

Salta, 14 de octubre de 2020

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**FARFAN, Yone Mabel y FORO DE MUJERES POR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES vs. DIRECCION GENERAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO y MINISTERIO DE GOBIERNO, DERECHOS HUMANOS y JUSTICIA de la PROVINCIA DE SALTA s/ Amparo Colectivo**", Expte. N° 24003/19 de este Juzgado de Minas, y _____

_____ **RESULTANDO** _____

_____ I) A fs. 129/165 se presentan la señora Jone Mabel Farfán y el Foro de Mujeres por la Igualdad de Oportunidades, con el patrocinio letrado del Dr. Ramiro Javier Ulivarri, e interponen demanda de amparo colectivo contra la Dirección General del Servicio Penitenciario y el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia de la Provincia de Salta, en defensa de derechos humanos y derechos individuales homogéneos del colectivo de mujeres que se desempeñan como agentes del Servicio Penitenciario de Salta, en situación de revista en actividad de acuerdo con el artículo 54 inciso a de la Ley 5639, con el objeto que el Servicio Penitenciario no siga ejecutando actos de discriminación y violencia de género en contra del colectivo actor. En el subíndice 50 bajo el título determinación concreta de las medidas peticionadas describe el objeto de la demanda. _____

_____ En primer lugar pide medidas de alcance individual o particular solicitadas a favor de la señora Yone Mabel Farfán, con la finalidad de remover los obstáculos impuestos por la administración que impiden que la actora concurse por el grado de Prefecto, en el procedimiento de calificaciones y ascensos. Puntualmente pide la ratificación del ascenso al grado de Subprefecto, que fue otorgado por Resolución N° 025-17 de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios; se ordene la participación de la señora Yone Mabel Farfán en el procedimiento de calificaciones y ascensos del año 2019; se disponga que la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios lleve adelante el procedimiento de ascenso al grado de Prefecto del año 2019; que se conforme la Junta Superior ad hoc para evaluar la cues-

ción objeto de este proceso con el titular de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios, el titular de la Subsecretaría de Políticas de Género, y una mujer policía con el grado de Comisario General; que el sumario administrativo no sea considerado como antecedente en la calificación, ni configure impedimento para que la señora Yone Mabel Farfán participe del concurso, ni tampoco afecte su propuesta y otorgamiento del grado de Prefecto; se considere y califique como antecedente el Protocolo para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el personal del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta; se determine que la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios será competente para tramitar el sumario administrativo; que el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia otorgue el ascenso al grado de Prefecto como excedente; y finalmente que el Observatorio de Violencia contra la Mujer participe en el sumario administrativo._____

_____ En cuanto a las pretensiones colectivas, explican que las medidas de alcance colectivo fueron oportunamente sistematizadas en la propuesta que denomina “Protocolo para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer en el Personal del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta”, las que detalla como la fijación de cupo femenino en los cargos de la plana mayor del Servicio Penitenciario Provincial, el que piden sea del 50 % en los ocho cargos que componen la Plana Mayor, previstos en el artículo 10 de la Ley 5639; cupo femenino en la conformación de la Junta Superior de Calificaciones en el 50 % de sus miembros; cupo femenino en la conformación de las Juntas de Calificación para oficiales, suboficiales, ascensos y eliminaciones extraordinarias en un 50 %; orden de mérito vinculante, con paridad de género en el otorgamiento de ascensos; excusación y recusación de los miembros de las Juntas de Calificaciones; se ordene la realización de un informe anual al Observatorio de Violencia contra las Mujeres sobre el cumplimiento de las medidas solicitadas; piden que se fije plazo para poner en vigencia las medidas; también piden paridad de género en los nombramientos del Director General y Subdirector General del Servicio Penitenciario._____

_____ En el relato de los hechos dicen que en el sistema penitenciario siste-

máticamente se les impide a las mujeres ascender a los grados más altos de la jerarquía penitenciaria como así también acceder a los cargos de Plana Mayor. Enuncia los aspectos colectivos de los hechos diciendo que se impone un techo de cristal que obsta a las agentes penitenciarias mujeres ascender a los grados superiores de la jerarquía, a los cargos de la Plana Mayor y acceder a los órganos de conducción del Servicio Penitenciario. _____

_____ Afirman que ninguna mujer detenta los grados superiores de la jerarquía penitenciaria, y que hasta diciembre del 2018 de los ocho cargos que conforman la Plana Mayor, solamente uno estaba ocupado por una mujer, quien se encontraba a cargo de la Dirección del Régimen Correccional, cargo que reviste particularidades que ponen de manifiesto discriminación de género, por ser el único cargo con designación interina, porque la designada pertenecía al escalafón profesional y técnico por ser psicóloga, con lo cual no pertenecía al escalafón penitenciario como dispone el artículo 46 de la ley 5639.

_____ Expresan que en el año 2018 tres mujeres del escalafón penitenciario eran oficiales superiores con el grado de subprefecto, individualizándolas como Cristina Reyes, Griselda Caballero y Yone Mabel Farfán, y ninguna fue considerada para ocupar cargos de la plana mayor, criterio que no es empleado en el caso de ser hombres ya que los designan aunque sean oficiales jefes. Sostienen que sobre un total de ocho cargos, cinco se encontraban en esa situación, la Dirección de Régimen Correccional estaba ocupada interinamente por un subalcaide del escalafón técnico y profesional, la Secretaría General estaba ocupada interinamente por un alcaide del escalafón técnico y profesional, el Departamento de Sanidad estaba ocupado por un subalcaide, la Secretaría General estaba ocupada por un alcaide y la Asesoría Letrada estaba ocupada por un subalcaide y afirman que el mayor acto de discriminación se produjo al nombrar al Subdirector General del Servicio Penitenciario, en cuyo cargo se nombró al Dr. Mena quien revestía el cargo de Oficial Subalterno que es el escalafón más bajo de los diferentes agrupamientos que componen los oficiales del personal superior, y se lo designó no obstante existir mujeres que detentaban el grado de Subprefecto. Concluyen que en toda la historia del Servicio

Penitenciario de Salta nunca una mujer fue designada en el cargo de Director o Sub Director General. _____

_____ Luego de dar repaso a las irregularidades que atribuyen al sumario administrativo seguido contra la señora Yone Mabel Farfan, y el desarrollo del expediente judicial tramitado por ante el Juzgado de Violencia Familiar y de Género de Segunda Nominación, caratulado “Farfan, Yone Mabel vs. Daza, Juan Alberto, Mena, Benito Cayetano – Violencia de Genero”, Expte. N° 637522/18, explican que la actora advirtió que la discriminación y violencia de género de la cual era víctima, no se circunscribía a su persona, sino que afecta a todo el colectivo de mujeres agentes penitenciarias, y por eso propuso una serie de medidas de acción positiva que las sistematizó en lo que denominó “Protocolo para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el personal del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta”. En estas medidas se adecua el Reglamento de Calificaciones, Ascensos y Eliminaciones del Personal del Servicio Penitenciario de la Provincia al Bloque de Constitucionalidad Federal. Afirman que el Decreto N° 1108/85 es un acto administrativo de carácter general, por lo que consideran que el Poder Ejecutivo tienen la plena potestad de poner el Protocolo propuesto en vigencia mediante un acto de similares características. _____

_____ Relatan que la señora Farfán presentó en el año 2018 el proyecto de Protocolo ante el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia, la Secretaría de Derechos Humanos y el Observatorio de Violencia contra las Mujeres, sin que ninguno de los organismos resolviese sobre la validez del Protocolo como herramienta para cumplir con la manda judicial dispuesta en los autos “Farfan, Yone Mabel contra Daza, Juan Alberto y Mena, Benito Cayetano – Violencia de Genero”, Expte. N° 637.552/18. _____

_____ Afirman que las medidas solicitadas tienen fundamento jurídico en la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Recomendación N° 25 del Comité de la CEDAW, el artículo 87 de la Constitución de la Provincia de Salta, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, la Convención de Belem do Pará, la ley 26.485, 23.592, la Declaración Sociolaboral del Mercosur del año 2015, la Declaración Universal de Derechos Humanos. _____

_____II) A fs. 210/221 se presenta Juan Alberto Daza, en su calidad de Director del Servicio Penitenciario de Salta, con el patrocinio letrado del Dr. Cristian de la Rosa. Niega que exista en el caso lesión alguna que justifique el presente amparo, ni tampoco arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, destaca el sentido restrictivo del amparo y de las vías paralelas previstas por el Reglamento de Reclamos y Recursos para el personal penitenciario de la Provincia de Salta. _____

_____Niega que en el caso se configure discriminación de género y violación de los derechos de la amparista y del colectivo cuya defensa asumen las accionantes. _____

_____ Afirma que la supuesta violación a los ascensos y acceso a los grados, cargos superiores, y de conducción, tanto a la amparista como al colectivo, resulta totalmente falaz y malicioso por una parte y por otra de un total desconocimiento a la normativa penitenciaria y administrativa, ya que la propia actora ostenta el grado de Subprefecto, grado que alcanzó mediante Resolución 70/18, del Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia, alcanzando así el primer escalón de oficiales superiores de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del Decreto 1108/85 inciso 1. Relata que el ascenso de los oficiales al grado inmediato superior lo otorga el Ministerio de Gobierno, previo asesoramiento de la Junta de Calificaciones correspondiente de conformidad con el artículo 73 de la ley 5639/80, siendo entonces el acto emitido por la Junta un acto administrativo preparatorio, de lo que infiere que es incorrecto sostener que fue la Junta quien resolvió no otorgarle el ascenso. Consideran que es también una equivocación que las únicas condiciones para el ascenso al grado inmediato superior es la temporalidad y las calificaciones anuales del periodo a tratar, ya que el Decreto 1108/85 en la sección II artículo 28 y 29 enumera una serie de requisitos, lo que se complementa con el artículo 74 que dice que cuando se considere la selección de oficiales jefes se tendrá en

cuenta el desempeño en el mando efectivo de Unidades Penitenciarias, con tropa, o en los organismos que ha tenido a sus órdenes y la importancia y responsabilidad de los cargos que se le hayan asignado, y también se valorará para los oficiales superiores las facultades que posean para la dirección y conducción superior, particularmente su personalidad reflejada en el prestigio. ____

_____ Puntualiza el informe los motivos por los que la Junta de Calificaciones y Ascensos en relación a la señora Farfán concluyó que se encontraba apta para el ascenso al grado superior, pero que no ascendió por falta de vacantes. En cuanto a la alegada arbitrariedad que impide el ascenso a grados superiores y cargos del personal femenino del Servicio Penitenciario relata que la cantidad de personal femenino en el Servicio Penitenciario es menor que el masculino, por la razón de que los internos hombres son 3.430 y 220 son mujeres, y que en la actualidad la Sub Prefecto Griselda de los Ángeles Caballero ascendió al grado de oficiales superiores, habiendo sido designada como Directora del Cuerpo Penitenciario integrando la Plana Mayor, la Alcaide Mayor Carolina Martínez desempeña el cargo de Secretaria General del Servicio Penitenciario integrando también la Plana Mayor; destaca asimismo que las direcciones de distintas unidades carcelarias también se encuentran cubiertas por personal femenino con el cargo de Directoras, como la Directora de la Unidad Carcelaria N° 6 Cristina del Carmen Reyes, la Subprefecto Marta Susana Padilla es Directora de la Unidad Carcelaria N° 9, la Subprefecto contadora Alejandra del Valle Garbal y la Directora de la Unidad Carcelaria N° 4 Alcaide Mayor Carla Sosa. _____

_____ En cuanto a la designación de Directores Generales y Subdirectores Generales, sostiene que dichos cargos son políticos y su designación es facultad exclusiva del Gobernador de la Provincia. _____

_____ Afirma que el sumario administrativo ha sido tramitado de conformidad con la normativa vigente. Concluye que no se reúnen en el caso los recaudos de procedencia de la acción intentada y que no se afectan los derechos individuales y colectivos que se invocan en este proceso, pone en conocimiento que por Disposición N° 554/19 del 30 de abril de 2019 se conformó la Comi-

sión Reformadora de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario a fin de adaptar la misma a la realidad imperante. _____

_____ A fs. 224 se tuvo por decaído el derecho dejado de usar por la code- mandada, Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia, y se requirió informe circunstanciado a Fiscalía de Estado. _____

_____ A fs. 319/330 se presenta la Dra. Cinthia Vanesa Elias en su calidad de apoderada de la Provincia de Salta, con el patrocinio letrado del Dr. Alberto Daud, y contestan el traslado del amparo colectivo, solicitando el rechazo de la acción en todas sus partes, con costas. _____

_____ Niega los supuestos de procedencia formal y sustancial de la acción y, en cuanto a las pretensiones individuales y colectivas destaca que pueden resultar contradictorias, en tanto la resolución del caso particular de la Subpre- fecto Farfán podría resultar ser urgente y expedita, mientras que la pretensión colectiva conlleva un proceso complejo que es difícil de tramitar por la vía del amparo sin desbordarlo. _____

_____ Respecto de las medidas de carácter colectivo, en primer lugar sobre la implementación del Protocolo para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el personal del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta, dice que resulta menester considerar que lo solicitado implica un procedimiento administrativo sujeto a consideración de diversos órga- nos, en el que se produce un análisis integral, tanto de factibilidad de imple- mentación práctica como también jurídica, el que luego requiere aprobación por parte del Gobernador de la Provincia mediante decreto, por ser un acto de carácter reglamentario. _____

_____ Afirma que, de las medidas requeridas algunas dependen de una de- cisión política, como es el caso de la determinación de un cupo femenino para los cargos de la Plana Mayor, resultan discrecionales de quien ejerza la Direc- ción General; también es el caso de la determinación de un cupo femenino en la conformación de la Junta Superior de Calificaciones, ya que su integración dependerá de quienes designe el Gobernador de la Provincia; respecto del cupo femenino para la conformación de la Junta de Calificación para Oficia-

les, sub Oficiales, Ascensos y Eliminaciones Extraordinarias dice que las Juntas son dinámicas ya que se designan para cada ascenso en particular y cada calificación anual, y que siempre se nombran mujeres como integrantes de las mismas, las cuales en proporción se encuentran debidamente representadas, destaca que la fuerza efectiva del Servicio Penitenciario se encuentra integrada por 2.973 agentes penitenciarios en total de los cuales 2.224 son hombres para una población penitenciaria conformada por 3.210 internos de igual género, mientras que existen 749 penitenciarias mujeres para una población de 220 mujeres en calidad de internas, porcentaje que se refleja en las juntas de calificaciones en las que al menos tres de siete integrantes son penitenciarias mujeres como sucedió por ejemplo en las Disposiciones N° 1.345/16, 1.365/17, 1.590/17 en las que participó la subprefecta Farfán; respecto de la paridad de género en los nombramientos del Director General y Sub Director General del Servicio Penitenciario, afirma que es facultad exclusiva del Poder Ejecutivo Provincial de acuerdo a lo establecido en los artículos 5 y 6 de la Ley 5639._____

_____Respecto de las restantes medidas de carácter colectivo, como es el caso del orden de mérito vinculante con paridad de género en el otorgamiento de ascensos, afirma que las condiciones objetivas y subjetivas para los ascensos están fijadas por la ley y condicionadas por las vacantes existentes para cada escalafón, razón por la cual se establece el orden de méritos sin influir el género de cada uno, sino su aptitud para no generar distinciones en donde la ley no las efectúa; en cuanto a la excusación y/o recusación de los miembros de las Juntas de Calificaciones actuales sostiene que esta direccionado específicamente a las pretensiones individuales de la subprefecto Farfán; sobre el informe anual del Observatorio del Violencia contra las Mujeres, afirma que se trata de un ente autárquico y que la intervención requerida debería ajustarse a alguna de las facultades que integran el artículo 3 de la ley._____

_____ En cuanto a las medidas de carácter individual pide que se declare abstracta la cuestión referida a la ratificación del ascenso al grado de Subprefecto de Yone Mabel Farfán, ya que con fecha 11 de enero de 2018 se emitió la Resolución Ministerial N° 70/18 la que con carácter constitutiva de estado,

designa a la Subprefecto Farfán, y que, siendo que para acceder al cargo de Prefecto debe haber cumplido el tiempo mínimo de tres años en el cargo de subprefecto, no es posible que se otorgue el ascenso en carácter de excedente, sin que se hubiese tachado de inconstitucional la norma que así lo dispone._____

_____ Realiza consideraciones especiales de acciones positivas ejercidas por la administración, tales como la Comisión Revisora de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, la revocación del pase a disponibilidad de la Subprefecto Yone Mabel Farfán, la afectación de la Subprefecto a ejercer tareas en la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios teniendo como misión principal coordinar la comisión de modificación de la Ley Orgánica, la revocación de la designación como Subdirector del Servicio Penitenciario de la Provincia del Dr. Benito Cayetano Mena a través de Decisión Administrativa N° 04/2019._____

_____III) A fs. 347/348 se celebró audiencia de conciliación donde las partes acordaron respecto del reclamo individual de la señora Yone Mabel Farfán que sería dictado por parte del Ministro de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia el acto administrativo de reconocimiento de la antigüedad en el grado de Sub Prefecta de la señora Farfán, con fecha de inicio a partir del día 1 de enero de 2017, de conformidad a lo dispuesto en la Resolución de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios N° 025/17, y que el sumario administrativo tramitaría con el avocamiento de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios, y que ello no implicaría un obstáculo para la participación en concursos en el grado de prefecto, ni afectaría su puntaje o calificación hasta su resolución. En cuanto a las pretensiones colectivas, la parte demandada hizo conocer la existencia de un Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario en cuya redacción participó la señora Farfan, acordando en esta audiencia que también participaría en el proceso el Foro de Mujeres por la Igualdad de Oportunidades. También convinieron que en el plazo de 15 días hábiles presentarían ante el juzgado un texto en el que reunirían los puntos de acuerdo sobre las prácticas a llevarse a cabo en el procedimiento de selección del personal del Servicio Penitenciario,

texto que debía satisfacer los recaudos mínimos con los que deben interpretarse las normas vigentes a la luz de los tratados y convenciones vigentes. _____

_____ A fs. 355 las amparistas presentaron un proyecto de acuerdo de conciliación, y a fs. 367 se agregó por parte de las accionadas las líneas de acción para la integración de la perspectiva de género en el Servicio Penitenciario Provincial efectuadas por la Subsecretaría de Políticas de Género y, a fs. 372/373 se agrega la resolución N° 1.421 del Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia por la que rectificó el Anexo Adjunto a la Resolución Ministerial N° 70 excluyendo a la señora Yone Mabel Farfán, y se ratificó la Resolución N° 25/17 de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios autorizando el ascenso de la Alcaide Mayor Yone Mabel Farfán al grado inmediato superior de Subprefecta en calidad de excedente y a partir del 01 de enero de 2017. _____

_____ A fs. 417/420 la Provincia de Salta acompaña la Resolución N° 022/19 de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios mediante la cual se resolvió el sumario administrativo N° 0080050-249042/2018-0, dictándose la nulidad absoluta e insanable de lo actuado por la administración desde la providencia de imputación. _____

_____ A fs. 426 y 434 se abrió el proceso a prueba y se ordenaron los pedidos de informe ofrecidos por la parte actora. A fs. 445/482 el Subdirector General del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta respondió el informe requerido en el oficio de fs. 436; a fs. 490/516 se agregó el informe de la Subsecretaría de Proyectos y Sistemas; a fs. 526/528 obra informe del Ministro de Seguridad de la Provincia. _____

_____ A fs. 541 se pusieron los autos para alegar para la parte demandada, reservándose los alegatos a fs. 544. _____

_____ A fs. 547/551 dictamina el Sr. Fiscal Civil N°1, quien en primer lugar concluye que no habiéndose acreditado incumplimiento de la normativa en el régimen de ascensos y designaciones no puede tenerse por acreditada la práctica discriminatoria alegada. Luego afirma que las medidas de alcance colectivo que las amparistas solicitan, exceden la esfera de la acción de la justi-

cia que no puede pronunciarse sobre principios generales, ni establecer normas generales y abstractas, por lo que entiende que deben rechazarse las pretensiones colectivas, lo que –afirma– no obsta al dictado de una sentencia exhortativa para que en el adecuado ámbito de debate y decisión se emitan las normas que exige una política pública que garantice la igualdad real de derechos entre hombres y mujeres de acuerdo a la ley 26.485, la Constitución Nacional y los Tratados, a fin de evitar futuras vulneraciones al derecho de igualdad de las mujeres.

A fs. 553 se llaman autos para sentencia y a fs. 559 vta. pasan estos autos a despacho.

CONSIDERANDO

I) a) *La acción de amparo*: En primer lugar, corresponde analizar la pertinencia de la vía escogida.

El artículo 87 de la Constitución de la Provincia de Salta establece que “la acción de amparo procede frente a cualquier decisión, acto u omisión arbitrarios o ilegales de la autoridad, excepto la judicial, o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícitos o implícitos de esta Constitución, tanto en el caso de una amenaza inminente cuanto en el de una lesión consumada, a los fines del cese de la amenaza o del efecto consumado”.

Tiene dicho la Corte de Justicia de Salta que “a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además, que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (cfr. esta Corte, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127:315, entre otros)” (CJS Tomo 221:897/910).

El amparo exige entonces para su apertura, circunstancias muy parti-

culares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño grave sólo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, pues la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. doctrina de la CSJN en Fallos, 305:2237; 306:788, entre muchos otros; criterio seguido por la CJS en Tomo 221:897/910).

_____ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho “Siguiendo a Juan Francisco Linares, que la razonabilidad y la justicia de una ley está dada cuando ella se traduce en la mejor posibilidad de entendimiento colectivo con el menor sacrificio de derechos, concepción que es la que mejor armoniza con el principio "*pro homine*", enunciado en los artículos 5 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, según el cual siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos reconocidos por esos jerarquizados textos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, éstas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85).” (CSJN, “Grupo Clarín”, Fallos: 336:1774).

_____ Dado que en el presente caso se dedujo un amparo colectivo, no puede dejar de ponerse de resalto que el artículo 43 de la Constitución Nacional en su segundo párrafo, al referirse al amparo colectivo hace expresa alusión a su empleo para accionar contra actos discriminatorios, al decir que “*podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación* y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines,

registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

_____ Si bien podría afirmarse que la cuestión debatida en autos requiere una vía de conocimiento ordinaria (tal como lo demuestra el tiempo insumido en su tramitación, los planteos y defensas esgrimidos, las pruebas producidas y la dificultad probatoria del caso), y que sería deseable que el legislador provincial regule el trámite de los procesos colectivos que no discurran –por su complejidad- por la vía de amparo, mora que ha sido destacada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Halabi”, y también por la Suscripta en el antecedente registrado al tomo 49 f° 142/160, dictado en los autos “Usuarios y Consumidores Unidos (U.C.U.) Delegación Salta vs. Autoridad Metropolitana de Transporte y SAETA S.A. s/ Amparo Colectivo”, Exp- te. N° 23893/19, que tramitó por ante este mismo juzgado a mi cargo, donde afirmé que la falta de regulación de los procesos colectivos en la provincia de Salta hace que los litigantes opten por la vía de amparo, por ser esta una vía procesal que admite su adecuación a las necesidades del proceso conforme a una recta interpretación de la Constitución (artículo 87 de la Constitución de la Provincia de Salta), sin que la mora legislativa para regular el especial cause que requieren los procesos colectivos pueda implicar, o convertirse, en una negación del acceso a la justicia de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, los que resultan plenamente operativos (cf. fallos CSJN 239:459; 241:291 y 315:1492), por lo que mantengo lo allí dispuesto sobre la admisión de la vía de amparo aun en los casos que -como el presente- requieren una tramitación que supera los cauces propios y típicos del amparo, mientras perdure la falta de regulación de los procesos colectivos, y en virtud del principio *pro actione*, tal como se lo consideró en el transcurso de este trámite.

_____ Asimismo, parece abonar la pertinencia de la aplicación del mencionado principio *pro actione* el texto de la ley N° 7.968 que crea el Registro Público de Procesos Colectivos en la Provincia de Salta, la que en su artículo cuatro dispone que se procederá a la inscripción de “todas las causas de la especie indicada, radicadas ante el Poder Judicial de la Provincia de Salta, cual-

quiera fuese la vía procesal por la cual tramiten y el fuero ante el que estuvieran radicadas”, regulación que se muestra indicativa de la apertura que el legislador (y la Corte de Justicia en tanto el texto de la ley es el fruto de una iniciativa legislativa del Máximo Tribunal Provincial) ha dado para la tramitación de los reclamos colectivos, ello como se dijo, mientras dure en la Provincia la situación de falta de regulación específica para la tramitación de los procesos colectivos._____

_____I) b. Admisibilidad formal de la vía de amparo – falta de agotamiento de la vía administrativa: Al respecto cabe recordar que se ha dicho que el amparo no ha sido instituido para alterar el régimen de competencias establecido para el funcionamiento de los distintos órganos estatales (L.L. 1985.C-140, CSJN Fallos 270:176, 269:187 y 303:419)._____

_____Pero, y coincidiendo con lo dicho acerca del tema por el Dr. Marcelo Ramón Domínguez en los autos caratulados “Carbajal, Adolfo Enrique vs. Municipalidad de Campo Santo - Amparo”, Expte. N° CAM 364545/11, entiendo que “este principio resulta aplicable en la medida que los recursos o remedios utilizables resulten aptos para satisfacer el interés de protección del derecho afectado y no en caso contrario; sin embargo es el particular que se dice agraviado quien debe no sólo afirmar sino probar la insuficiencia de tales articulaciones (E.D. 110-114; L.L. 1986-B-411 y L.L. 1984-C-410). La exclusión del amparo por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (CSJN, 8-7-97, “Mases de Díaz c/ Estado de la Provincia de Corrientes”, CJS Tomo 140: 519/528, considerando 6°)”._____

_____En este caso no resulta atendible el planteo efectuado por el señor Director del Servicio Penitenciario de Salta, Don Juan Alberto Daza, en el escrito de fs. 210/221, ya que la actitud procesal asumida en autos por la institución que representa reafirma la decisión administrativa cuestionada por la señora Yone Mabel Farfán respecto de sus pretensiones individuales. Entonces, remitir el caso a la conclusión del procedimiento administrativo importaría una so-

lución meramente ritual reñida con un adecuado servicio de justicia._____

_____En este orden, Sagüés manifiesta que no es necesario recorrer la vía administrativa previa al amparo si, iniciado directamente éste, la autoridad pública se opone a los argumentos de la actora y sostiene en el juicio de amparo la legitimidad del acto lesivo, ya que lo contrario transformaría el requisito del agotamiento de la vía administrativa en un ritualismo inútil (conf. CFed Resistencia, 23/10/84, en Rev. L.L., 1985-B-90). (...) Y dicha conclusión es acertada, ya que si el poder administrador insiste en sede judicial en la ejecución del acto reputado lesivo, el reenvío de la cuestión a los procedimientos administrativos viene a ser inconducente; y, por ende, el amparo debe ser formalmente considerado (Néstor Pedro Sagüés, Acción de Amparo, Editorial Astrea, Buenos Aires, año 1995, p. 192)._____

_____ II) *Recaudos del proceso colectivo*: La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2009 en el caso “Halabi”, ante la falta de regulación de los procesos colectivos asignó pautas para su trámite a fin de garantizar el debido proceso colectivo y el derecho de defensa de las personas implicadas en él, luego, la Corte de Justicia de Salta con fecha 16 de mayo de 2016 dictó la Acordada N° 12.100 que dispuso remitir como iniciativa legislativa a la Cámara de Diputados de la provincia el proyecto de ley que como anexo formó parte de la misma, haciendo uso para ello de las atribuciones que le confiere el artículo 153, apartado “a”, inciso “e” de la Constitución de la Provincia. Dicho proyecto propuso crear un Registro Público de Procesos Colectivos, estableciendo también algunas líneas reglamentarias para su funcionamiento. Según surge de sus propios considerandos, esta decisión siguió los lineamientos dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Acordada N° 32/14, por medio de la cual se creó y aprobó el reglamento del Registro Público de Procesos Colectivos, así como también lo resuelto en el precedente “Municipalidad de Berazategui vs. Cablevisión S.A.” que diera origen al dictado de dicha reglamentación por el máximo tribunal de justicia del país._____

_____ Esta iniciativa se convirtió luego en la ley N° 7.968, en virtud de la cual se dictó la resolución de fs. 178/181 de estos autos, que hizo mérito de la

legitimación extraordinaria de la asociación actora -en razón de los fundamentos allí expresados referidos a la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Salta impuesta por el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Justicia Provincial- y, de la señora Yone Mabel Farfan (v. punto II) a), de su representatividad adecuada (v. punto II) b), se determinó la conformación de la clase representada (v. punto II) c), se dispuso la forma de publicidad (v. punto III) e), y se procedió a la inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos (v. punto IV).

En lo que respecta a la publicidad del presente proceso, en el dictamen de fs. 168/175 se solicitó expresamente que se asegure la debida publicidad a costa y cargo de la representante colectiva (v. fs. 175), y en la resolución de fs. 178/181 punto III) e) se ordenó hacer conocer a las afectadas la existencia del proceso en la página web de las accionadas incluyéndose de modo visible ante la primera consulta de la página principal (Inicio), una leyenda en la que consten los datos del expediente y el tribunal de tramitación, como también las legitimadas extraordinarias autonominadas como representantes de la clase y el objeto de proceso, también se ordenó – a cargo del Foro de Mujeres por la Igualdad de Oportunidades- la confección de afiches de difusión que contuviesen la misma información que la ordenada para ser publicada en las páginas web de las demandadas, los que fueron remitidos a cada uno de los establecimientos dependientes del Servicio Penitenciario de la Provincia y colocados en lugares visibles.

III) Las pretensiones colectivas: Las amparistas en su escrito de demanda solicitan que se fije cupo femenino en los cargos de la plana mayor del Servicio Penitenciario Provincial, el que piden sea del 50 % en los ocho cargos que componen la Plana Mayor, previstos en el artículo 10 de la Ley 5.639; cupo femenino en la conformación de la Junta Superior de Calificaciones en el 50 % de sus miembros; cupo femenino en la conformación de las Juntas de Calificación para oficiales, suboficiales, ascensos y eliminaciones extraordinarias en un 50 %; orden de mérito vinculante, con paridad de género en el otorgamiento de ascensos; excusación y recusación de los miembros de las Juntas de Calificaciones; se ordene la realización de un informe anual al Observato-

rio de Violencia contra las Mujeres sobre el cumplimiento de las medidas solicitadas; piden que se fije plazo para poner en vigencia las medidas; también piden paridad de género en los nombramientos del Director General y Subdirector General del Servicio Penitenciario._____

_____ Todas estas pretensiones tienen como origen la invocada lesión al derecho colectivo a la igualdad, o su contracara, a la no discriminación en razón del género, derecho que afirman ha resultado ser sistemáticamente vulnerado._____

_____ III) a) Marco jurídico: La discriminación contra la mujer es materia de previsión normativa en los más altos niveles de regulación, así la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) aprobada por ley 23.179 (también su Protocolo Facultativo fue aprobado por ley 26.171) define a la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, en relación a los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” y, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belén do Pará aprobada por ley 24.632, en su artículo 7 impone al Estado el deber de actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar, adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; *tomar todas las medidas apropiadas, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer*; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de

compensación justos y eficaces._____

_____ Por ley 17.677 nuestro país ratificó el Convenio N° 111 de la OIT que en su artículo primero expresa que se entenderá por discriminación “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 la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”._____

_____ A su vez el Estado Argentino en el año 2009 dictó la Ley de Protección Integral a las Mujeres, que en el artículo 19 prevé que las jurisdicciones locales podrán dictar sus normas de procedimiento y adherir el régimen de esta ley. Luego por ley 27.210 se creó el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género a fin de garantizar el acceso a la justicia de las personas víctimas de violencia de género de conformidad a las prescripciones de la ley 26.485. En el año 2019 se aprobó la Ley Micaela N° 27.499 de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, a la cual adhirió la Provincia de Salta por ley 8.139, siendo la autoridad de aplicación el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia. También en la Provincia de Salta se encuentra vigente la ley 7.888 de Protección contra la violencia de género._____

_____ La Asamblea General de la ONU aprobó el 25 de septiembre de 2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, donde se fijó una serie de objetivos a lograr con la finalidad de poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales. Se acordó procurar el universal respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación (Oteiza-Mosmann, Tutela Judicial Efectiva, Rubinzal Culzoni). En el objetivo número 5 se enumera “Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas”, y es respecto de este objetivo

que se han fijado las metas del objetivo 5: 5.1 *Poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo* 5.2 Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación 5.3 Eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina 5.4 Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país 5.5 *Asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública* 5.6 Asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales de sus conferencias de examen 5.a *Emprender reformas que otorguen a las mujeres igualdad de derechos a los recursos económicos, así como acceso a la propiedad y al control de la tierra y otros tipos de bienes, los servicios financieros, la herencia y los recursos naturales, de conformidad con las leyes nacionales* 5.b *Mejorar el uso de la tecnología instrumental, en particular la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el empoderamiento de las mujeres* 5.c *Aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas a todos los niveles.*_____

_____El principio de igualdad ante la ley es materia de protección en diversos instrumentos internacionales incorporados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 7 dice que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 dispone que “todas las personas son iguales ante la ley

y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2º prevé que los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La Declaración Americana sobre los Derechos Humanos en el artículo 24 dispone “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

También el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional recepta el principio de igualdad ante la ley, “la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

III) b) *El género y la efectividad de los derechos*: La palabra género se refiere a los atributos sociales y las oportunidades asociados con ser hombre y mujer y las relaciones entre hombres y mujeres. Estos atributos, oportunidades y relaciones son socialmente construidos y se aprenden a través de los procesos de socialización y cambian en el tiempo. El género determina lo que se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto sociocultural dado, generándose diferencias en las responsabilidades, y oportunidades de toma de decisiones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009 párr. 401) con-

sideró que el estereotipo de género “se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.

_____ La equidad de género es un criterio interpretativo o un principio hermenéutico empleado transversalmente, y en particular en la jurisprudencia, tal como sucedió en la reciente resolución registrada en el Libro de Sentencias Definitivas N° LXXVI, “R., M. C. c/ J., J.L. s/ Daños y Perjuicios extracontractual”, de la Sala II de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Provincia de Buenos Aires (texto íntegro en [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/RMC%20\(causa%20N%C2%B0127098\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/RMC%20(causa%20N%C2%B0127098).pdf); ELDial <https://www.eldial.com/nuevo/archivo-jurisprudencia-detalle.asp?id=52438&base=14>), donde se dijo que “la visión o perspectiva de género consagrada en nuestro derecho no se limita de modo alguno al ámbito legal y judicial sino que es una herramienta que ha adquirido la sociedad en su conjunto”, y citando a Graciela Medina afirmaron que “los jueces tienen el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad; porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socio culturales y en consecuencia no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o de dos empresas, sino que debe juzgar con perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales”, “no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarlas se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática

que es, en definitiva, lo que da origen al conflicto”._____

_____La aplicación de la perspectiva de género como forma de lograr un efectivo acceso a la justicia y así conformar la efectividad de los derechos que se invocan afectados, es una mirada ya generalizada en los tribunales argentinos, tal como surge de la acordada recientemente dictada por la Corte de Justicia de Salta N° 13.171, del 21 de agosto de 2020, por la que adhiere al “Protocolo de Actuación del Observatorio de Sentencias con Perspectiva de Género”, cuyo texto fue aprobado por la Comisión Directiva de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia (Ju.Fe.Jus), esto es suscripto por los representantes de todas las Cortes y Superiores Tribunales del país, a los fines de recopilar las decisiones judiciales dictadas a lo largo y ancho del país que contengan esta perspectiva._____

_____III) c) *Discriminación inversa*: El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional dispone que corresponde al congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”._____

_____ Esta regla que marca –enunciativamente- los supuestos en los que deberán adoptarse medidas de acción positiva, prevé expresamente que deben garantizarse la igualdad de oportunidades, trato y ejercicio de sus derecho a las mujeres y, que para ello, las medidas de acción positiva son el cauce a emplear._____

_____Esta forma de balancear una realidad desajustada respecto de determinadas personas o grupos de personas comprende a todos los poderes del Estado, en tanto es la forma de evitar que las normas sólo sean una declaración contenida en un papel, y que se traduzcan en la consecución efectiva de derechos. Por ello es que los Poderes del Estado debemos hacer lo que nos toca, removiendo los obstáculos que impiden la efectividad de la igualdad en general y de género en particular, reconocida en los instrumentos nacionales e in-

ternacionales tal como se dijo. _____

_____ En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación citando el texto de la CEDAW dijo 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, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer" (Fallos: 337:611). _____

_____ Hitters y Fappiano (La no discriminación contra la mujer, La Ley 22/11/2011, 1 - La Ley 2011-F, 1067; AR/DOC/5696/2011) afirman respecto de la discriminación inversa que "cuando existen patrones o constantes históricas de trato diferente, se intenta corregir esa desigualdad de hecho mediante una diferenciación jurídica, adoptando medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición inferior. Es lo que se conoce como discriminación inversa. Se acude, así, a los llamados "programas de acción afirmativa", cuyo propósito es reparar esas injusticias, abandonando el viejo concepto de igualdad formal para alcanzar una igualdad real de oportunidades. Su origen está dado en haberse comprendido que no es suficiente la sola promulgación de leyes de protección del derecho a la igualdad, sino que resulta necesaria una acción positiva destinada a garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos en la realidad; o sea, además de "facilitar" el disfrute de un derecho, es preciso "hacer efectivo" directamente ese derecho cuando una persona o grupo de personas sea incapaz, por razones ajenas a su voluntad, de lograrlo por los medios a su alcance (arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica). En una

palabra, en ciertos casos no basta con el reconocimiento de los derechos sino que es necesario, también, promoverlos y garantizarlos para que existan realmente; garantías que pueden ser de distinta especie, como ser por ejemplo: a. nulidad de las disposiciones que consagren desigualdades; b. recursos adecuados ante los tribunales; c. imposibilidad de adoptar represalias hacia quienes demanden judicialmente el reconocimiento de sus derechos; etc. No obstante, las medidas de discriminación inversa deben ser razonables. Se señalan como límites a esta política la búsqueda del equilibrio entre los distintos sectores, lo que conlleva a no otorgar derechos excesivos evitando que la medida implique una disminución de oportunidades equitativa a otros, o que trabe la excelencia del servicio, cargo o función, o impedir el corporativismo. En cuanto a la discriminación por razones de sexo, cabe señalar que si bien por lo general no subsisten en los marcos legales, en la realidad suele ocurrir -como vimos- que las mujeres perciban salarios menores a los de los hombres, que no puedan acceder a determinados puestos de importancia, etc. Ello ocurre también en el resto del mundo y en la Argentina, según se desprende de los datos consignados en el informe del Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional. En tal contexto, debe asegurarse a las damas no ser discriminadas en el acceso a puestos de trabajo por su condición, así como a los cargos de mayor jerarquía, como suelen ocurrir en la práctica. A la vez, debe garantizarse también que no sean despedidas por tal razón, que las condiciones de trabajo sean semejantes y, por último, que perciban la misma remuneración que un hombre que realiza una tarea similar. Lo cierto es que la principal limitación a las normas que prohíben la discriminación indirecta en razón del sexo, es que el propio empleador puede defender sus prácticas discriminatorias demostrando que sus acciones están objetivamente justificadas, lo que debe ser valorado por los jueces. Los tribunales tienen que ser rigurosos, ya que las normas que protegen frente a las discriminaciones indirectas tienen por objeto poner en tela de juicio las costumbres tradicionales que poseen un efecto discriminatorio sobre las mujeres. Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesi-

dades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de la libertad. Posibilidad de elección que no se limita ni condiciona al trabajador varón, de modo que la vida pone en evidencia un inequívoco contenido discriminatorio. Por último, si bien es cierto que las Constituciones Nacionales garantizan la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconocen dichas Cartas no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso. La Convención antes analizada, en su art. 4, aclara que la adopción de medidas especiales por parte de los Estados, destinadas a lograr la igualdad de facto entre hombres y mujeres, no es constitutiva de discriminación y que, en todo caso, esas medidas son transitorias. Esto significa que un estatuto jurídico diferenciado se justifica cuando se intenta maximizar en los hechos la igualdad, es decir, que resulta necesario como una manera de transitar desde la igualdad en los derechos, a la igualdad en los hechos. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la idea de que el "trato diferente" es discriminatorio, considera sin embargo que sólo lo es si "carece de justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin pretendido".

_____ III) d) *La prueba de la discriminación por género*: El artículo 31 de la ley 26.485 dispone que "Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes".

_____ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Sisnero" (Fa-

llos: 337:611), al revocar la sentencia dictada por la Corte de Justicia de Salta, y en coincidencia con el criterio entonces adoptado en la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Mario Ricardo D'Jallad, dijo 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”.

_____ III) e) Los antecedentes y la solución: Sostienen las accionantes que, en la labor profesional que desarrollan en el Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta se ha impuesto lo que se ha dado en llamar un “techo de cristal”, por el que las trabajadoras no logran acceder a los puestos de mayor rango, jerarquía y nivel de decisión; no cuestionan las posibilidades de ingreso a los puestos de trabajo en el mencionado Servicio, pero sí la existencia de una práctica, no explícita, por la cual no se permite a las mujeres lograr el ascenso a los cargos más altos. El reclamo es referido entonces a una discriminación cualitativa y no cuantitativa respecto de las mujeres. _____

_____ En el año 1995 la Comisión Federal sobre el Techo de Cristal del Departamento de Trabajo del Gobierno Federal de Estados Unidos (Federal Glass Ceiling Commission, 1995) definió al techo de cristal como la barrera invis-

ble, pero irrompible, que evita que las mujeres y las minorías lleguen a los escalones más altos de la escalera corporativa, independientemente de sus calificaciones o logros. Resulta de estudios realizados con el apoyo y colaboración de organismos internacionales, como el que dio por resultado el libro “El género del trabajo. Entre la casa, el sueldo y los derechos”, publicado en noviembre de 2019 que, en nuestro país, tanto en el ámbito del empleo público como en el privado, existe una menor proporción de mujeres en cargos de decisión y se afirma que “describir la segmentación vertical es visibilizarlo y sustentar el diseño de estrategias para que las mujeres, de hoy y del futuro, puedan sortearlo” (https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/library/womens_empowerment/BrechasMercadoLaboral.html pág. 141).

De las constancias de autos surge que, en el informe presentado por la Provincia de Salta (v. fs. 323 vta.) se afirma que la fuerza efectiva del Servicio Penitenciario se encuentra integrada por 2.973 agentes penitenciarios en total, de los cuales 2.224 son hombres para una población penitenciaria conformada por 3.210 internos, y que existen 749 agentes penitenciarias mujeres para una población de 220 internas mujeres.

En la audiencia celebrada en este proceso a fs. 347/348 las partes acordaron (convenio que finalmente se vio frustrado) confeccionar un texto con puntos de acuerdo a fin de llevar adelante los procedimientos de selección del personal, el que debía satisfacer los recaudos mínimos con los que debe interpretarse las normas a la luz de los tratados y convenciones vigentes (v. fs. 348), y también se hizo conocer por parte de las accionadas de la existencia de un Anteproyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, en cuyo proceso de redacción actuó la señora Farfán, dicho texto se desconoce en esta instancia en tanto el compromiso asumido en la audiencia de acompañar una copia en este expediente, no se ha cumplido.

A fs. 352/355 la parte actora acompañó un proyecto de acuerdo conciliatorio al que manifestaron habrían arribado las partes donde, respecto de los reclamos de alcance colectivo se dijo que las medidas que allí se acordaron

tendrían carácter transitorio y durarían temporalmente hasta que se sancione y ponga en vigencia el Anteproyecto de Reforma de Ley Orgánica del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta. Este acuerdo fue desconocido por la accionada en su presentación de fs. 417/420. _____

_____ A fs. 366/374 la apoderada de la Provincia de Salta adjuntó la resolución N° 1421/2019 referida a las pretensiones individuales de la señora Yone Mabel Farfán y un documento donde constaban las líneas de acción propuestas por la Subsecretaría de Políticas de Género para la integración de la perspectiva de género en el Servicio Penitenciario, entre ellas la creación de un espacio institucional de prevención, asistencia y denuncia en materia de género para el personal penitenciario femenino y personal civil, capacitación permanente en materia de perspectiva de género y prevención de violencia en cumplimiento de la ley 27.499; promover el acceso e integración de las mujeres y/u otras identidades de género a partir de las escuelas de formación penitenciaria; desarrollar medidas institucionales para favorecer la protección de la vida familiar; prevenir y erradicar en el ámbito laboral los hechos de discriminación, acoso sexual y acoso laboral. Y en el mismo escrito enumeró las acciones positivas que invoca haber llevado adelante el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta tales como el Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, revocación del pase a disponibilidad de la Subprefecto Yone Mabel Farfán, afectación de la misma a ejercer tareas en la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios, con la misión de coordinar la comisión de modificación de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario; revocación de la designación como Subdirector del Servicio Penitenciario de la Provincia del Dr. Benito Cayetano Mena. _____

_____ A fs. 446 se informó la conformación de la Plana Mayor en el año 2018 compuesta íntegramente por hombres con distintos grados (alcaide, alcaide mayor, sub prefecto, prefecto y adjutor mayor), y a fs. 458 se hizo conocer que en el año 2019 la Plana Mayor se conformó con dos mujeres, una a cargo de la Dirección del Cuerpo Penitenciario y otra de la Secretaria General (v. fs. 458, 464, 465). _____

_____ A fs. 482 la Directora del Cuerpo Penitenciario respondió el informe requerido y a fs. 475 acompañó informe del cual surge que, en toda la historia del Servicio Penitenciario de Salta no se encuentran antecedentes de que mujeres hayan ocupado los cargos de Directora y Subdirectora General; y a fs. 476 que a la fecha 3 de diciembre de 2019 no existía personal femenino que detentase el grado de prefecto, ni de prefecto mayor. _____

_____ Luego, a fs. 528 el Ministro de Seguridad, Don Juan Manuel Pulleiro informó que se encontraba en trámite el Decreto del Poder Ejecutivo de la provincia por el cual se designa a la Sub Prefecto Marta Susana Padilla en el cargo de Sub Directora del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta, y luego en los alegatos la representante de la Provincia de Salta informó que fue designada en dicho cargo por Decreto 181/20, el que consultado en el Boletín Oficial de la Provincia fue publicado en el boletín N°20686 del 14 de febrero del corriente año. _____

_____ Resulta entonces de las pruebas producidas en el transcurso del presente proceso que, al momento de deducirse la demanda por parte de las actoras, el Servicio Penitenciario de la Provincia contaba con un plantel de mujeres cumpliendo funciones en un número de 749, lo que representa el % 25,19 del total de los agentes penitenciarios para atender al % 6,41 de los internos, de lo que se sigue que el número de mujeres que revista en actividad es importante y relevante en relación al total de trabajadores y trabajadoras, como también en relación a las personas alojadas en el servicio penitenciario de la provincia. Pero también surge que nunca una mujer se había desempeñado en los cargos de Directora General o Subdirectora del Servicio Penitenciario, y que hasta el mes de diciembre de 2019 no existía personal femenino que detentase el grado de prefecto, ni de prefecto mayor. _____

_____ Es evidente que el problema no es el denominado suelo pegajoso (*sticky floor*) que dificulta el acceso a los primeros niveles de carrera, sino que -tal como lo reclaman las actoras-, es el acceso a los puestos más altos en la carrera del Servicio Penitenciario, esto es la Plana Mayor, lo que se ve obstaculizado para las trabajadoras del Servicio Penitenciario ya que se encuentran

ocupados por hombres exclusivamente. _____

_____ La conformación de la Plana Mayor del Servicio Penitenciario de la Provincia está prevista en el artículo 10 de la Ley Orgánica N° 5639 que dispone que “La Plana Mayor estará compuesta por los organismos que se mencionan a continuación: a) Inspección General. b) Dirección del Cuerpo Penitenciario. c) Dirección del Régimen Correccional. d) Dirección de Administración. e) Dirección Industrial. f) Departamento Sanidad. g) Secretaría General. h) Asesoría Letrada”. Así, son ocho las personas que ocupan estos ocho cargos, conformando la Plana Mayor que es un órgano técnico a disposición del Director General para la conducción del Servicio Penitenciario y que tiene por función el asesoramiento, planificación, coordinación y orientación, sin que ninguno de sus organismos tenga mando sobre las dependencias carcelarias y siendo sus relaciones a través del Director General. Las funciones específicas de cada uno de estos organismos están previstas en los artículos 11 a 18 de la Ley Orgánica. _____

_____ El artículo 7 de la misma ley dice que la titularidad de los organismos que formen la Plana Mayor de la Dirección General será ejercida por Oficiales Superiores o Jefes del Servicio Penitenciario, todos ellos en actividad, designados al efecto por el Director General, aclarando luego que cuando la designación, por circunstancias eventuales, recayera en un agente que no ha alcanzado la categoría correspondiente, éste la ejercerá con su grado y a título de interino. _____

_____ Esta misma ley dispone que los cargos de Director General y Sub Director General son designados por el Poder Ejecutivo, debiendo recaer en una persona que posea una formación, experiencia y capacidad ejecutiva apropiadas para el desempeño de esas funciones. En el primer caso, el artículo 5 dispone que será recomendable la designación de un miembro del Personal Superior de las Fuerzas Armadas o de Seguridad Nacional, y luego el artículo 6 se refiere al cargo de Subdirector General diciendo que su nombramiento recaerá, preferentemente, en un Oficial Superior del Servicio Penitenciario de la Provincia, del Escalafón Penitenciario y el grado máximo. _____

_____ Así entonces, surge del ordenamiento normativo vigente en la provincia que los cargos de Director General y Sub Director son designados discrecionalmente por el Poder Ejecutivo, y que los cargos que componen la Plana Mayor son elegidos también discrecionalmente por quien ocupe el cargo de Director General. No es en estos casos la capacidad o mérito demostrado ante las instancias de evaluación o calificación previstas en la ley orgánica lo que define la selección, sino la sola decisión tomada por quien tiene la potestad decisoria para ello, respecto de la cual se puede afirmar como dato objetivo emergente de la prueba producida, que no ha recaído nunca en una mujer hasta el momento en que se inició este proceso._____

_____ Esta situación prolongada a lo largo de “toda la historia del Servicio Penitenciario de Salta” tal como se informó de modo textual a fs. 475, es demostrativa de la discriminación de género a la que han sido sometidas las mujeres en este ámbito de la función pública, circunstancia que alcanza el estándar probatorio requerido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Sisnero”, en tanto habiéndose probado el aludido hecho objetivo correspondía a la Provincia demandada demostrar el motivo objetivo y razonable para la selección realizada, lo que no ocurrió, ya que la defensa se limitó a sostener que se han realizado siempre las selecciones –de hombres- sobre la base de una facultad discrecional._____

_____ Un hecho que abona y profundiza el análisis que antecede, que fue destacado en la demanda de amparo, es el supuesto particular ocurrido con la designación del Dr. Benito Cayetano Mena como Sub Director General del Servicio Penitenciario por parte de la entonces Ministra de Justicia, ya que fue designado a pesar de que tenía el grado de Adjutor Mayor del Escalafón Profesional y Técnico (fs. 471, 479/480), cuando de conformidad con los artículos 5, 49, 45 de la Ley Orgánica, no cumplía con las condiciones legalmente requeridas. Esto es demostrativo que la discrecionalidad ejercida ha permitido excepcionar los condicionamientos normativos sin dar justificación alguna en los considerandos de tal decisión (v. considerandos de la Decisión Administrativa N° 1234/17 obrante a fs. 171) en favor de un hombre, más no ha sido empleada esa discrecionalidad para dar cumplimiento con la igualdad de género

que el sistema normativo argentino impone._____

_____ También es demostrativo de la discriminación operada para el ascenso a los cargos superiores, el hecho de que hasta los primeros días de diciembre de 2019 no existía personal femenino ocupando el grado de prefecto, ni de prefecto mayor._____

_____ Dicha circunstancia también incide de modo directo en la conformación de las Juntas Calificadoras conforme las previsiones del artículo 55 del Decreto Reglamentario N°1108, ya que ellas se integran con personal de mayor jerarquía o antigüedad que el personal a considerar, motivo por el cual, al no existir mujeres con dichos cargos, tampoco pueden ocupar lugares en las Juntas Calificadoras, estado de cosas que muestra una arraigada práctica que impide el ascenso a los cargos más altos a las mujeres que conforman el Servicio Penitenciario._____

_____ Resulta así que se configura una práctica que afecta la igualdad de un grupo, el conformado por las mujeres que se desempeñan como agentes del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta con situación de revista en actividad, y que si bien se han producido avances durante el transcurso del presente proceso tal como ha puesto de manifiesto la representante de Fiscalía de Estado, no se ha dictado, ni implementado, una reforma estructural que impida que la lesión del derecho a la igualdad de este grupo haya podido ser superado. En efecto, se ha puesto de manifiesto en este proceso que se conformó por Disposición N° 554/19 del 30 de abril de 2019 la Comisión Reformadora de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, también que se han propuesto líneas de acción para la integración de la perspectiva de género en el Servicio Penitenciario (fs. 367), pero estas iniciativas no han logrado concreción, siendo aún necesario adoptar medidas para hacer cesar la discriminación por género que impone un techo de cristal a las trabajadoras que conforman el grupo accionante._____

_____ Los actos aislados de nombramiento de la Sub prefecto Griselda de los Ángeles Caballero en el cargo de Oficial Superior y su designación como Directora del Cuerpo Penitenciario integrando la Plana Mayor, como la desig-

nación de la Sub Prefecto Marta Susana Padilla en el cargo de Sub Directora General del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta (fs.526), resultan sumamente alentadores pero debe por tanto asegurarse un piso de marcha de no regresividad ante los cambios gubernamentales y políticos, ya que no configuran un cambio estructural que garantice que la arraigada práctica discriminatoria sobre las cualidades de las mujeres para acceder a los cargos superiores ha sido superada, máxime si –como se dijo en el párrafo que antecede- respecto de los instrumentos que han tramitado como iniciativa del Poder Ejecutivo no se ha comunicado en este expediente que hubiesen tenido avance alguno. _____

_____ El razonamiento defensivo empleado por parte de la Provincia accionada, pretende sustentar la razonabilidad de la falta de ascenso de las mujeres a la Plana Mayor en la relación existente entre el personal femenino y masculino y la cantidad de internos mujeres y hombres, de lo que se seguiría que sólo los hombres conforman dicho órgano de conducción del Servicio Penitenciario (artículo 10 de la Ley 5639) en razón que la mayoría de los condenados en la provincia son hombres. Este razonamiento carece de sostén, en tanto la Plana Mayor tiene entre sus funciones asesorar, planificar, coordinar y orientar al Servicio en general, el que se encuentra compuesto por establecimientos penitenciarios destinados a alojar hombres y también mujeres, afectando sus disposiciones a todos ellos. Muy por el contrario, conformar un órgano de conducción con mujeres y, cruzado por la perspectiva de género, permitiría evitar la consecución de hechos como el acontecido con la muerte de Andrea Neri en el año 2017 en manos de su femicida en una visita dentro del Penal de Villa las Rosas -conducido en ese momento por un hombre y con una plana mayor íntegramente conformada por hombres-, quien a su vez ya había cometido igual crimen. La perspectiva de abordaje institucional debe estar cruzada por la realidad de los múltiples actores sociales interesados: víctimas, reclusos, familiares, funcionarios, es decir una realidad atravesada por relaciones humanas de diversos géneros y no solo signada por una mayoría masculina, que a la postre se espera reconstruya un vínculo resocializador y plural con la comunidad que espera vivir en paz y fraternalmente. _____

_____ Como se dijo en el precedente “Sisnero” (sentencia de primera instancia del 18 de noviembre de 2009, Expte. N°261.463/ 2.009 del Dr. Mario Ricardo D’Jallad, Juez de la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Salta) al referirse a la realidad local “afloran, prejuicios de origen medieval. Algo inaudito frente a notables avances en el pensar humano, en la evolución de las ideas, de la ciencia. Algo que se puede calificar de incomprensible. Es necesario que el Estado, cuya Constitución contempla la igualdad en diversos artículos (así 14, 16, 36, 37, 43, 75 en varios incisos) y que ha suscripto tratados y dictado leyes (entre otras, la n° 26.485 en el año 2009) garantice efectiva, concreta y realmente la –tantas veces - proclamada igualdad – y tan pocas veces hecha efectiva”. _____

_____ “En la actualidad, todavía se piensa que las mujeres no deben ascender en las organizaciones, alegando razones absurdas, como por ejemplo, que las mujeres son poco competitivas, o que tienen más cargas familiares y por tanto menos disponibilidad, por tanto, se puede afirmar que existe una barrera oculta que impide a las mujeres promocionarse en las empresas y avanzar en condiciones de igualdad. Sin embargo, y aunque algunos no quieran reconocerlo, es una realidad el hecho de que muchas mujeres ya no tienen el papel tradicional que ha impulsado siempre a la desigualdad, sino que pueden vanagloriarse de que alcanzan niveles de cualificación y experiencia profesional en el trabajo equiparable a la de los hombres. Por todo ello, y con más razón, es preciso establecer medidas para corregir las causas que motivan la limitación de posibilidades de promoción de las mujeres [...], o lo que es lo mismo, garantizar un régimen de promoción profesional, que evite la existencia de tratos desfavorables para las mujeres. Urge acabar con la segregación, urge acabar con los obstáculos invisibles que impiden a mujeres altamente cualificadas lograr posiciones de poder en las organizaciones.” (López-Romero González, Igualdad en la clasificación y promoción de profesionales: avances y retrocesos, en Perspectiva de Género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados, Ángela Figueruelo Burrieza Directora, Editorial Bomarzo, España, 2013, pág. 209). _____

_____ Así, se muestra necesario incorporar de modo estructural una pers-

pectiva aún hoy inexistente en el Servicio Penitenciario, perforando el techo de cristal existente, modificando las prácticas cotidianas hacia dentro del sistema para con las internas y con las agentes penitenciarias, y hacia afuera para con las víctimas y los familiares de todos las y los penados . _____

_____ Si bien no todos los procesos colectivos tienen efectos estructurales, sí puede afirmarse que los conflictos estructurales tienen efectos colectivos, y en el presente caso concurren ambos efectos, en tanto se ha visto afectado un colectivo de mujeres, y la práctica que provoca tal lesión requiere una solución estructural para lograr el restablecimiento y la vigencia plena del derecho invocado a través de la disposición de medidas de acción de positiva. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “cuando una política es lesiva de derechos, siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona” (CSJN, CSN, causa CSJ 713/2010 (46-G), “Gutiérrez, Alejandro s/ causa n° 11.960”, sent. del 19 de febrero de 2015 LLOnline AR/JUR/192/2015). _____

_____ Ha asegurado el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo que “las políticas de acción afirmativa, no solo contribuyen a garantizar los derechos de todos los grupos poblacionales y la igualdad de oportunidades, sino que también son un avance necesario para promover un efecto aspiracional a partir de visibilizar mujeres que actúen como modelos referenciales. El progreso en la representación de mujeres en puestos de toma de decisiones ha sido claro en el poder legislativo nacional, a partir de la ley de cupo y luego de la ley de paridad. Sin embargo, el avance ha sido limitado en otros ámbitos”, y que “el Estado como garante de los derechos humanos y de la igualdad de oportunidades debe avanzar en la adopción de metas de género, tanto en el Poder Ejecutivo como en el Poder Judicial. De esta manera, el Estado podrá visibilizar, desde sus mecanismos, la participación de mujeres en puestos de toma de decisiones y fomentar el efecto de modelo referencial” (El género del trabajo. Entre la casa, el sueldo y los derechos, pag. 310,

https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/library/womens_empowerment/BrechasMercadoLaboral.html).

_____ Probado el supuesto de hecho de que las mujeres que trabajan en el Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta nunca, en toda la historia de dicho organismo, han ocupado los cargos de Director y Sub Director, y que la integración de los cargos de la Plana Mayor ha sido mayoritariamente ocupada por hombres por no lograr las mujeres los ascensos que habiliten tal nombramiento hasta la apertura de este proceso, sin que la accionada haya probado motivos objetivos que justifiquen tal proceder, corresponde ahora analizar la procedencia de las concretas medidas de acción positiva solicitadas por las amparistas.

_____ III) f) Medidas de acción positiva de carácter colectivo: Del escrito de demanda y pretensiones deducidas surge que, en el presente amparo, no se ha puesto en cuestión la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, ni su Decreto Reglamentario –lo que fue puesto de resalto en el dictamen del Procurador General de la Provincia a fs. 169-, por lo que la procedencia de las medidas solicitadas no podrá implicar la derogación de dichas normas, sino su interpretación armónica y coherente con el marco constitucional y convencional referido a lo largo de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Código Civil y Comercial.

_____ En primer lugar se pide que se fije cupo femenino en los cargos de la Plana Mayor del Servicio Penitenciario Provincial, el que solicitan sea del 50 % en los ocho cargos que componen la Plana Mayor.

_____ Tal como surge del análisis que antecede se torna necesario adoptar medidas de acción positiva para perforar el techo de cristal que impide el acceso de las mujeres a los cargos de la Plana Mayor del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta. A tal fin se establece en la presente un mecanismo que deberá ser realizado y puesto de manifiesto de modo expreso en cada oportunidad en que se dicten resoluciones de designación de tales cargos en el marco del artículo 7 de la Ley N° 5639 a partir de la notificación del presente decisorio, y que refiere a la obligación de individualizar el porcentaje de internas mujeres respecto de la cantidad de la población carcelaria en general, ope-

rando dicho porcentaje en el momento de toma de decisión de las designaciones como piso de representación mínima del género femenino en la Plana Mayor, estableciéndose que dicho piso nunca podrá ser inferior a una miembro mujer. _____

_____Respecto de la pretensión referida al cupo femenino en la conformación de la Junta Superior de Calificaciones en el 50 % de sus miembros; y cupo femenino en la conformación de las Juntas de Calificación para oficiales, suboficiales, ascensos y eliminaciones extraordinarias en un 50 %, surge de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario que las Juntas de Calificaciones son quienes actúan como organismos asesores del Director General del Servicio Penitenciario (artículo 75) y, en el artículo 55 del Decreto Reglamentario N°1108 se dispone que “las juntas se integrarán con personal de mayor jerarquía o antigüedad que el personal a considerar. Cuando ello no fuera posible, aquel personal de menor jerarquía o antigüedad se abstendrá de intervenir en el tratamiento de aquellos de mayor jerarquía o antigüedad”._____

_____Atendiendo que el propio artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario recomienda la posibilidad de designar en el cargo más alto a un miembro de fuerzas armadas, cabe analizar un antecedente relevante al respecto, que resulta ser el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1173/2010 por el cual se ordenó “a los Jefes de los Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas incluir, en la integración de las diferentes instancias de las Juntas de Calificación del Personal Superior y Subalterno, a militares mujeres que se encuentren revistando en los grados a considerar en la integración de dichas Juntas, según corresponda. Hasta tanto el personal femenino del cuerpo comando alcance los grados requeridos, esta inclusión se hará sin perjuicio del cuerpo, arma y/o escalafón a los que pertenezca”, tomando como antecedente que el Consejo de Ministros del Estado Español, a fin de favorecer la incorporación, la integración y la permanencia de la mujer en las Fuerzas Armadas, dictó un Acuerdo mediante el cual estableció que “...Se garantizará la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para el ascenso, selección de concurrentes a cursos de capacitación y asignación de destinos de especial responsabilidad o cualificación...” (artículo 4º, Anexo I del Acuerdo citado)._____

_____ La integración de las Juntas de Calificación por trabajadoras del Servicio Penitenciario con la finalidad de lograr vencer las barreras para lograr los ascensos se muestra como una medida necesaria, y a tal fin se empleará como pauta la misma empleada en la medida de equiparación ya dispuesta, esto es, que al momento de conformarse la Junta de Calificación se individualice la cantidad de la población carcelaria en general y el porcentaje que representen las internas mujeres, operando dicho porcentaje en el momento de toma de decisión como piso de representación mínima del género femenino, y que dicho piso nunca podrá ser inferior a una miembro mujer. _____

_____ En cuanto a la pretensión referida a la conformación de un orden de mérito vinculante, con paridad de género en el otorgamiento de ascensos, y la implementación de excusación y recusación de los miembros de las Juntas de Calificaciones, resulta que en el presente caso –como se dijo- no se ha planteado la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario, la que en su capítulo XI prevé el mecanismo legal para los ascensos, de lo cual se sigue que no resulta procedente imponer un orden de mérito vinculante para los ascensos, como tampoco respecto de la pretensión referida a las causales de excusación y recusación de los miembros de las Juntas de Calificaciones. Ahora bien, en lo que respecta al otorgamiento de cupo para los ascensos se seguirá el mismo mecanismo indicado para la conformación de la Plana Mayor y las Juntas Calificadoras. _____

_____ También se pretende que se ordene la realización de un informe anual al Observatorio de Violencia contra las Mujeres sobre el cumplimiento de las medidas solicitadas. Sobre ello, y en tanto la presente resolución contiene un mecanismo a fin de lograr la modificación de prácticas arraigadas socio-culturalmente en razón que la efectividad de los derechos vulnerados requiere soluciones de fondo, es que se torna procedente ordenar a la Provincia de Salta la realización de un informe semestral donde se comunique el cumplimiento de la presente. Por el contrario no resulta procedente disponer que dicho informe sea realizado por el Observatorio de Violencia contra las Mujeres, en tanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 7863 dicho organismo es autárquico y autónomo, y no fue demandado en este proceso. _____

_____ La pretensión referida a la paridad de género en los nombramientos del Director General y Subdirector General del Servicio Penitenciario no resulta procedente en tanto no se ha cuestionado, ni debatido en autos, la constitucionalidad de los artículos 5 y siguientes del Capítulo II de la Ley 5639. ____

_____ Lo dicho no obsta a destacar que, en la actualidad dichos cargos se encuentran conformados con paridad de géneros en razón de la designación de la Sub Prefecto Marta Susana Padilla en el cargo de Sub Directora General del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta por Decreto N°181/20 (B.O. 20686 del 14 de febrero de 2020)._____

_____ Las medidas que se disponen en la presente sentencia se extenderán en el tiempo hasta tanto se adopten las medidas reglamentarias por parte del Poder Ejecutivo, por la forma que corresponda en el marco de su ámbito de competencias, para dar cumplimiento a las mandas constitucionales y convencionales de igualdad y no discriminación de género respecto de las mujeres que se desempeñan como agentes del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta con situación de revista._____

_____ *IV) Pretensiones de alcance individual:* En la demanda se han solicitado “medidas de alcance individual o particular” –pretensiones individuales– con la finalidad de remover los valladares impuestos por la administración que impiden que la señora Yone Mabel Farfán concurse por el grado de Prefecto en el procedimiento de calificaciones y ascensos, consistentes en que se ordene la ratificación del ascenso al grado de Subprefecto, que fue otorgado por Resolución N° 025-17 de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios; se ordene la participación de la señora Yone Mabel Farfán en el procedimiento de calificaciones y ascensos del año 2019; se disponga que la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios lleve adelante el procedimiento de ascenso al grado de Prefecto del año 2019; que se conforme la Junta Superior ad hoc para evaluar la cuestión objeto de este proceso con el titular de la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios, el titular de la Subsecretaría de Políticas de Género, y una mujer policía con el grado de Comisario General; que el sumario administrativo no sea con-

siderado como antecedente en la calificación, ni configure impedimento para que la señora Yone Mabel Farfán participe del concurso, ni tampoco afecte su propuesta y otorgamiento del grado de Prefecto; se considere y califique como antecedente el Protocolo para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el personal del Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta; se determine que la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios será competente para tramitar el sumario administrativo; que el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia otorgue el ascenso al grado de Prefecto como excedente; y finalmente que el Observatorio de Violencia contra la Mujer participe en el sumario administrativo. _____

_____ Respecto de estas pretensiones, a fs. 319/330, al contestar el informe la letrada apoderada de la Provincia de Salta, solicitó que se declare abstracta la pretensión referida a la ratificación del ascenso al grado de subprefecto, ya que con fecha 11 de enero de 2018 se emitió la Resolución Ministerial N° 70/18 por la que se designó como Subprefecto a la señora Farfán con carácter constitutivo a partir del 01 de enero de 2018. _____

_____ A fs. 372/374 se agregó copia de la Resolución N° 1421/19 del Ministerio de Derechos Humanos y Justicia por la que se rectificó la resolución N° 70/18 otorgando el ascenso a la señora Yone Mabel Farfán al cargo de Subprefecto a partir del 01 de enero de 2017. _____

_____ Luego a fs. 417 la Provincia de Salta acompañó la Resolución N° 022/19 de la Sub Secretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios dependiente de la Secretaría de Políticas Penales del Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia mediante la cual se resolvió el sumario identificado como Expte. N° 0080050-249042/2018-0 s/ “Comisión de Falta Disciplinarias del Personal Penitenciario Unidad Carcelaria N° 4 – Por incidente de fecha 08/05/18 – Intento de fuga de las internas G. S, y A. M. por los techos de la dirección industrial”, constancias que fueron agregadas a fs. 382/409 en el que se dispuso declarar la nulidad absoluta e insanable de lo actuado en el sumario administrativo. _____

_____ De las pruebas enumeradas resulta que las pretensiones individuales

referidas la ratificación del ascenso al grado de Subprefecto, la tramitación del sumario administrativo por la Subsecretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios, y que el Observatorio de Violencia contra la Mujer participe en el sumario administrativo, se han tornado abstractas con el dictado de las resoluciones N° 22/19 de la Sub Secretaría de Políticas Criminales y Asuntos Penitenciarios dependiente de la Secretaría de Políticas Penales del Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Justicia, y N° 1421/19 del Ministerio de Derechos Humanos y Justicia, que ordenaron el archivo del sumario administrativo en razón de la nulidad declarada y ratificaron el ascenso al cargo de Subprefecto desde el 01 de enero de 2017._____

_____ Estos mismos antecedentes habilitaron la participación de la señora Yone Mabel Farfán en el procedimiento de calificaciones y ascensos del año 2019, sin que el sumario administrativo declarado nulo pudiese ser considerado como antecedente en su calificación, por lo que las pretensiones analizadas, como las restantes de carácter individual, se han tornado abstractas en tanto todas tenían como finalidad general lograr su participación en el concurso por el grado de Prefecto en el procedimiento de calificaciones y ascensos, para lo cual se encuentra habilitada habiéndose cumplido las pretensiones individuales que encabezaba la señora Yone Mabel Farfán. Todo esto a su vez es el resultado de lo acordado por las partes en la audiencia celebrada a fs. 347/348._____

_____ Resulta en consecuencia aplicable la doctrina del Máximo Tribunal Nacional por el que se ha decidido que a los tribunales “le está vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto litigioso actual (Fallos: 329:40, 1853, 1898 y sus citas, 2733, como también en el precedente “Isern Munne, Pedro Pablo c/ E.N. – Ley 25.188 - Cámara de Diputados de la Nación s/ amparo Ley 16.986”, del 10 de junio de 2008)._____

_____ En igual sentido la Corte de Justicia de Salta ha dicho que “es deber de los tribunales pronunciar sus sentencias atendiendo al estado de cosas existentes al momento de decidir” (Tomo 51:35; 53:121; 54:385; 57:425; 60:189; 67:429; 73:651; 76:1003), ya que no es posible que los jueces resuelvan cues-

tiones que en el curso del proceso han quedado abstractas o vacías de contenido, o para responder un interés meramente académico”._____

_____ V.- Costas: Las costas se imponen a la demandada en su calidad de vencida, en tanto ha prosperado la pretensión principal deducida, debiendo aplicarse el principio de general previsto en el artículo 67 del Código Procesal Civil y Comercial._____

_____ VI.- Honorarios: En consideración a los antecedentes que surgen del caso y en aplicación del artículo 34 de la Ley N° 8.035 de Aranceles y Honorarios de Abogados y Procuradores de la Provincia de Salta, que establece que, en los procesos de amparo, el honorario no podrá ser inferior a 23 ius, informando el Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia de Salta -en cumplimiento de la manda establecida en el artículo 3° de la Ley 8035/17- que el valor del ius a los fines arancelarios es de \$ 2.023 a partir de septiembre de 2020 (<https://www.abogadosdesalta.org.ar/noticia/nueva-tabla-de-honorarios-ley-8035-orden-publico-y-caracter-alimentario#.X4WlGtVKiM8>), debiendo valorarse en el presente proceso la complejidad de los derechos involucrados y la gestión del caso, la novedad del planteo y la falta de regulación de los procesos colectivos en la Provincia de Salta, así como la relevancia y trascendencia social de este caso, todo lo cual se evidencia en el transcurso del litigio, y la solución que por el presente se adopta, corresponde determinar los estipendios profesionales a favor del Dr. Ramiro Javier Ulivarri por su labor desarrollada como letrado patrocinante a lo largo de todo el proceso en la suma de \$ 120.000._____

_____ Por lo expuesto,_____

_____ F A L L O _____

_____ I) **HACIENDO LUGAR PARCIALMENTE** a la acción de amparo deducida en autos, **ORDENANDO** a la demandada Provincia de Salta dar cumplimiento a partir de la notificación de la presente con las medidas colectivas de acción positiva dispuestas en el considerando III) f), y con la duración temporal allí dispuesta y, **DECLARANDO ABSTRACTAS** las pretensiones individuales por los fundamentos expuestos en el considerando IV). **CON**

COSTAS._____

_____II) **REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. Ramiro Javier Ulivarri por su labor desarrollada como letrado patrocinante de la parte actora a lo largo de todo el proceso en la suma de \$ 120.000 (pesos ciento veinte mil)._____

_____III) **CÓPIESE**, regístrese y notifíquese por correo electrónico a las partes y con remisión de autos al señor Fiscal Civil. _____