

I. El derecho a la no discriminación en el empleo

El propósito de este apartado es repasar el fundamento, el contenido y el alcance del derecho a la no discriminación en el empleo, para que queden claras tanto las protecciones que le ofrece a las personas, como las obligaciones que le genera a las autoridades. Con base en la Constitución, distintos tratados internacionales y diversos fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se argumenta que el derecho a la no discriminación ofrece un marco amplio de protección, tan amplio como puede desearse en la materia.

A. El fundamento del derecho a la no discriminación en el empleo

1. La Constitución y los tratados internacionales

Existen múltiples disposiciones en la Constitución y en distintos tratados internacionales que ofrecen una variedad de protecciones y garantías en relación a la discriminación en el empleo. Rápidamente, valga exponer algunos de los fundamentos más relevantes.

Están, primero, los artículos 1º, 5º y 123º de la Constitución federal. El 1º es clave porque es el fundamento textual del derecho a la igualdad (párrafo primero) y a la no discriminación (párrafo quinto). En el artículo 5º se consagra la libertad profesional, por virtud de la cual a ninguna persona se le puede impedir “que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”. El artículo 123º, por su parte, es el fundamento del “derecho al trabajo digno y socialmente útil”, así como de

La discriminación en el empleo en México

una variedad de protecciones específicas que se derivan de él. Entre ellas, la garantías que se les reconocen a las mujeres trabajadoras, relacionadas con el embarazo y la lactancia.

Además de la Constitución, está el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En su artículo 2º, párrafo 2 establece que los Estados Partes “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna [...]”. En el artículo 6º, reconoce el “derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado [...]”. El artículo 7º, por su parte, reconoce “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias [...]”, entre las cuales se encuentran “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor”, tener “igual oportunidad para [...] ser promovidos, dentro de su trabajo” y “el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Protocolo de San Salvador), en sus artículos 3º, 6º y 7º establece prácticamente lo mismo. Lo que sobresale de este Protocolo, sin embargo, es que, en su artículo 6º, en el que reconoce el derecho al trabajo, explícitamente mandata que los Estados tienen que ejecutar y fortalecer “programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.” Reconoce, en otras palabras, que no se puede hablar de inclusión de las mujeres en el espacio laboral sin que existan políticas para transformar la esfera familiar.

Además de los tratados internacionales “generales” (por llamarlos de alguna forma), que reconocen una multiplicidad de derechos, entre los cuales se encuentran el derecho a la no discriminación y el derecho al trabajo, están los “especializados” en la discriminación que resienten ciertos grupos en particular. Tres, en concreto, son relevantes: la Convención Internacional sobre toda Forma de Discriminación Racial (ICERD), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

El punto en común entre estas tres convenciones es que prohíben “cualquier distinción, exclusión o restricción” que “tenga el propósito” o “el resultado” de “obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio” de los derechos. En otras palabras: las tres convenciones prohíben no solo la discriminación *directa* —aquella que tenga el propósito

de vulnerar derechos-, sino la *indirecta* –la que tenga el efecto o el resultado de vulnerar derechos-. Las tres, también, le permiten a los Estados implementar “medidas especiales” “para acelerar o lograr la igualdad de hecho”. Esto es, permiten lo que comúnmente se conocen como medidas de “acción afirmativa”. Las tres también son enfáticas en que los Estados deben erradicar no solo la discriminación perpetrada por actores estatales, sino por personas, organizaciones y empresas privadas. Por último: las tres incluyen un artículo específico para el caso del trabajo, reiterando que las personas no pueden ser discriminadas por el género, la discapacidad, la raza, el color, el linaje, el origen nacional y el origen étnico en el empleo. Lo que varía entre las convenciones son los aspectos del empleo que más se enfatizan. La CEDAW, por ejemplo, se enfoca en las protecciones que deben garantizárseles a las mujeres embarazadas y casadas (a saber: que no sean despedidas). La CDPD, por su parte, es enfática en la obligación que tienen los Estados de realizar “ajustes razonables” en el lugar del trabajo,¹ para que las personas con discapacidad puedan incorporarse efectivamente al mundo laboral.

Además de estas tres convenciones, es necesario mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belém do Pará). De acuerdo al artículo 1º de esta Convención, por “violencia contra la mujer” se entiende “cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.” Conforme al artículo 2º, se entenderá como “violencia contra la mujer” “la violencia física, sexual y psicológica” “que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona”, lo que incluye la “violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo”. Existe el mandato explícito, en otras palabras, de erradicar la violencia de género que afecta a las mujeres en el empleo.

Por último, está el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) número 111 de la Organización Internacional del Trabajo que, como su nombre indica, está dedicado a este tema. Como la ICERD, la CEDAW y la CDPD, entiende a la discriminación como “cualquier dis-

¹ Según la CDPD, en su artículo 2, “por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales[.]”

La discriminación en el empleo en México

tinción, exclusión o preferencia [...] que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.” Esto es: proscribire la discriminación que *resulta* de un conjunto de factores y no solo la que se implementa de manera intencional. El Convenio también deja en claro que por “empleo” y “ocupación” debe entenderse “tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”

2. Los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es la autoridad máxima para interpretar la Constitución. Por esta razón, además de acudir al texto mismo de la Constitución y de los tratados internacionales, es crucial revisar los distintos fallos que ha emitido la Suprema Corte en esta materia para entender el alcance del derecho a la no discriminación en el empleo. Si bien la lista de asuntos que ha resuelto sobre derechos laborales es larga, valga mencionar los que son relevantes para entender específicamente el derecho a la no discriminación en el empleo. Estos son los siguientes:

- El Amparo Directo en Revisión 138/2012 fue el primer caso que resolvió la Corte sobre los requisitos con los que tienen que cumplir las convocatorias de trabajo emitidas por empresas privadas para que se puedan considerar respetuosas del derecho a la no discriminación. En este caso, analizó si una convocatoria para un trabajo en un hotel, contenida en una bolsa de trabajo de una universidad privada, violaba el derecho a la no discriminación porque les negaba a las personas con discapacidad la posibilidad de solicitar el trabajo. Llegó a la conclusión de que sí era violatoria del derecho a la no discriminación.²
- En el Amparo Directo en Revisión 992/2014, por su parte, analizó si dos anuncios, de compañías privadas diferentes, en los que se establecían requisitos de sexo y de edad para acceder al trabajo, eran violatorios o no del derecho a la no discriminación. De acuerdo a estos anuncios, solo mujeres jóvenes podían solicitar los trabajos de promo-

² “De la referida oferta de trabajo, es evidente la exclusión de personas discapacitadas para una labor que —atendiendo al contenido y fin que se advierte de la misma—, se dirige a quien cubre un determinado perfil académico, lo que lleva a entender claramente que la labor es de carácter intelectual y no físico; siendo precisamente ante tal aspecto, que la diferenciación o exclusión de quien sufre una discapacidad no encuentra una relación lógica o razonable entre el fin y la medida.” Amparo Directo en Revisión 1387/2012, resuelto por la Primera Sala el 22 de enero de 2014, p. 66, párr. 161.

tora de eventos y “repcionista”. La Corte, una vez más, determinó que este tipo de requisitos, cuando no tengan una correlación con los trabajos en concreto, son ilegítimos.³

- En el Amparo en Revisión 307/2007, por su parte, la Corte analizó la constitucionalidad de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, ya que establecía que los militares con VIH, por el solo hecho de tener VIH, debían darse de baja por “inutilidad”. La Corte determinó que esto era violatorio del derecho a la no discriminación por salud.⁴

³ “Así las cosas, cuando respecto a la edad no se tienen en cuenta las características profesionales del trabajador ni el rendimiento, la dedicación o la aptitud por él desarrollada, sino únicamente el factor cronológico aislado del tiempo vivido, supone un actuar arbitrario que actualiza la prohibición constitucional y legal de no discriminar.” Amparo Directo en Revisión 992/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 12 de noviembre de 2014, p. 35. “Una diferencia de trato puede estar justificada cuando la edad, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, constituya un requisito profesional esencial y determinante en el puesto de trabajo, siempre y cuando, además, el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.” *Ibid.*, p. 36.

⁴ “Plasmar en el texto de la ley que la sola existencia de un diagnóstico positivo de contagio conduce invariablemente a la imposibilidad absoluta de cumplir en forma adecuada con todo tipo de actividad laboral en una institución pública, constituye una decisión legislativa que se aparta de toda lógica y de la razón, pues bajo ese argumento habría múltiples casos en los que la identificación clínica de una enfermedad permitiría justificar la separación inmediata de la fuente de trabajo, sin previamente analizar si los efectos del mal que aflige a la persona, le impiden o no, desplegar con solvencia la actividad para la cual hubiera sido contratada, nombrada o reclutada.

No es la ausencia de salud lo que faculta al empleador para separar de sus funciones al subordinado, sino la incapacidad para poder llevar a cabo las tareas encomendadas que esa carencia genera. Esto último es a lo que, en todo caso, razonablemente debe atenderse para que el individuo abandone sus labores, pues aunque son innumerables los padecimientos conocidos, es un hecho notorio que las variables con las que se presentan y toleran, o la gradual progresión con la que producen alteraciones desfavorables, así como la levedad de algunos de ellos, no constituyen motivo alguno que automáticamente haga prescindir de los servicios de quien los sufre, sino únicamente en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, los daños a su salud sean de tal magnitud que imposibiliten la realización de la actividad específica para que fue adquirida la fuerza de trabajo, o también sea por caso, que los peligros de transmisión del mal sean potencialmente altos de acuerdo con la función a la que se le haya destinado.” Amparo en Revisión 307/2007, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 24 de septiembre de 2007, pp. 81-82.

La discriminación en el empleo en México

- En la Contradicción de Tesis 422/2016, la Suprema Corte se pronunció sobre las cargas procesales que deben regir para los casos en los que, una vez que una mujer reclama haber sido despedida a causa de su embarazo, el patrón le ofrece un trabajo. ¿El ofrecimiento del trabajo le quita al patrón la responsabilidad de probar que el despido era justificado, pasándosela a la trabajadora? La Corte concluyó que no.⁵
- En el Amparo Directo en Revisión 3708/2016, la Suprema Corte resolvió un caso en el que una abogada que trabajaba en una corporación alegó que, para obtener una promoción, se le exigió someterse a un examen médico. Este reveló que tenía cáncer de mama y, desde entonces, según la trabajadora, fue maltratada y después despedida por la empresa. La empresa, por su parte, alegó que la despidió por “falta de probidad y un recto proceder”. La Suprema Corte determinó varios puntos importantes. Primero: que, en casos como estos, en donde se alega una discriminación por discapacidad, debe analizarse de manera reforzada el proceder de las empresas.⁶ Segundo: que si no se demuestra que los exámenes médicos son necesarios para la función que se va a desempeñar, son discriminatorios.⁷

⁵ “Así, la prueba de que los motivos del despido no se encuentran relacionados con el embarazo de la trabajadora corresponde al patrón, e independientemente de que el ofrecimiento de trabajo se considere de buena fe, éste pierde el beneficio procesal de revertir la carga probatoria a la trabajadora embarazada o en periodo de licencia post natal.” Contradicción de Tesis 422/2016, resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 22 de marzo de 2017, p. 48.

⁶ “En el caso, la separación laboral de la que fue objeto la hoy recurrente se adujo no era más que la consecuencia de un actuar falto de probidad y un recto proceder, sin embargo, ocurrió después de que se tuvo conocimiento del cáncer con metástasis en pulmones, lo que requiere de una mayor carga argumentativa y probatoria a cargo del empleador, para despejar la presunción de discriminación, como es el separar de su actividad laboral a una trabajadora discapacitada y no simplemente argumentar incurrió en faltas de probidad u honradez, prevista en la ley laboral.

Si bien en el derecho laboral mexicano conforme al artículo 47 en relación con el 134, fracciones I, III y IV y el 185, de la Ley Federal del Trabajo, le asiste al empleador el derecho de rescindir la relación de trabajo por las faltas de probidad y honradez en que incurran las o los empleados, no menos cierto es que teniendo la carga de la prueba, en condiciones normales, ésta se incrementa al tratarse de una categoría sospechosa.” Amparo Directo en Revisión 3708/2016, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 31 de mayo de 2017, pp. 42-43.

⁷ “No existió controversia de que para ascender a otro puesto la empresa le solicitó exámenes médicos a la trabajadora, lo cual no se justifica en tanto aquella no acreditó que tal requerimiento tuviera relación y menos que fuera necesario para el puesto de

- En el Amparo en Revisión 664/2008, la Suprema Corte resolvió si era constitucional establecer distintos requisitos para que los y las viudas de los trabajadores accedan a la pensión por viudez establecida en la Ley del Seguro Social. Conforme al artículo 130º de la Ley del Seguro Social, las viudas solo tenían que demostrar el vínculo con el trabajador, para acceder a la pensión; los viudos tenían que demostrar, además, que eran “dependientes económicos” de las trabajadoras. La Corte determinó que esto era inconstitucional,⁸ al tratarse de una discriminación por género. Esto lo reiteró en la Contradicción de Tesis 154/2009. En el Amparo en Revisión 1147/2008, por su parte, analizó el artículo 152º de la Ley del Seguro Social, que establecía que los viudos, además de tener que acreditar la dependencia económica, tenían que demostrar que tenían una incapacidad total para trabajar. Determinó, también, que era inconstitucional.⁹

Gerente de Desarrollo de Negocios, al que la recurrente pretendió ascender.” *Ibid.*, p. 52.

⁸ “Si durante su vida laboral, las extintas trabajadoras cotizan para que quienes les sobreviven y tengan derecho a ello, disfruten de los seguros previstos en la Ley de la Materia, entonces la pensión en comento no es una concesión gratuita o generosa, sino un derecho generado durante su vida productiva con el objeto de garantizar, en alguna medida, la subsistencia de sus beneficiarios. De esta manera, no obstante que la Constitución prevé como garantía individual la igualdad de varón y mujer ante la ley, y el derecho a que los integrantes de las familias de los trabajadores, sin distinción de género, disfruten, entre otros, de los seguros de vida, el legislador ordinario con infracción a tales valores fundamentales, estableció un trato distinto para tener acceso a dicha pensión proporcionada por el Instituto, tratándose del viudo de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.” Amparo en Revisión 662/2008, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 17 de septiembre de 2008, p. 31.

⁹ “No debe perderse de vista que, si una trabajadora desempeña la misma labor que una persona del sexo masculino, cotizará de igual forma para tener acceso a los derechos que otorga la Ley del Seguro Social, y si su estado civil también es el mismo, tendrá derecho a que sus familiares disfruten de esos derechos que la institución concede, en la misma forma que lo tiene un trabajador varón.

Luego, ante una misma situación jurídica se da un trato diferente a los beneficiarios viudos de las aseguradas o pensionadas, en tanto no les permite el derecho a la pensión de viudez sin razones válidas que lo justifiquen; cuando las que existen se basan simplemente en el sexo de la persona o la exigencia de que esté totalmente incapacitado o hubiese dependido económicamente de la asegurada o de la pensionada.

Así, puede apreciarse la existencia de un trato diferente, no sólo al varón, sino inclusive para la propia asegurada o pensionada fallecida.” Amparo en Revisión 1147/2008, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 28 de enero de 2009, p. 27.

La discriminación en el empleo en México

- En el Amparo en Revisión 485/2013, la Suprema Corte resolvió si era constitucional excluir a las parejas del mismo sexo del régimen de la seguridad social. En ese caso, el Instituto Mexicano del Seguro Social se había rehusado a inscribir a una pareja del mismo sexo, so pretexto de que la Ley del Seguro Social estaba escrita de forma tal, que solo contemplaba a parejas del sexo opuesto. La Corte determinó que esto era violatorio del derecho a la no discriminación por preferencia sexual.¹⁰ En el Amparo en Revisión 710/2016, la Corte determinó lo mismo para la legislación que rige al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.¹¹
- En el Amparo en Revisión 59/2016, la Suprema Corte resolvió si era constitucional establecer distintos requisitos para que los y las trabajadoras accedan al servicio de las guarderías del IMSS. Conforme a la legislación vigente, todas las trabajadoras tienen derecho a acceder a este servicio; los trabajadores, en cambio, solo tienen este derecho si son viudos, divorciados o si tienen la patria potestad decretada judicialmente a su favor (esto es, si no tienen una esposa que, se asume, se va a encargar del cuidado). La Corte determinó que esto también era inconstitucional, porque se trataba de una discriminación por género (tanto porque excluía a los hombres de gozar del servicio, como por el

¹⁰ “Negarle a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio o concubinato implica tratar a los homosexuales como si fueran ‘ciudadanos de segunda clase’. No existe ninguna justificación racional para darle a los homosexuales *todos* los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, otorgarles *un conjunto incompleto* de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja. Así, la exclusión implícita de las parejas homosexuales de la posibilidad de acceder al seguro de enfermedades y maternidad dentro del régimen del seguro social se traduce en una *discriminación*, por lo que en principio pudiera sostenerse que el artículo 84, fracción III de la Ley del Seguro Social, leído en su literalidad es inconstitucional.” Amparo en Revisión 485/2013, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 29 de enero de 2014, pp. 34-35.

¹¹ “Los preceptos analizados distinguen implícitamente entre las personas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo, provocando que las segundas no tengan acceso a la seguridad social, lo cual está basado en una categoría sospechosa, ya que el acceso a la seguridad social se apoya en las preferencias sexuales de las personas, lo cual resulta a todas luces inconstitucional.” Amparo en Revisión 710/2016, resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 30 de noviembre de 2016, p. 53.

hecho de que estaba basada en un estereotipo sobre las mujeres como cuidadoras y los hombres como proveedores).¹²

- En el Amparo en Revisión 410/2012, la Suprema Corte analizó si las protecciones que ofrece el derecho a la no discriminación son aplicables al ámbito de los seguros, incluidos los que contratan las personas con empresas privadas. El caso, en concreto, tenía que ver con la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad que, en su artículo 9, prohíbe “cualquier tipo de discriminación contra las personas con discapacidad en el otorgamiento de seguros de salud o de vida”. La Corte llegó a la conclusión de que por supuesto que las protecciones del derecho a la no discriminación abarcan los seguros privados. La Corte resolvió que, “admitir la posibilidad de que un determinado ámbito de nuestro sistema jurídico representa una excepción para el cumplimiento de los principios consagrados en la Constitución, nos conduciría a concluir que la misma no es vinculante, lo cual no puede aceptarse en virtud de [...] que la Constitución es ante todo, una norma jurídica.”¹³

¹² “[E]sta diferencia atenta contra la igualdad de derechos que debe regir para toda persona independientemente de su sexo, además de que obstaculiza a los padres trabajadores a gozar del servicio en igualdad de derechos que la mujer trabajadora, colocándolos en una situación de desventaja.” “[E]ste trato diferenciado deriva de la asignación a la mujer del rol de cuidado de los hijos, por el solo hecho de serlo, lo que implica un estereotipo de género, esto es, la preconcepción de que es a la mujer a la que corresponde la responsabilidad de la crianza, la atención y el cuidado de los hijos, sin considerar que ésta es una responsabilidad compartida de los padres, que deben participar en igual medida.” “[Si] se examinan los supuestos en los que la ley concede al trabajador el beneficio de recibir el servicio de guardería, [se] condiciona el servicio a los viudos, divorciados o los que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, a que no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato. Esto es, mientras no establezcan una relación de matrimonio o concubinato que supone contar con una mujer para hacerse cargo de los hijos del trabajador, podrán contar con el servicio, lo que conlleva una diferenciación estructural que subyace en la norma asignando a la mujer un determinado papel en razón exclusivamente del género, reafirmando la visión estereotipada y situación de desventaja que permea en la norma, reduciendo a la mujer al papel del cuidado del hogar y los hijos.” Amparo en Revisión 59/2016, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 29 de junio de 2016, pp. 28-29.

¹³ Amparo en Revisión 410/2012, pp. VII-VIII. En este Amparo, la Corte también afirma que: “Todo lo anteriormente expuesto no implica que los principios de igualdad y de no discriminación anulen a los diversos principios de libertad de contratación y autonomía de la voluntad, sino que los mismos siguen subsistiendo y

La discriminación en el empleo en México

- Por último, es necesario mencionar dos amparos más. Primero: el Amparo Directo 47/2013, en el que la Suprema Corte se pronunció sobre los distintos recursos judiciales con los que cuentan las personas para demandar por acoso laboral, así como las cargas procesales y reparaciones que existen para cada vía.¹⁴ Este fallo es importante, no solo por su conceptualización del marco jurídico en cuestión, sino porque es claro en vincular el acoso a las relaciones de desigualdad que existen en el trabajo.¹⁵ Después está el Amparo Directo en Revisión 3186/2016, en

deben de tomarse en cuenta al momento de analizar la razonabilidad de las medidas implementadas en materia de discapacidad. Es decir, si bien tales principios deben tenerse en consideración cuando en un sistema jurídico se incorporan valores instrumentales referidos a personas con discapacidad, determinando en gran medida la modalidad y razonabilidad de los mismos, lo cierto es que su existencia no puede vedar la implementación de valores de naturaleza constitucional. Asimismo, si bien estos principios de derecho privado dejan de concebirse en términos absolutos, no menos cierto resulta que los mismos no desaparecen, pues a pesar de que son matizados ante la presencia de valores constitucionales, lo cierto es que las partes aún conservan un margen de discrecionalidad para celebrar actos en sus relaciones entre particulares, ante lo cual el derecho privado conserva su esencia pero con ciertos ajustes que resultan indispensables para dotar de plena fuerza normativa al texto constitucional. Tomando en consideración lo anterior, así como los principios y directrices que en materia de discapacidad hemos planteado previamente en este apartado, habremos de señalar que las compañías de seguros se encuentran vinculadas a la implementación de las medidas ordenadas en la normativa aplicable en nuestro país para las personas con discapacidad, a menos de que las mismas no encuentren una justificación razonable en los términos que ya hemos señalado de manera previa.” *Ibid.*, p. IX.

¹⁴ “Tal como se ha dicho, las conductas que configuran el *mobbing* o acoso laboral pueden generar daños o afectaciones susceptibles de reclamarse mediante distintas vías que, de acuerdo a la pretensión que alegue el demandante, habrán de ventilarse ante los órganos jurisdiccionales en las diferentes materias; así, a guisa de ejemplo, si el trabajador pretende la rescisión del contrato por causas imputables al empleador (sustentadas en el *mobbing* o acoso laboral) ese reclamo habrá de verificarse en la vía laboral; si, verbigracia, el trabajador acosado ha sufrido una agresión que pueda ser considerada como delito, tendrá la vía penal para lograr que el Estado indague sobre la responsabilidad y, en su caso, sancione a sus agresores; asimismo, según el tipo de prestación que intente, podrá incoar la vía administrativa o la civil, cada uno de cuyos procedimientos dará lugar a la distribución de cargas probatorias distintas, según la normatividad sustantiva y procesal aplicable al caso específico.” Amparo Directo 47/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de febrero de 2014, pp. 29-30.

¹⁵ “No se soslaya que la desigualdad en las relaciones laborales es un hecho que ha sido patente a lo largo de la historia y con motivo de la cual, derivado de la evolución de la sociedad mexicana, el legislador —en línea directa hacia la toma de conciencia sobre la

el que la Suprema Corte establece que, en los casos en los que se alegue violencia sexual en contra de la mujer, se deben valorar las pruebas con “perspectiva de género”.¹⁶ Esto incluye los casos de hostigamiento y acoso sexual en el trabajo.

3. Otros documentos internacionales relevantes

Además de los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, están las recomendaciones o comentarios generales que han emitido diversos órganos internacionales encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados internacionales mencionados previamente. Sin el afán de ser exhaustiva, valga mencionar como documentos relevantes los siguientes: la Observación General No. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre la relación entre el derecho a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales; el Comentario General No. 38, del Comité de Derechos Humanos, sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; la Recomendación General No. 35 del Comité de la CEDAW, sobre la violencia basada en el género en contra de las mujeres; y, finalmente, tanto la Recomendación General No. 25 del Comité de la CEDAW, sobre las medidas especiales de carácter temporal, como la Recomendación General No. 32 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, sobre el mismo tema. Documentos como éstos

dignidad de la persona y la necesidad de reivindicar los derechos de los trabajadores— ha incorporado en el ordenamiento jurídico mexicano, disposiciones como los artículos 1º, 4º y 123 constitucionales, en cuyo contenido se encuentra imbibida la prohibición al tipo de conducta u hostigamiento laboral de que se trata, pero que, por su especificidad ha dado lugar, en algunos casos, a un tratamiento especial.” *Ibid.*, p. 25.

¹⁶ “Con el objeto de remover las barreras en el acceso a la justicia [...] y como una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual, se deben establecer reglas para la valoración de los testimonios de las víctimas de este tipo de delitos con una perspectiva de género, con el objeto de evitar afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas y que su inadecuada valoración pueda llevar a las personas juzgadas a restar credibilidad a la versión de las víctimas.” Amparo Directo en Revisión 3186/2016, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 1 de marzo de 2017, p. 27. Los elementos que deben ser tomados en cuenta al momento de valorar el testimonio de la víctima que ha sido sometida a un acto de violencia sexual se enumeran en las páginas 31 y 32 del fallo. En la página 33 afirma que “las personas juzgadas deben, oficiosamente, analizar la totalidad de casos de delitos que involucren algún tipo de violencia sexual contra la mujer realizando una valoración de pruebas en la que se observen las pautas aquí descritas, como lo que debe acontecer con las víctimas de hostigamiento sexual.”

La discriminación en el empleo en México

sirven porque ofrecen interpretaciones o aclaraciones sobre el alcance que tienen los tratados en la materia.

B. El contenido del derecho a la no discriminación en el empleo

Después de haber repasado brevemente el fundamento del derecho a la no discriminación, en esta sección se detalla su contenido y sus alcances. Con ello, se espera que quede claro qué protecciones le ofrece a las personas y qué obligaciones genera para las autoridades.

1. Protege a las personas en el trabajo y todo lo relacionado a él

Primero: el Convenio número 111 es claro en que la discriminación está proscrita en el “empleo” y en la “ocupación”, lo que incluye tanto el acceso a medios de formación profesional, la admisión en el empleo y las condiciones de trabajo. En otras palabras: la protección que ofrece el derecho a la no discriminación en el empleo abarca *todo el proceso laboral*, desde el momento en el que hay una convocatoria de trabajo hasta el despido, pasando por las promociones y las condiciones laborales. Los casos que la Suprema Corte ha resuelto al respecto, lo confirman: las personas sí están legitimadas para demandar a una empresa o institución porque sus convocatorias de trabajo son discriminatorias. Esto es fundamental, porque en este sentido el derecho a la no discriminación en el empleo supone una “innovación” a lo que se entiende comprendido por el derecho laboral, que, tradicionalmente, ha servido para proteger a los y las trabajadoras *una vez que existe una relación laboral*. El derecho a la no discriminación, sin embargo, obliga a ir un paso más allá y revisar las condiciones mismas a partir de las cuales puede surgir o no una relación laboral.

Segundo: el derecho a la no discriminación abarca todas las prestaciones laborales. Los casos de la Suprema Corte ejemplifican que se puede impugnar la falta de acceso a la seguridad social –como ocurrió con las parejas del mismo sexo–, así como los requisitos diferenciados para acceder a pensiones o servicios como el de las guarderías. Esto aplica para cualquier otro servicio o prestación, incluidas las que ofrecen las empresas o instituciones sin que estén contempladas en la ley. El mandato es claro: cualquier prestación o servicio que se ofrezca a los y las trabajadoras tiene que ofrecerse respetando el derecho a la no discriminación.

Tercero: el derecho a la no discriminación también abarca el trato en el trabajo. Desde aquí, el acoso laboral debe ser entendido como un problema de discriminación en el empleo, cuando se entrecruza con el género, el color de piel, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, etc. Esto es:

cuando se trata de una violencia que por lo general recae más sobre ciertas personas o grupos de personas que otros. En principio, por supuesto, *toda* violencia en el trabajo está proscrita. Todas las personas tienen derecho a que su integridad física, psíquica y moral sea respetada. Sin embargo, está demostrado que el acoso laboral es un fenómeno que, en ciertas de sus manifestaciones, afecta más a ciertos grupos de personas que a otras. El ejemplo clásico es la violencia sexual que, según distintos indicadores, aún afecta más a mujeres que a hombres. Esto significa que, cualquiera que sea la política en contra de la violencia en el empleo, tiene que considerarse el papel que juega la discriminación en ella.

Cuarto: el derecho a la no discriminación protege a las personas no solo de que se queden sin trabajo, sin prestaciones o sin alguna promoción –por ejemplo–, sino que las protege de tener que siquiera pasar o vivir ciertos procesos que son, en sí, problemáticos. El ejemplo más evidente de esto es el caso que resolvió la Suprema Corte sobre la abogada corporativa que, para obtener una promoción, se tuvo que someter a un examen médico. Sí: todas las personas en la empresa, sin excepción, tuvieron que someterse a ese examen. No es algo que se le impuso solo a ciertos grupos de personas. Pero la Corte fue clara en que, dado el potencial discriminatorio de esos exámenes –como lo demostró el caso de la abogada, que fue despedida por tener cáncer de mama–, solo pueden suministrarse si las compañías o instituciones demuestran que tiene una relación exacta y precisa con el trabajo que se va a desempeñar. De lo contrario, son inconstitucionales.

2. Protege a las personas en trabajos del sector público y privado

Como ha reconocido ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación en distintas ocasiones:¹⁷ las protecciones que otorga el derecho a la no discrimi-

¹⁷ “Lo anterior cobra aplicación en el caso concreto, no obstante de que se trata de un conflicto entre dos particulares; pues, como ya lo ha señalado esta Primera Sala, los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación, son vinculantes no sólo frente a los órganos del Estado, sino que adicionalmente, poseen eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares.” Amparo Directo en Revisión 1387/2012, p. 52, párr. 129. “La prohibición de discriminación no sólo está dirigida a los poderes públicos, sino también a los particulares[.]” Amparo Directo en Revisión 83/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 6 de abril de 2016, párr. 37. También véase las siguientes tesis: Derechos fundamentales en el ámbito empresarial. Reconocimiento de los derechos que como personas poseen los trabajadores (Tesis 1ª. CDXXVIII/2014, Registro No. 2008088); Principio de la autonomía de la voluntad e incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones

La discriminación en el empleo en México

minación aplican tanto para los trabajos en el sector público, como los del sector privado. En otras palabras: en *todos* los empleos. En este sentido, no es válido argumentar que las empresas privadas se encuentran exentas de respetar el derecho a la no discriminación de las personas, so pretexto de que gozan de una libertad empresarial que les otorga el derecho a decidir quiénes laboran en su interior y cuánto ganan. La “libertad empresarial” termina donde comienza el derecho de las personas a no ser discriminadas. En este sentido, las empresas tienen que actuar de forma que no violente este derecho.

3. Protege a las personas de la discriminación por muchos motivos

Si se interpretan armónicamente las distintas disposiciones constitucionales e internacionales sobre el derecho a la no discriminación, está proscrita la discriminación por raza, color, linaje, sexo, género, estado civil, discapacidad, origen étnico, origen nacional, salud, edad, preferencias sexuales, condición social, posición económica, religión, opinión política “y cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar” derechos. Las razones que actualmente se reconocen como inválidas para excluir a las personas del goce de sus derechos, en otras palabras, son amplias y variadas.

De manera adicional, es necesario enfatizar el hecho de que la lista de “categorías sospechosas”, como las llama la Suprema Corte, está abierta. La Constitución mexicana prevé la posibilidad de que existan otras razones por las cuales se discrimina a las personas que no están contempladas en el texto constitucional. De ser ese el caso, el texto constitucional autoriza ampliar la protección del derecho a la no discriminación, sin que sea necesario reformarlo. Basta identificar esa “causa” que genera un trato “que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar derechos”, que opera de manera análoga al género, la discapacidad o la raza –por poner un ejemplo– para que se convierta en una “categoría sospechosa”.

Por ejemplo: el derecho a la no discriminación se podría extender a personas con antecedentes penales –como de hecho ya lo hace el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación– que resultan privadas de una

laborales (Tesis 1ª. CDXXVII/2014, Registro No. 2008112); Principio de la autonomía de la voluntad. Factores para medir la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (Tesis 1ª. CDXXVI/2014, Registro No. 2008113); Derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación. Gozan de eficacia en las relaciones entre particulares (Tesis 1ª. XX/2013, Registro No. 2002504).

multiplicidad de trabajos y puestos políticos por el solo hecho de contar con antecedentes penales, sin que esto, en sí, sea indicativo de su capacidad de desempeñar un trabajo.¹⁸ Lo mismo podría afirmarse sobre las personas que tienen tatuajes o, en general, cuando se discrimina a las personas con base en la apariencia. Se trata de criterios que, casi sin excepción, resultan irrelevantes para predecir la capacidad de una persona para desempeñar un trabajo. Y uno de los propósitos básicos del derecho a la no discriminación en el empleo es, precisamente, erradicar ese tipo de arbitrariedad de la esfera del trabajo.

Más allá de las generalidades, se considera pertinente realizar algunas precisiones sobre tres categorías sospechosas, en particular.

Sobre “el género”: El derecho a la no discriminación protege a las personas de que por “el género” no puedan ejercer efectivamente sus derechos. “El género”, constitucionalmente, se entiende en un sentido amplio. ¿Qué implica esto? Para empezar: que protege tanto a las mujeres, como a los hombres de que, por el género, se restrinjan sus derechos. La misma Suprema Corte ha resuelto tres casos en los que se demuestra cómo la presunción sobre qué es “lo propio” de los hombres y de las mujeres puede vulnerar los derechos de los hombres. Estos son el caso del acceso a las guarderías, a la pensión de viudez y el de las convocatorias de trabajo disponibles solo para “mujeres jóvenes”. Segundo: el derecho a que una persona no sea discriminada por el género significa que sus derechos no se pueden violentar porque su “feminidad” o “masculinidad” no es la esperada.¹⁹ En otras palabras: no se les puede imponer una forma de “ser hombres” o “ser mujeres” a las personas, so pena de no obtener, perder o ver condicionado su trabajo. Esto incluye la discriminación por cómo expresan el género y por cómo es leída su “feminidad” o “masculinidad”. Tercero: que se prohíba la discriminación por género, implica que se prohíbe la discriminación

¹⁸ Se podría argumentar, de hecho, que legitimar la exclusión de las personas con antecedentes penales del mundo laboral implicaría prolongar un castigo con el que ya cumplieron y atentar contra el propósito de las penas que la misma Constitución ha establecido, que es garantizar la reinserción social de las personas.

¹⁹ Por ejemplo: en el caso *Price Waterhouse v. Hopkins* (490 U.S. 228 (1989)), resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1987, se le negó una promoción a una trabajadora de la empresa Price Waterhouse porque se estimó que, para obtenerla, tenía que “mejorar” sus modos; en específico: tenía que “caminar más femeninamente, hablar más femeninamente, vestirse más femeninamente, usar maquillaje, estilizar su pelo y usar joyería”. Se le castigó, en otras palabras, por fallar en expresar la feminidad que, para la empresa, era la adecuada. Esto, constitucionalmente, también está prohibido en México.

La discriminación en el empleo en México

por identidad de género. Las personas no pueden ser discriminadas por cómo se identifican en relación al género. La consecuencia más evidente de esto es que las personas trans ya se encuentran protegidas por el texto constitucional directamente. Esto, entre otras cosas, implica que, además de que está prohibida la exclusión del o maltrato en el trabajo, se les tiene que garantizar acceso a documentos de identidad que reflejen su propia de identidad de género (no solo el acta de nacimiento, pasaporte, credencial de elector, CURP y RFC, sino todos los documentos internos de las empresas o instituciones en las que laboran también tienen que reflejar su identidad, como se verá en el tercer apartado).

Sobre la “discapacidad”: al haber ratificado la CDPD, México adoptó el “modelo social de la discapacidad”, aquel que entiende a la discapacidad como el resultado de la interacción entre una persona y su entorno. Esto es: se entiende que la discapacidad no es algo inherente a la persona, sino que surge por características particulares de la persona y el entorno en el que se mueve. Un punto importante a considerar, sin embargo, es que la discapacidad a la que se refiere la CDPD no es solo la física, la sensorial o la intelectual, sino la mental. Esto implica que la discriminación por tener una discapacidad psicosocial también está proscrita. Las consecuencias que esto podría tener para la esfera laboral podrían ser inmensas.²⁰

Sobre el “origen nacional”: cuando se prohíbe la discriminación por “origen nacional”, debe entenderse que esto abarca el “estatus migratorio” de las personas. Está mostrado, de hecho, que el estatus migratorio es

²⁰ Para la discriminación de personas con discapacidad psicosocial en el empleo, se puede ver: World Health Organization Europe, *Mental health and well-being at the workplace-protection and inclusion in challenging times*, 2010, disponible en: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0018/124047/e94345.pdf; OECD, Recommendation of the Council on Integrated Mental Health, Skills, and Work Policy, 14 de diciembre de 2015; OECD, *Fit Mind, Fit Job. From Evidence to Practice in Mental Health and Work*, Mental Health and Work, OECD Publishing, Paris, 2015; “Mental health problems in the workplace”, *Harvard Health Publications*, febrero 2010, disponible en: https://www.health.harvard.edu/newsletter_article/mental-health-problems-in-the-workplace; Kelsey Meyer, “Company’s Mental Health Policy”, *Harvard Business Review*, 11 de julio de 2016, disponible en: <https://hbr.org/2016/07/how-we-rewrote-our-companys-mental-health-policy>; y, finalmente, European Commission, *The Employment Equality Directive and supporting people with psychosocial disabilities in the workplace. A legal analysis of the situation in the EU Member States*, 2016, disponible en: <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3966-the-employment-equality-directive-and-supporting-people-with-psychosocial-disabilities-in-the-workplace-a-legal-analysis-of-the-situation-in-the-eu-member-states>

un factor de riesgo para la trata laboral,²¹ por lo que puede afirmarse que garantizar la no discriminación de las personas por razón de su estatus migratorio es fundamental. Como todos los derechos, el derecho a la no discriminación tiene que armonizarse con otros derechos, valores y bienes constitucionalmente protegidos. Esto significa, por supuesto, que la soberanía nacional y la autonomía que tiene el Estado para determinar quién puede entrar al territorio y de qué forma, es un factor a considerar al momento de determinar la regulación sobre la migración. Pero no es el único factor. El otro es el derecho que tienen las personas a no ser discriminadas por su estatus migratorio.

Por último: si bien la Constitución y los tratados internacionales conciben a las categorías como “independientes” entre sí, eso no significa que, en los hechos, no pueden operar de manera conjunta. De hecho, las personas rara vez son discriminadas por una sola razón. Lo común es que las categorías intersecten y produzcan discriminaciones distintas incluso entre los mismos grupos. El ejemplo clásico es cuando el género se junta con el

²¹ “En el proceso de migración, muchas personas se ven expuestas a la explotación, la discriminación, los abusos y otras violaciones de los derechos humanos.” Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, *Derechos humanos de los migrantes*, A/71/285, 4 de agosto de 2016, párr. 11. “A nivel mundial, en sectores donde la reglamentación es insuficiente, como el trabajo doméstico, los cuidados, la construcción, la agricultura, la industria de la confección, la elaboración y el empaquetado de alimentos, la pesca, la extracción y la hostelería, los migrantes que no pueden obtener permisos de trabajo llegan de forma irregular y son vulnerables a la explotación económica, el abuso y la violencia. Los Estados son muy conscientes de este hecho, pero pueden hacer poco para reducir los niveles de explotación, y los empleadores aprovechan el hecho de que los migrantes rara vez se quejan, se movilizan o protestan, debido a su falta de estatuto, capital político o acceso a la justicia.” *Ibid.*, párr. 58. “La represión de los migrantes irregulares y la externalización del control de las fronteras apenas consiguen aumentar el sufrimiento de los migrantes y tienen el efecto de consolidar las redes de tráfico ilícito de personas y fortalecer a los contratantes y empleadores explotadores. Los migrantes seguirán llegando. La única solución es adoptar políticas migratorias bien gestionadas que faciliten la movilidad de los migrantes y proporcionen a los Estados los controles de fronteras que necesitan.” Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre una agenda 2035 para facilitar la movilidad humana*, A/HRC/35/25, 28 de abril de 2017, párr. 31. “Cuando los canales regulares de migración no reflejan adecuadamente las necesidades del mercado de trabajo, los migrantes tienen más probabilidades de que las redes de tráfico ilícito de personas y los contratantes poco éticos les ofrezcan soluciones de migración irregular, y de pasar a ser víctimas de la explotación y los abusos.” *Ibid.*, párr. 44. También se puede ver

La discriminación en el empleo en México

origen étnico: por virtud del género, la exclusión que padecen las mujeres indígenas, por lo general, es mayor a la que padecen los hombres indígenas en muchos indicadores (educación y empleo, por mencionar dos). Pero, al mismo tiempo, el origen étnico (o la posición económica) puede provocar que muchas mujeres (no indígenas) vean sus derechos menos vulnerados que muchos hombres (indígenas). La discriminación es compleja y el análisis tiene que dar cuenta de ello.

4. Protege a las personas de la discriminación directa e indirecta

Una interpretación armónica de la Constitución junto con los tratados internacionales, permite afirmar que, en México, está proscrita tanto la discriminación *directa*, como la discriminación *indirecta*. Esto es, tanto la discriminación que resulta de actos “intencionales” realizados por personas o autoridades específicas —la directa—, como aquella que es el resultado de políticas, dinámicas y arreglos institucionales que, si bien no necesariamente fueron diseñados para discriminar, operan de forma tal que excluyen injustificadamente a las personas del goce de sus derechos. Las implicaciones que esto tiene para el Estado son inmensas: tiene que responsabilizarse de todo lo que *resulte* en una discriminación, sea eso lo que se busque intencionalmente o no. Esto significa que, para cumplir con este mandato, tiene que implementar instituciones y mecanismos que permitan, al menos, *detectar* y comenzar a *revertir* la discriminación indirecta, a través de una variedad de medios. Este es, considero, el mayor reto que tiene el Estado en esta materia y sobre el cual ahondaré más adelante.

5. No implica que no se puede diferenciar

Por último, la aclaración que siempre es necesaria: el derecho a la no discriminación no prohíbe *todas* las diferenciaciones. Esto lo ha reconocido la Suprema Corte en una multiplicidad de ocasiones: “la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, lo que prohíbe es su utilización de forma injustificada.”²² De hecho: no solo es posible, sino que a veces hasta es requerido diferenciar.²³

²² Amparo en Revisión 581/2012, p. 32. European Commission, *Links between migration and discrimination. A legal analysis of the situation in EU Member States*, 2016, disponible en: <http://www.equalitylaw.eu/downloads/3917-links-between-migration-and-discrimination>

²³ “En este sentido, el estándar para revisar la constitucionalidad de [las] normas, debería ser, en principio, la prohibición de hacer distinciones basadas en alguna de las categorías sospechosas contenidas en la cláusula de no discriminación del

El ejemplo paradigmático de cómo a veces se requiere diferenciar es el de las prestaciones para las personas que se embarazan.²⁴ Estas personas tienen reconocidos derechos que a nadie más se le reconocen: el derecho a descansar del trabajo seis semanas antes del parto y seis semanas después del parto, así como el derecho a tomarse dos descansos al día para lactar. A pesar de esta “exclusión” que viven los hombres y las mujeres que no se embarazan, se estima que está justificada porque este derecho —este “descanso laboral”— es necesario para quienes tienen un embarazo, *por el embarazo*. Lo que justifica la ausencia laboral *es* el embarazo. No darles a estas personas este descanso, de hecho, podría poner en peligro su salud. Reconocerles y respetarles estos derechos, por lo tanto, no solo *no* infringe el derecho a la no discriminación, sino que suponen su actualización: implica respetar el proceso por el que están pasando (respetarles su “diferencia”), sin que se les castigue por ello.²⁵

Por eso se sostiene que el derecho a la no discriminación no implica un mandato de tratar a las personas con una igualdad a rajatabla. No significa que todas las personas siempre deben ser tratadas igual, en todo. Significa que el goce de derechos debe garantizársele a todas las personas. Esto a

último párrafo artículo primero constitucional. Sin embargo, existen ocasiones en que no sólo está permitido hacer distinciones con base en tales criterios, sino que ello es constitucionalmente exigido.” Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas 74/2014, 76/2014 Y 83/2014, resueltas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 2 de octubre de 2014, p. 169.

²⁴ Una de las reformas pendientes para garantizar plenamente los derechos de las personas trans, sería la de dejar de asignar los derechos relativos al embarazo y a la lactancia solo a las “mujeres embarazadas”. Para cumplir con el mandato constitucional de la no discriminación por género, este tipo de derechos deberían ser para las “personas que se embarazan o lactan”, sin que sea necesario referir a la identidad de género de las personas para asignar estos derechos. Esto aplica, por supuesto, para todo lo referido a la salud sexual y reproductiva. Para un análisis de cómo la justicia reproductiva debería incluir a las personas LGBT, puede leerse: National LGBTQ Task Force, *Queering Reproductive Justice: A Toolkit*, marzo 2017, disponible en: <http://www.thetaskforce.org/wp-content/uploads/2017/03/Queering-Reproductive-Justice-A-Toolkit-FINAL.pdf>; If/When/How Lawyering For Reproductive Justice, *Reproductive Justice in the Transgender Community*. If/When/How Issue Brief, 2017.

²⁵ Para un texto dedicado a cuáles son algunas de las “diferencias” (reproductivas) de las mujeres que se deben respetar reconociéndolas, véase Rebecca J. Cook y Susannah Howard, “Accommodating Women’s Differences Under the Women’s Anti-Discrimination Convention”, *Emory Law Journal*, vol. 56, 2007, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029375

La discriminación en el empleo en México

veces exigirá un trato idéntico, pero a veces exigirá un trato distinto. Todo depende del caso. Ahora: ¿cómo saber cuándo es válido diferenciar o no?

Tratándose del derecho a la no discriminación, según la Corte, se puede estar frente a tres escenarios:

(i) la necesidad de adoptar *ajustes razonables* para lograr una igualdad sustantiva y no meramente formal entre las personas;²⁶

²⁶ Aprovecho este punto para hacer una aclaración: no utilizo el concepto de la “equidad” en ningún momento de este artículo, ni, por supuesto, el de la “equidad de género”. Sé que muchas personas entienden la “equidad” como algo a lo que se debe aspirar, porque, según la definición que utilizan, implicar “darle a cada quien lo que necesita, considerando sus diferencias”. La igualdad, en cambio, para las personas que conciben así a la equidad, implica un trato a rajatabla que es injusto. Es común que, por lo mismo, estas personas hablen de “equidad de género”, porque es lo que llevaría a tratar a los hombres y a las mujeres diferentes, dado que “son” diferentes. En un mundo en el que se imagina al feminismo como algo que quiere hacer que “las mujeres sean como los hombres” (algo que muchas personas consideran “atroz”), esta visión de la equidad, por supuesto, es bastante popular (entre hombres y entre mujeres). Me parece importante señalar, sin embargo, dos cosas. Primera: la CEDAW, que es el tratado internacional más importante en la materia, no utiliza, jamás, el concepto de la “equidad”. Utiliza el concepto de “igualdad y no discriminación”. Si se analizan bien estos conceptos, en la CEDAW, se verá que ultimadamente garantizan lo mismo que la supuesta equidad garantiza: no una igualdad a *rajatabla*, que no considere las diferencias entre las personas, sino una igualdad sustantiva. “Mientras que las feministas no buscamos ser idénticas a los hombres,” escriben Alda Facio y Martha I. Morgan, “sí buscamos gozar de los derechos que los hombres han gozado antes que nosotras, y sí estamos buscando gozar del estatus de ‘humanas’ que los hombres ya gozan. En otras palabras, no estamos proponiendo una igualdad que se traduzca en un tratamiento idéntico entre mujeres y hombres; estamos demandando una igualdad que se traduzca en cualquiera que sea el trato que garantice el disfrute para ambos sexos de todos los derechos humanos.” Segundo: es necesario señalar que, según Facio y Morgan, el concepto de la “equidad de género” se lo debemos al Vaticano y a los grupos de islámicos fundamentalistas que, desde la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing de 1995, lo trataron de impulsar. Buscaban que se usara “equidad” y no “igualdad”, supuestamente porque sería “mejor para las mujeres”. Facio y Morgan dan un ejemplo de cómo se suponía que este concepto debía operar. Según estos grupos, la “equidad” era mejor porque, por ejemplo, permitía resolver asuntos hereditarios de manera más justa. Esto ya que “le permitiría a los padres ser más ‘justos’ en la división de la propiedad: los hijos heredarían la tierra y los modos de producción porque serán los proveedores, mientras que las hijas heredarían los utensilios de la cocina porque serán las reinas del hogar.” Este ejemplo, por supuesto, apunta a la importancia de ser críticos con el discurso que afirma, sin mayor análisis, que los hombres y las mujeres simplemente “son diferentes”. No porque no existan ciertas diferencias, sino porque lo importante es entender *cuáles*, exactamente, son esas diferencias. Si las diferencias

- (ii) la adopción de medidas especiales o afirmativas, normalmente llamadas acciones afirmativas;²⁷ y
- (iii) el análisis de actos y preceptos normativos que directa o indirectamente (por resultado), o de manera tácita, resulten discriminatorios.²⁸

son como las que se señalan en el ejemplo de Facio y Morgan, tenemos un problema. Si las diferencias son “físicas”, también hay que tener cuidado. Como lo abordo con más detalle en el Apartado II: históricamente se han proclamado muchas diferencias físicas entre hombres y mujeres que, ya que se analizan, no tienen sustento científico. Desde ahí, creo que también es importante erigir una crítica al concepto de “equidad de género”, más considerando el ascenso reciente de grupos como el Frente Nacional por la Familia que supuestamente luchan en contra de una “ideología de género”, que niega “la biología” y “la ciencia” que dictan que “hay hombres” y “hay mujeres”, que “nacen hombres” y que “nacen mujeres”. Véase Alda Facio y Martha I. Morgan, “Equity or Equality for Women? Understanding CEDAW’s Equality Principles”, *Alabama Law Review*, vol. 60, 2009, pp. 1154-1160, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1469999; Estefanía Vela Barba, “La verdadera ideología de género”, *New York Times* en Español, 11 de julio de 2017, disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2017/07/11/la-verdadera-ideologia-de-genero/>; Julieta Lemaitre, “¿Qué es una ideología de género?”, *La Silla Vacía*, 11 de agosto de 2016, disponible en: <http://lasillavacia.com/blogs/que-es-una-ideologia-de-genero-57494>; véase también Macarena Sáez y José Manuel Morán Faúndes (eds.), *Sexo, delitos y pecados. Intersecciones entre religión, género, sexualidad y el derecho en América Latina*, Center for Latin American & Latino Studies, American University, 2016, disponible en: <http://www.american.edu/clals/upload/2016-15-12-Sexo-Delitos-y-Pecados-FINAL.pdf>

²⁷ “No deben confundirse las medidas especiales con los derechos específicos de determinadas categorías de personas o comunidades, por ejemplo los derechos de las personas pertenecientes a minorías a gozar de su cultura, profesar y practicar su religión y emplear su idioma, los derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a las tierras que ocupan tradicionalmente, y los derechos de las mujeres a no recibir el mismo trato que los hombres, como en el caso de los permisos de maternidad, por razón de las diferencias biológicas entre ambos sexos. Estos derechos son derechos permanentes, reconocidos como tales en los instrumentos de derechos humanos, incluidos los adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas y sus organismos. Los Estados partes deben observar meticulosamente, en su legislación y en su práctica, la distinción entre las medidas especiales y los derechos humanos permanentes. Esta distinción implica que los titulares de esos derechos permanentes pueden beneficiarse también de las medidas especiales.” Comité para la Eliminación Racial, Recomendación General No. 32, Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, CERD/C/GC/32, 29 de septiembre de 2009, párr. 15.

²⁸ Amparo Directo en Revisión 83/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 6 de abril de 2016, párr. 28.

La discriminación en el empleo en México

En cada uno de estos escenarios, se tiene que analizar si la medida en cuestión es o no constitucional. Si se van a realizar “ajustes razonables” para garantizar la inclusión en la esfera laboral de ciertos grupos (como las personas con discapacidad), si se van a implementar medidas especiales para acelerar la igualdad de facto (como podrían ser las cuotas de género) o si se va a implementar una ley o política que diferencia entre personas, se tiene que realizar un *test* para saber si las medidas son válidas o no. El *test* cambia dependiendo de la medida de que se trate.

a. Medidas que directa o indirectamente discriminan

Para la Suprema Corte, se debe utilizar el test de “escrutinio estricto” en aquellos casos en los que la distinción:

se base en alguna de las categorías sospechosas enumeradas en la Constitución o los tratados internacionales o

“implique una afectación central a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano”.²⁹

Para la Corte, “la utilización de estas categorías debe examinarse con mayor rigor precisamente porque sobre ellas pesa la *sospecha* de ser inconstitucionales. En estos casos, puede decirse que las [medidas] que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una *presunción de inconstitucionalidad*.”³⁰

“En estos casos,” sostiene la Corte, se “debe llevar a cabo un test de proporcionalidad en el que [se] estudie [la] legitimidad, idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la medida.”³¹ En concreto, se tiene que hacer el siguiente análisis:³²

1) “En primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.” Esto implica que la medida no solo “no debe ser abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales”, sino que “debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante”.³³

²⁹ Amparo Directo en Revisión 83/2015, párr. 36.

³⁰ Amparo Directo en Revisión 581/2012, pp. 31-32.

³¹ Amparo Directo en Revisión 83/2015, párr. 36.

³² Este análisis ya forma jurisprudencia del Pleno. Véase CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO (Tesis P./J. 10/2016, Registro No. 2012589).

³³ Amparo Directo en Revisión 581/2012, p. 34.

2) “En segundo lugar, debe analizarse si la distinción [está] estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa”. Para que sea válida “debe estar directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales antes señalados”, “debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos.”³⁴

“Finalmente, la distinción [debe] ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.”³⁵

Este *test* se debe aplicar en casos de discriminación directa, en donde una norma, sentencia, política o decisión explícitamente utiliza la categoría sospechosa para dar un trato distinto. Pero también se debe aplicar en casos de discriminación indirecta, en donde una norma, política o práctica, aunque esté articulada de forma neutral, tiene un impacto diferenciado con base en una categoría sospechosa.³⁶

La Corte ha establecido que, para hablar de una discriminación indirecta, tiene que identificarse “una norma, criterio o práctica aparentemente neutral” que “afecta de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social [e]n comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga.”³⁷ Debe “acreditarse empíricamente la afectación o desventaja

³⁴ *Ibid.*, p. 35.

³⁵ *Ibid.*, p. 35.

³⁶ “Para poder establecer que una norma o política pública que no contempla una distinción, restricción o exclusión explícita sí genera un efecto discriminatorio en una persona, dado el lugar que ocupa en el orden social o en tanto perteneciente a determinado grupo social –con el consecuente menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos o libertades fundamentales–, es necesario introducir factores contextuales o estructurales en el análisis de la discriminación. Entre estos factores se ubican las relaciones de subordinación en torno al género, la identidad sexo-genérica, la orientación sexual, la clase o la pertenencia étnica; las prácticas sociales y culturales que asignan distinto valor a ciertas actividades en tanto son realizadas por grupos históricamente desaventajados, y las condiciones socioeconómicas. Estos factores condicionan que una ley o política pública –aunque se encuentre expresada en términos neutrales y sin incluir una distinción o restricción explícita basada en el sexo, el género, la orientación sexual, la raza, la pertenencia étnica, entre otros– finalmente provoque una diferencia de trato irrazonable, injusto o injustificable de acuerdo con la situación que ocupen las personas dentro de la estructura social.” Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 11 de agosto de 2015, párr. 74.

³⁷ Amparo Directo 19/2014, párr. 94.

La discriminación en el empleo en México

producida en relación a los demás³⁸ para poder someter la norma, criterio o práctica en cuestión al *test* de escrutinio estricto. Una vez que queda determinado que existe una norma, criterio o práctica que está teniendo ese impacto diferenciado, se presume inconstitucional salvo que pase el *test* de escrutinio estricto.

Por ejemplo: en un estudio que se realizó sobre el escaso número de juezas y magistradas a nivel federal, se detectó que una de las razones por las cuales los números eran bajos, era porque pocas concursaban por estos puestos. Lo interesante, sin embargo, es que la baja participación en los concursos no se debía a que no les interesara a las mujeres el trabajo jurisdiccional en el poder judicial. Para el momento del estudio, las mujeres ocupaban el 42.6% de las plazas de secretarías proyectistas en el poder judicial federal (en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en concreto, las mujeres ocupaban el 49% de los puestos de secretarías de estudio y cuenta).³⁹ En otras palabras: el número de mujeres desempeñando labores jurisdiccionales que podían concursar era mucho más alto que el número de las que de hecho concursaban. ¿A qué se debía la diferencia? Descubrieron que las mujeres no concursaban por varias razones, todas relacionadas con la dificultad de conciliar su vida familiar con la laboral.⁴⁰

³⁸ *Ibid.*, párr. 95.

³⁹ Véase Jorge Martínez Stack, Alejandra Benítez, Víctor Morales Noble y Jacqueline Martínez Uriarte, *Carrera judicial y género. De secretarías a juezas: un techo de cristal (un diagnóstico)*, CJF, diciembre de 2014; Jorge Martínez Stack, Alejandra Benítez y Víctor Morales Noble, "Carrera judicial y género. De secretarías a juezas: ¿un techo de cristal?", *Igualdad*, CJF, 2014, año 1, núm. 4.

⁴⁰ "El que las mujeres secretarías cumplan de manera prioritaria con las tareas, roles, y expectativas que tradicionalmente han tenido que asumir, se percibe por la mayoría de las participantes como difícilmente compatible con el esfuerzo adicional que implica prepararse para el examen, participar en el procedimiento de selección, destacar en la puntuación de los factores de desempeño contemplados en el examen, asumir una nueva sobrecarga de trabajo, un posible cambio de adscripción y, en resumen, una nula o mínima conciliación entre lo laboral y lo familiar." "Según la visión de las mujeres secretarías, a los varones les resulta más fácil participar en el examen en tanto tienen más tiempo para su preparación, ya que no invierten tantas horas como ellas en el mantenimiento del hogar y bienestar de la familia a través de la realización de labores domésticas y de cuidado; cuentan con más apoyo de sus titulares y de sus parejas para prepararse para el examen; los aspectos familiares no tienen tanta incidencia en la decisión de cambiar de adscripción y su acceso al cargo, ya que pareciera existir un contexto institucional, nunca explícito, en donde existen mayores expectativas de que son los hombres los que tienen que ocupar las plazas de juezas." Stack *et al.*, *Carrera judicial y género*, pp. 13-14.

Un problema específico era que, de resultar ganadoras, podrían ser adscritas a otra jurisdicción, lo que implicaba tener que negociar con sus familias la reubicación, algo que, en muchos casos, era lo que las terminaba por desalentar.

Este estudio es importante porque muestra que la política de adscripción tiene un impacto diferenciado en las mujeres, un impacto que termina por excluirlas de ocupar los puestos más altos de la judicatura federal. Desde la lógica del derecho a la no discriminación, esta política, esta forma específica de determinar la adscripción de las personas, es inconstitucional, salvo que se demuestre que pasa el *test* de escrutinio estricto. Esto implica que esta norma “se salva” solo si se demuestra que persigue un fin constitucionalmente imperativo; que *de hecho* sirve para lograr ese fin; y que no existe otra manera de realizar la adscripción judicial que sea menos restrictiva para las personas.⁴¹ Si sí exista otra forma de realizar la adscripción que sea menos restrictiva, siempre debe optarse por esta opción.

Lo importante a notar de todo esto es que, por virtud del derecho a la no discriminación, lo que se pone en duda es la norma, el diseño institucional, la práctica laboral y no a la persona. Lo que tiene que demostrarse que es necesario es *esa forma de organizar el trabajo*. Afirmo lo anterior porque, por lo general, se asume que son las personas quienes se tienen que adaptar al mundo del empleo (o al mundo, en general). Pero lo radical del derecho a la no discriminación es que invierte ese supuesto: el mundo laboral es el que se tiene que adaptar a las necesidades de las personas.

b. Medidas especiales

En la Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas, la Suprema Corte se pronunció sobre las medidas especiales o afirmativas. El caso, en particular, versaba sobre una reforma a las leyes de Chiapas por virtud de la cual se introdujo una cuota de género para “propiciar y asegurar la mayor participación de las mujeres en los órganos de la representación popular y del gobierno municipal.”⁴² La medida, evidentemente, utilizaba “el

⁴¹ Dado que, por lo general, sí existen otras formas de determinar la adscripción de las personas, menos restrictivas, es difícil ver cómo esta política de adscripción podría salvarse desde una perspectiva constitucional. Por ejemplo: para asignar a qué Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación va a ir cada una de las personas elegidas, se les pide que enumeren sus preferencias en orden de importancia. Esto permite hacer acomodados importantes y demuestra cómo sí es posible tener una forma diferente de decidir las adscripciones.

⁴² Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas, p. 170.

La discriminación en el empleo en México

género” para determinar la participación política de las personas. ¿Habría de analizarla con el *test* de escrutinio estricto? Sobre este punto en particular, el Pleno de la Corte se pronunció:

[El] análisis estricto de las clasificaciones legislativas basadas en los criterios expresamente enumerados en el artículo primero, debe aplicarse con plena conciencia de cuáles son los *propósitos* que el constituyente persigue mediante esa mención explícita, pues es evidente que su finalidad es proteger a personas o a grupos que cuentan con una historia de desventaja o victimización, de manera que de conformidad con el artículo 1º, no deben someterse a escrutinio intenso las clasificaciones legislativas basadas en categorías sospechosas siempre y cuando estén encaminadas a luchar contra causas permanentes y estructurales de desventaja para ciertos grupos. En efecto, hay determinadas medidas pro-igualdad que difícilmente podrían ser instrumentalizadas o aplicadas sin recurrir al uso de criterios de identificación de los colectivos tradicionalmente discriminados, cuyas oportunidades el derecho trata de aumentar. Sería absurdo en esos casos que el juez constitucional contemplara dichas medidas con especial sospecha.

De igual modo, el Pleno de este Tribunal Constitucional ha advertido que, en casos en que el legislador incluye a grupos históricamente discriminados en el ámbito de la norma, ya sea ampliando o igualando sus derechos (y no se trata de un caso de restricción de éstos), se está ante una distinción relevante cuyo análisis debe hacerse bajo el principio de razonabilidad. Este análisis de razonabilidad consistirá en la verificación sobre si la medida legislativa trastoca —o no— bienes o valores constitucionalmente protegidos.⁴³

De acuerdo a este criterio de la Suprema Corte, por lo tanto, las medidas especiales o acciones afirmativas no se deben someter al mismo escrutinio que aquellas que discriminan directa o indirectamente. El parámetro con el cual se tienen que evaluar es el de la razonabilidad y el de la proporcionalidad. “Sin esta operación interpretativa,” ha sostenido la Corte, “el ejercicio de aplicación del artículo 1º constitucional, podría desembocar fácilmente en absurdos.”⁴⁴

Para que una medida especial sea válida, por lo tanto, tendría que cumplir con varios requisitos. Para empezar, según la CEDAW y la ICERD, las medidas tienen que ser temporales.⁴⁵ Además: tienen que estar “enca-

⁴³ *Ibid.*, pp. 169-170.

⁴⁴ Amparo Directo en Revisión 1387/2012, párr. 87.

⁴⁵ “Las medidas especiales han de ser adecuadas a la situación que quiere remediarse, ser legítimas, ser necesarias en una sociedad democrática, respetar los principios de justicia y proporcionalidad y ser temporales. Estas medidas deben concebirse y

minadas a luchar contra causas permanentes y estructurales de desventaja para ciertos grupos⁴⁶ y a “acelerar la igualdad de facto”.⁴⁷ Además de tener este propósito, las medidas tienen que guardar “una relación razonable entre los medios y los fines legítimos o constitucionales”.⁴⁸ Por último: “para que la norma sea válida, es necesario que esté de acuerdo con las finalidades constitucionales o de derechos humanos y con sus principios. En este sentido, un completo control de razonabilidad debe incluir el exa-

aplicarse en función de las necesidades y basarse en una evaluación realista de la situación actual de las personas y las comunidades afectadas. Las evaluaciones de la necesidad de medidas especiales deben basarse en datos precisos, desglosados por raza, color, linaje y origen étnico o nacional y que incorporen una perspectiva de género, sobre las condiciones socioeconómicas y culturales de los diversos grupos de población y su participación en el desarrollo social y económico del país. Los Estados partes deben asegurarse de que las medidas especiales se conciben y apliquen después de haber consultado a las comunidades beneficiarias y con la participación activa de estas comunidades.” Comité para la Eliminación Racial, Recomendación General No. 32, párrs. 16-18. “Por “medidas” se entiende toda la gama de instrumentos legislativos, ejecutivos, administrativos y reglamentarios a todos los niveles de la administración del Estado, así como los planes, políticas, programas y sistemas de cuotas en sectores tales como la educación, el empleo, la vivienda, la cultura y la participación en la vida pública para los grupos desfavorecidos, ideados y aplicados sobre la base de esos instrumentos. Para cumplir las obligaciones que les impone la Convención, los Estados partes deben incluir disposiciones sobre las medidas especiales en sus ordenamientos jurídicos, bien en la legislación general o bien en las leyes destinadas a sectores concretos, teniendo en cuenta el conjunto de los derechos humanos enumerados en el artículo 5 de la Convención, así como los planes, programas y otras iniciativas de política antes mencionados, a los niveles nacional, regional y local.” Comité para la Eliminación Racial, Recomendación General No. 32, párr. 13. “El término “medidas” abarca una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa, y reglamentaria, como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos determinados; y los sistemas de cuotas.” Comité de la CEDAW, Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, párr. 22.

⁴⁶ Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas, pp. 169-170.

⁴⁷ CEDAW, artículo 4, párrafo 1: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención[.]”

⁴⁸ Amparo Directo en Revisión 1387/2012, p. 56.

La discriminación en el empleo en México

men acerca de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial.⁴⁹

c. ¿Y las empresas?

Es importante saber cómo se puede determinar si una diferenciación es o no válida, no solo porque es una forma de fiscalizar el actuar del Estado, sino porque, tratándose de la discriminación en el empleo, también es una forma de fiscalizar el actuar de las empresas privadas e instituciones públicas que emplean a las personas. Los análisis hasta ahora desarrollados sirven para analizar *cualquier* medida: sea una ley laboral, un código civil, una norma administrativa o un fallo judicial, o un reglamento empresarial, una convocatoria de trabajo⁵⁰ o una decisión de terminar un contrato laboral.⁵¹ Son los parámetros para analizar si lo que se realiza en los lugares de trabajo cumple o no con el derecho a la no discriminación.⁵²

⁴⁹ *Ibid.*, p. 57.

⁵⁰ En el Amparo 992/2014, en el que tiene que analizar si una convocatoria discrimina por edad, sostiene que: “En esta lógica, y en lo que hace al caso que nos ocupa, podemos señalar que una diferencia de trato puede estar justificada cuando la edad, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, constituya un requisito profesional esencial y determinante en el puesto de trabajo, siempre y cuando, además, el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.” (Amparo en Revisión 992/2014, p. 36.)

⁵¹ En el Amparo Directo en Revisión 3708/2016, la Corte afirma que los patrones, “en condiciones normales”, tienen “la carga de la prueba” en juicios sobre despidos injustificados. Y que “ésta se incrementa al tratarse de una categoría sospechosa.” (Amparo Directo en Revisión 3708/2016, pp. 42-43.) Esto hace posible sostener que la *lógica* del derecho a la no discriminación debe operar en todo, incluido cómo se justifica un despido.

⁵² La Corte ha afirmado que: “[L]a prohibición de no discriminación establecida en nuestra Constitución, no obliga a contratar o a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente, no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto; pero al mismo tiempo, y en razón de la libertad de contratación, el empresario puede hacer a un lado estas virtudes y excluir a un candidato por los motivos que sean[...], siempre y cuando la razón que motive esa exclusión no sea una de las categorías establecidas en el artículo 1° constitucional.” Amparo en Revisión 992/2014, pp. 35-36.

C. En conclusión: el reto inmenso para el Estado

De acuerdo al artículo 1º de la Constitución, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos.

Las obligaciones “de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de [un] derecho”.⁵³ Aplicado al derecho a la no discriminación en el empleo, esto significa que el Estado no debe discriminar directamente a las personas en lo que al empleo se refiere. Esto implica que toda la legislación y normatividad secundaria aplicable no solo para las personas que trabajan en empresas privadas, sino también para quienes laboran en el mismo Estado deben respetar este derecho. Pero, además, esto implica que el Estado no debe discriminar indirectamente a las personas. Esto, de nuevo, supone hacer un análisis exhaustivo de las leyes, normas secundarias, políticas y programas que podrían estar teniendo un efecto diferenciado. Esto incluye, por supuesto, las propias normas que rigen la vida laboral de los y las servidoras públicas. Todo esto tendría que realizar el Estado si quisiera realmente cumplir con la obligación que tiene de *respetar* el derecho a la no discriminación en el empleo. Y lo tendría que hacer para cada uno de los grupos que históricamente han sido discriminados.

La obligación de proteger, por su parte, consiste en “impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan”⁵⁴ el goce de un derecho. Para cumplir con esta obligación tratándose del derecho a la no discriminación en el empleo, el Estado tendría que generar los mecanismos para detectar, castigar y reparar la discriminación que provenga de privados. Esto, de nuevo, incluye la discriminación directa: la que explícita e intencionalmente realizan no solo las personas que laboran en las empresas, sino las empresas mismas. La que se manifiesta en convocatorias de trabajo, en planes de seguro, en prestaciones y servicios, en políticas de promoción, en el trato y al momento del despido. Pero, y esto es clave: el Estado también tiene la obligación de proteger a las personas frente a la discriminación *indirecta* que proviene de las empresas. Por virtud de esta obligación, “el Estado está obligado a establecer un aparato que incluya una legislación, formación de organizaciones y procedimientos, correcto diseño institucional y capacidades suficientes (personal, estructura y capital), que permita llevar

⁵³ Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, 2004, p.29.

⁵⁴ *Ibidem*.

La discriminación en el empleo en México

a cabo la vigilancia sobre los particulares y reaccionar ante los riesgos para prevenir violaciones a los derechos humanos.⁵⁵ Obviamente, “además de la creación del aparato la protección supone una vigilancia efectiva hacia los particulares.”⁵⁶

Por último, la obligación de promover se caracteriza “por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho” lo gocen.⁵⁷ Para cumplir con esta obligación, el Estado tendría que implementar cuanta política sea imaginable que pueda contribuir a este propósito. Esto puede incluir desde la implementación de incentivos fiscales para las empresas incluyentes y los castigos presupuestarles a las instituciones públicas que discriminan, hasta la generación de información pública sobre discriminación en el empleo y campañas informativas.

Como se espera haya quedado claro hasta ahora: las obligaciones que le genera el derecho a la no discriminación en el empleo al Estado son múltiples, complejas y suponen, sin duda, un reto inmenso. Lo importante a remarcar por ahora, sin embargo, es que, desde una perspectiva constitucional, todas las protecciones que podrían desearse en la materia ya están reconocidas. Los cambios que tienen que hacerse no son a nivel constitucional, ni en relación a los tratados internacionales, sino en las políticas públicas. Ahí está la batalla y ahí es donde deberían concentrarse todos los esfuerzos.

⁵⁵ Sandra Serrano y Daniel Vázquez, “Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos”, FLACSO, p. 49.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Abramovich y Courtis, *supra*.