de incorporación de mujeres, el cupo femenino y la difusión de la sentencia. Además, es necesario que desarrollen mecanismos de articulación con la Autoridad Metropolitana de Transporte, a los fines de implementar programas que faciliten la incorporación de la mujer, y para que sean identificados los requisitos de cada empresa para la incorporación de choferes, los mecanismos de convocatoria, los criterios de selección y las vacantes disponibles.

A su vez, tal como lo ha destacado la propia decisión de la Corte de Justicia de Salta, en el caso se ventila un asunto de trascendencia institucional y social que amerita la exhortación a las autoridades públicas. Siguiendo la doctrina de la Corte Suprema (Fallos: 335:197) también corresponde instar a que los poderes ejecutivo y legislativo de la provincia adopten medidas propias dirigidas para revertir la discriminación por género. Entre dichas medidas cabe destacar programas específicos desarrollados al efecto, campañas de información y capacitación laboral, la confección de listados y/o registros de mujeres en condiciones de desempeñarse como chofer, así como la puesta en práctica de acciones articuladas con las empresas prestadoras del servicio.

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto y dejar sin efecto la sentencia impugnada a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 24 de junio de 2013.

ES COPIA — ALEJANDRA MAGDALENA GILS CARBÓ.