

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN LABORAL. Apuntes sobre su construcción, evolución y actualidad en el derecho comparado y la legislación mexicana

THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT. Notes on its Construction,
Evolution and Current Situation in Comparative Law and Mexican Legislation

Laura Otero Norza

Profesora y Directora de Programa de Licenciatura en Derecho

Campus Santa Fe

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

utlaura.otero@tec.mx

Recepción de trabajo: 06-01-2022 - Aceptación: 07-03-2022

Páginas: 265-280

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN. 2.1. Causas de la discriminación. ■ 3. FRENTES DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA. 3.1. Discriminación directa. 3.2. Discriminación indirecta. 3.3. Acciones positivas o afirmativas. ■ 4. ALCANCES DE LA PROTECCIÓN. 4.1. En el acceso al empleo. 4.2. En las condiciones de trabajo. 4.3. Despido o terminación de la relación laboral. ■ 5. ASPECTOS PROCESALES. 5.1. Carga de la prueba. 5.2. Procedimientos para atender tratos discriminatorios. 5.3. Jurisprudencia constitucional mexicana en materia de no discriminación laboral. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Este artículo hace un repaso del principio de no discriminación donde se analizan sus causas, la discriminación directa, indirecta y las acciones positivas. Asimismo, se analizan los alcances de la no discriminación en las relaciones de trabajo y sus aspectos procesales; la flexibilización del *onus probandi*, los procedimientos para atender los tratos discriminatorios, y un breve repaso de algunos de los más importantes fallos de la Suprema Corte de la Nación mexicana. El estudio finaliza con una referencia a este derecho en tiempos de pandemia y su tratamiento.

PALABRAS CLAVE: Discriminación laboral, discriminación directa, discriminación indirecta, acciones positivas o afirmativas.

ABSTRACT

This article reviews the principle of non-discrimination, its causes, the disparate treatment, disparate impact and the affirmative actions. It also analyzes the scope of non-discrimination in labor relations and its procedural aspects; the flexibilization of the *onus probandi*, the procedures to attend discriminatory treatments, and a brief review of some of the most important cases of the Supreme Court of the Mexican Nation. The study ends with a reference to this right in times of pandemic and its treatment.

KEYWORDS: Employment discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, affirmative actions.

1. INTRODUCCIÓN

En un contexto como el que vivimos, caracterizado por una multiplicidad de configuraciones socioculturales, un modelo político económico dominante, y situaciones como la que estamos afrontando, de una pandemia que afecta a toda la humanidad, toma aún mayor relevancia la idea de un mínimo común de protección, formado por aquellos derechos considerados expresión jurídica de los valores inherentes y esenciales a las personas. Se trata de los derechos fundamentales.

Por esa particular naturaleza, no son derechos estáticos, ni realidades situadas fuera del tiempo y el espacio, son, al contrario, fenómenos históricos, vivos y cambiantes. Este carácter le ha merecido a nuestra era el nombre de “tiempo de los derechos”, en palabras de Bobbio.

En la construcción de estos derechos, las personas trabajadoras, como grupo social políticamente activo, han modificado su estructura y contenido, buscando no sólo la limitación de los poderes políticos y la protección de las libertades con enunciados programáticos, sino que han reclamado prestaciones para su ejercicio, en igualdad de condiciones.

Así, atendiendo al tratamiento generacional de los derechos humanos, se modifica su concepción, pasando de “los derechos de libertad” a “los derechos de libertad-derechos de prestación”. En ellos, los derechos fundamentales del trabajo son el núcleo social que comporta para los Estados, además de un pacto para la limitación del poder político, un pacto para la promoción de la igualdad y el bienestar de las personas.

Uno de los derechos fundamentales que con mayor fuerza ha experimentado estas transformaciones en su construcción, es la prohibición de discriminación que, si bien, es un concepto proteico cuya tutela y protección puede variar según los diversos ordenamientos, guarda un común denominador porque sintetiza el principio mismo de los derechos fundamentales, es decir, el respeto de la dignidad de las personas y la búsqueda de un orden social más humano y justo.

Por este motivo, este artículo realiza un breve repaso de la construcción, evolución y actualidad del principio de no discriminación en el mundo del trabajo en el derecho comparado y en la legislación mexicana.

Tal evolución no es en nada desdeñable, el principio de no discriminación ha transitado de una noción formal a una material o sustantiva y, en relación con su vinculabilidad jurídica, ha pasado de ser un derecho oponible frente a los poderes públicos a un derecho de aplicación directa en la esfera privada y, señaladamente, en el contrato de trabajo. A su vez, esta transformación implicó variaciones en las técnicas de tutela antidiscriminatoria con la implementación de acciones afirmativas o positivas, para lograr una mayor igualdad real en el empleo.

En un intento por dar un hilo conductor más didáctico a este artículo, su análisis se estructura de la siguiente manera: un primer apartado sobre el concepto de la discriminación donde se analizan las causas de discriminación, la discriminación directa, indirecta y las acciones positivas. Un segun-

do apartado, sobre los alcances del principio de no discriminación en la relación laboral. Un tercer apartado sobre los aspectos procesales donde se revisará la flexibilización del *onus probandi* y los procedimientos administrativos y judiciales para atender los tratos discriminatorios, que finalizará con un breve repaso de algunos de los más importantes fallos de la Suprema Corte de la Nación. Por último, un cuarto apartado, con una somera referencia a este derecho en tiempos de pandemia.

2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

En sus orígenes, la prohibición de discriminación es entendida como corolario del principio de igualdad y, en consecuencia, desprovista de autonomía propia. Esta noción formal de discriminación se concibe como una simple concreción del principio de igualdad ante la ley.

Bajo la premisa de la igualdad material o sustantiva, la proscripción de discriminación deja de ser un problema de desigualdad, para perseguir la interdicción de determinadas diferencias históricamente arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones desventajosas y abiertamente contrarias a la dignidad humana.

En esta nueva configuración, la interdicción de discriminación se concibe como un principio autónomo, donde la discriminación no sólo es una distinción arbitraria, desprovista de justificación objetiva y razonable, sino que evoca la situación de perjuicio, minusvaloración o dificultad en el acceso a los recursos y derechos básicos en que se encuentran ciertos grupos o estratos sociales.

La discriminación toma entonces, un carácter «peyorativo» por dos razones: lo odioso de los criterios de diferenciación de estos grupos, basados en características físicas (edad, sexo, raza, discapacidad, filiación...) o situaciones sociales (etnia, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, afiliación sindical, situación económica...), ajenas a la responsabilidad de las personas discriminadas y contrarias a la dignidad humana; y la segunda, porque estas diferenciaciones generan un daño o desventaja para las personas que las sufren.

Esta es la visión que se plasma desde el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se recoge expresamente en el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (en adelante LFPED), el cual señala: “se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.” Lo que además se regula en materia laboral en los artículos 2 y 3 de la Ley Federal de Trabajo.

2.1. Causas de discriminación

Tanto la Constitución Política como la LFPED y también la Ley Federal de Trabajo proscriben la discriminación por una serie de causas. La Constitución y la LEPED refieren al origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

La Ley Federal de Trabajo reitera el listado de causas, pero refiere al género y no al sexo. Esta diferenciación es importante, ya que el término género no se ciñe a las diferencias físicas o biológicas entre mujeres y hombres y a esa concepción binaria, por el contrario, el género se refiere a los atributos sociales y las oportunidades asociadas a ser hombre o mujer, y las relaciones entre las personas. Estos atributos, oportunidades y relaciones se establecen y se aprenden en la sociedad, son específicos al contexto o tiempo, y por ello, pueden cambiar. Asimismo, completa el listado refiriéndose a la edad, discapacidad, condición migratoria, condición de salud y responsabilidades familiares.

De su lado, el Convenio 111 sobre la Discriminación en el empleo y la ocupación de la OIT, define discriminación en su artículo 1, como “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”.

La «enfermedad» que se encuentra recogida en la causa “condiciones de salud” de la Ley Federal de Trabajo, cobra importancia en un contexto de pandemia como el actual, donde se generan múltiples casos de posibles tratos discriminatorios debido al COVID-19 y la vacunación. Lo mismo que su aplicación a las personas trabajadoras enfermas con VIH-SIDA, discriminación persistente en nuestra sociedad, pese a los avances de la ciencia en su tratamiento y el conocimiento de las formas de transmisión.

Desde el precepto constitucional, el cual se reitera en las disposiciones legales, se trata claramente de un listado de *numerus apertus* siguiendo la expresión “cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Precisamente, respondiendo a la evolución de este derecho, el listado debe estar abierto a los cambios, en tanto es posible que se identifiquen nuevos motivos de discriminación. Sin embargo, la ampliación del catálogo de causas discriminatorias debe restringirse a criterios peyorativos de importancia, que afecten la dignidad de las personas trabajadoras y les coloquen en situación de desventaja.

3. FRENTES DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Bajo la referida perspectiva material de la no discriminación, este derecho se articula sobre tres frentes: la proscripción de discriminaciones directas, la eliminación de las discriminaciones indirectas y el establecimiento de las acciones positivas o afirmativas y medidas de fomento o compensatorias.

Los conceptos de discriminación directa e indirecta tienen su origen en el derecho antidiscriminatorio norteamericano con la llamada teoría del «*disparate treatment*» o diferencia de trato y el «*disparate impact*» o impacto adverso. Esta construcción jurisprudencial parte del caso *Griggs v. Duke Power Company*,¹ del cual el Tribunal Supremo norteamericano empieza a considerar la discriminación como efecto, independientemente de la intencionalidad, es decir, toma como discriminatorias las prácticas formalmente justas, pero de resultados discriminatorios en su puesta en escena.

3.1. Discriminación directa

La discriminación directa constituye la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra, en situación comparable, por cualquiera de las causas de discriminación. Los elementos de esta definición son los siguientes:

- Un tratamiento no sólo diferente, sino menos favorable o perjudicial, pues bajo una concepción sustancial de la discriminación, se aceptan los tratos preferentes de los sujetos tradicionalmente discriminados.
- El término de comparación con el trato estándar, por ejemplo, en el caso de la discriminación de género el juicio de valoración estudia si la mujer sufre una comparativa desventaja en relación con el hombre, que puede ser real o hipotético. Es lo que la doctrina anglosajona y el Tribunal de Justicia la Unión Europea en adelante (TJUE) ha llamado test de sustitución o «*test but for*», que consiste en cambiar en una situación dada la causa de discriminación del sujeto para verificar si las consecuencias jurídicas son o no idénticas.

Algo que no se olvidó el legislador mexicano, es que el principio de igualdad de trato puede derogarse o moderarse, con carácter excepcional, en determinadas situaciones:

- Siguiendo la llamada «**doctrina de la buena fe ocupacional**» que habla de aquellas actividades profesionales para las que la causa de discriminación (sexo, raza, religión...) es un requisito profesional esencial y determinante siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. En estos casos, puede utilizarse la causa discriminatoria como justificación para acceder a un empleo o para ser despedido. Los ejemplos son cada vez más reducidos, el TJUE aceptó el caso de las nodrizas, que sólo pueden ser mujeres para dar lactancia natural a un menor. La doctrina se ha referido a la representación de personajes históricos en obras

¹ *Griggs v. Duke Power Company*, 401 US 424 (1971). El caso se presenta con anterioridad a la *Civil Rights Act*, de 1964, y tiene su origen en que la empresa *Duke Power Company* había empleado trabajadores afroamericanos únicamente en un departamento en el que los salarios eran más bajos que en los otros departamentos de la empresa. Con posterioridad a la promulgación de la *Civil Rights Act*, como esta conducta devino discriminatoria, en consecuencia, la empresa introdujo otro requisito para ser contratado en los otros departamentos (con salarios superiores); concretamente un título de escuela superior, y la aprobación de dos exámenes que impartía la empresa. A juicio de los empresarios, todos eran tratados de igual manera, (no se hacían diferencias basadas en la raza), sin embargo, como consecuencia de haber recibido una educación inferior, las nuevas disposiciones seguían afectando a los trabajadores afroamericanos, quienes continuaban en los mismo puestos con salarios inferiores.

artísticas (teatro, cine, baile), por ejemplo, para representar el personaje del presidente Barak Obama en una película, se podría pedir un actor afroamericano.

Siguiendo este lineamiento, el artículo 5 fracción II de la LFPED establece que no se consideran conductas discriminatorias: "II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada". En el mismo sentido, el artículo 3 de la Ley Federal de Trabajo dispone que "no se considerarán discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las falsificaciones particulares que exija una labor determinada".

La Suprema Corte también lo ha reconocido en una multiplicidad de ocasiones: "la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, lo que prohíbe es su utilización de forma injustificada."² En este sentido ha afirmado: "Existen ocasiones en que no sólo está permitido hacer distinciones con base en tales criterios, sino que ello es constitucionalmente exigido".³

- Cuando se trata de las llamadas acciones positivas o afirmativas y también de medidas de fomento o compensatorias, en estos casos también se da un trato diferenciado, pero es un trato de favor, para aquellos colectivos tradicionalmente discriminados, precisamente para lograr una mayor igualdad real en el empleo y promover la igualdad de oportunidades. De seguido profundizaremos sobre este tema ya que la normativa legal establece tímidamente una serie de acciones afirmativas y medidas de fomento o compensatorias.

3.2. Discriminación indirecta

En el ámbito internacional, el citado Convenio 111 de la OIT, define la discriminación basado en las distinciones que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo y la ocupación. En el mismo sentido, el art. 4 de la LFPED se refiere a "*toda distinción, exclusión o restricción... que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de derechos*". Por tanto, ponen el acento **en el efecto o resultado** del trato discriminatorio. Es decir, el ya referido «*disparate impact*» de la jurisprudencia norteamericana.

La discriminación indirecta trata todas aquellas prácticas o medidas que, siendo en apariencia neutras, poseen un efecto adverso sobre los miembros de un determinado colectivo tradicionalmente discriminado. Es, por tanto, irrelevante la intención discriminatoria y cobran importancia: la identificación de la discriminación por el resultado, la utilización de datos estadísticos para medir el resultado discriminatorio, el impacto desproporcionado sobre los colectivos protegidos como grupo y no individualmente, así como los mecanismos propios de la tutela antidiscriminatoria, entre los que se distingue la modificación de la carga de la prueba.

2 Amparo en Revisión 581/2012.

3 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

Se pueden extraer dos elementos básicos propios del concepto de la discriminación indirecta:

- **Es una medida neutra con efecto adverso**, que se aplica de manera indiferenciada, pero, pese a su neutralidad, despliega un efecto desfavorable o una desventaja particular para el grupo tradicionalmente discriminado. Para determinar esta desventaja, se establece una comparación entre el colectivo discriminado y el trato estándar, para lo que se puede utilizar la prueba estadística, la cual debe ser valorada por el juez, quien determinará si no constituye la expresión de fenómenos fortuitos o coyunturales y, si de manera general, resultan significativos. Según la Suprema Corte debe “acreditarse empíricamente la afectación o desventaja producida en relación con los demás”⁴ y someterla al denominado “**test de escrutinio estricto**”, que implica una presunción de inconstitucionalidad, por lo que debe llevarse a cabo un análisis de proporcionalidad en el que se estudie la legitimidad, idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la medida.⁵
- **Carente de justificación**, se requiere que la medida con efecto adverso no esté justificada para que se pueda hablar de discriminación indirecta. Para esto, ha de cumplir dos condiciones: que el objetivo perseguido con la medida sea legítimo y que esta medida constituya un medio apropiado y necesario para alcanzar dicho objetivo. Pero además que no esté justificada, ya que el empresario puede acreditar que se encuentra objetivamente justificada en una «**finalidad legítima**» basada en la doctrina de la «**business necessity**» o «**teoría de la empresa**», es decir, que la práctica cuestionada está relacionada con el trabajo y es necesaria para la empresa.

Los ejemplos más claros de este tipo de discriminación los encontramos con relación al género en temas que tienen que ver con el salario y los sistemas de clasificación de puestos y con las diferencias entre contratos a tiempo parcial y contratos a tiempo completo.⁶

Pese a ser la más difícil de identificar e igualmente frecuente en la práctica, porque cada vez menos encontramos discriminaciones evidentes o burdas, no se cuenta con disposiciones que aclaren este concepto y establezcan los elementos mínimos que configuran la discriminación indirecta.

4 Amparo Directo 19/2014.

5 Amparo Directo en Revisión 581/2012. Debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa; debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos; y debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa.

6 El Tribunal Constitucional español a partir de la sentencia 145/1991 valoró que existía discriminación indirecta por las diferencias salariales entre las limpiadoras y los peones que realizaban trabajos de igual valor y las primeras recibían un salario inferior, siendo todas ellas mujeres y los peones hombres. A similares conclusiones llegaba el Tribunal Constitucional en la resolución de casos relacionados con los contratos a tiempo parcial, cuando se les otorgan mayores ventajas a los trabajadores a tiempo completo, cuando la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. En este sentido ver Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 91/2019 de 3 de julio.

3.3 Acciones positivas o afirmativas

La visión material de la no discriminación introdujo una variación en las técnicas de tutela. La interdicción de discriminación exige la aplicación del mandato de identidad de trato entre la víctima y el trato estándar, pero no se agota ahí, pues la equiparación hacia la norma estándar puede ser insuficiente en situaciones de discriminación preexistentes. Para mitigar estas situaciones, es necesario recurrir a las denominadas **«acciones positivas o afirmativas»** destinadas a conseguir una igualdad real y efectiva de los colectivos marginados.⁷

Estas medidas van dirigidas a atribuir tratamientos preferenciales a las personas del colectivo discriminado respecto de determinadas instituciones laborales (contratación, promoción y extinción). Su objetivo es lograr una representación equilibrada y suficientemente significativa de todas las personas trabajadoras.

La acción positiva o afirmativa que se suele incorporar en las disposiciones normativas responde a la fórmula: *“en igualdad de condiciones de idoneidad (algunos incluyen el mérito), tendrá preferencia la persona del colectivo discriminado cuando esté menos representado.”*

El Capítulo III de la LFPED establece una serie de medidas positivas y compensatorias para promover la igualdad de oportunidades de las mujeres, los niños, las personas mayores de 60 años, las personas con discapacidad y la población indígena. No obstante, pese a que las acciones afirmativas y entre ellas, las cuotas, son las medidas más enérgicas para lograr una mayor igualdad de trato y oportunidades, sólo se establece una medida de acción positiva o afirmativa en sentido estricto. Se trata de la recogida en el artículo 11 fracción V, que establece: *“Preferir, en igualdad de circunstancias, a las personas que tengan a su cargo menores de edad en el otorgamiento de becas, créditos u otros beneficios.”*

De manera también tímida el artículo 371 fracción IX. Bis de la Ley Federal de Trabajo establece una cuota de género para las directivas sindicales, cuando señala: *“En la integración de las directivas sindicales se establecerá la representación proporcional en razón de género.”*

Según el criterio de la Suprema Corte las acciones afirmativas no se deben someter al test de escrutinio estricto de las discriminaciones directas e indirectas, pero sí se debe evaluar su razonabilidad y proporcionalidad.⁸

7 También nacen con la doctrina norteamericana de la Corte Suprema y su evolución se puede resumir en 3 etapas: 1. Desde la abolición de la esclavitud hasta la Civil Rights Act de 1964, su concepto aparece por primera vez en la *National Relation Act* de 1935. Con la *Executive Order* 8802 que se proponía acabar con la segregación racial en los contratos con el gobierno de empresas armamentistas y con la sentencia *Brown* donde se declaró inconstitucional la segregación racial que se había permitido en el caso *Plessy v. Ferguson* de 1865 bajo la consigna, *“equal but separate”*. 2. Desde la Civil Rights Act de 1964 hasta 1988: en esa norma se prohibieron las discriminaciones directas e indirectas en las relaciones laborales y se reconoció a los Tribunales la capacidad de imponer planes de acción positiva como remedio a las conductas discriminatorias, para lo que se creó la *Equal Employment Opportunity Commission* y bajo su coordinación las acciones afirmativas se desarrollaron en los ámbitos públicos, judicial y privado. 3 A partir de 1988, a partir de los 80 el gobierno tomó una posición conservadora, involucionando las medidas antidiscriminatorias que se venían gestando, pero en el 91 se dicta la *Civil Rights Act* de ese año que estableció la legalidad de las acciones positivas.

8 Amparo Directo en Revisión 1387/2012.

Para ello, se han establecido varios requisitos, deben ser temporales⁹, deben estar “encaminadas a luchar contra causas permanentes y estructurales de desventaja para ciertos grupos”¹⁰ y “a acelerar la igualdad de facto”.¹¹ Además, deben guardar “una relación razonable entre los medios y los fines legítimos” y “no afectar derechos fundamentales y su contenido esencial”.¹²

4. ALCANCES DE LA PROTECCIÓN

El principio de no discriminación en el empleo y la ocupación tiene un ámbito que abarca todas las etapas o situaciones relacionadas con la vida laboral, entre las que se distinguen las condiciones de acceso, en general, en las condiciones de trabajo y, señaladamente, en el despido o terminación contractual.

4.1. En el acceso al empleo

La aplicación del principio de no discriminación abarca las condiciones existentes antes de que nazca una relación laboral, pues en esta etapa se incluyen otros conceptos como los criterios de selección para ser candidato a un puesto de trabajo, ofertas de trabajo, entrevistas, prácticas preparatorias, y, en general, todos los elementos de selección a empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de jerarquía profesional.

Suele incidirse en tratos discriminatorios con mayor frecuencia en procesos informales y privados que en procesos de selección formales, públicos y realizados por terceros o departamentos de recursos humanos o sensibilizados en la selección de personal y la tutela antidiscriminatoria.¹³

Otro factor en el que se puede incurrir en tratos discriminatorios en los procesos de selección tiene que ver con los requisitos que se incluyen en las convocatorias de trabajo. En ocasiones, se introducen como requisitos para excluir o determinar la selección, precisamente las causas tradicionales de discriminación, sin que sean requisitos esenciales y determinantes para el puesto, siguiendo la doctrina de la buena fe ocupacional, ya mencionada. Así, se pueden pedir requisitos que no son necesarios para el puesto y desincentivan o perjudican a un colectivo discriminado, ocasionando discriminaciones indirectas, como ocurrió en el caso *Griggs* citado.

9 Art. 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

10 Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas.

11 Art. 4 CEDAW.

12 Amparo Directo en Revisión 1387/2012.

13 Barbara F. Reskin, Debra B. McBrier & Julie A. Kmec, “The determinants and consequences of workplaces sex and race composition”, *Annual Review of Sociology*, vol. 25, 1999, p. 343.

El artículo 133, fracción I. de la Ley Federal de Trabajo prohíbe a los patrones o sus representantes “negarse a aceptar trabajadores por razón de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro criterio que pueda dar lugar a un acto discriminatorio.”

Por último, un tema muy importante en esta etapa precontractual es la respuesta que puede tomar el ordenamiento jurídico para sancionar y desincentivar este tipo de tratos. Pese a existir diversas vías para atender posibles tratos discriminatorios, en general, no se establece un sistema de sanciones apropiado que asegure una protección jurídica eficaz, y tenga, con respecto al autor de la discriminación, un efecto disuasivo real.¹⁴

4.2. En las condiciones de trabajo

La aplicación del principio de no discriminación en las condiciones de trabajo debe ser interpretada en un sentido amplio, incluyendo la generalidad de las vicisitudes que se presentan a lo largo de la relación laboral.

El artículo 9 de la LFPED establece que queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades y en su inciso IV. Considera como conductas discriminatorias: “Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales.” Nótese que debería leerse como trabajos de igual valor en concordancia con el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de la OIT, que nos llama la atención sobre los trabajos que son comparables, y son aquellos que tenga igual valor porque no se requiere necesariamente la identidad de funciones.

De su lado, la Ley Federal de Trabajo, en su artículo 3 párrafo segundo, establece con mayor precisión, que no podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana.

¹⁴ Sobre este tema por ejemplo, en la sentencia del TJUE de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann C-14/83, se estudia el litigio de dos demandantes mujeres que presentan su candidatura para cubrir dos puestos de asistente social en un establecimiento penitenciario, pero en su lugar fueron contratados dos hombres. De conformidad con la ley alemana, la única sanción a una discriminación hecha en el acceso al empleo sería la reparación del «perjuicio de confianza» («*vertrauensschaden*»), es decir el perjuicio ocasionado al trabajador por el hecho de creer con toda su confianza que no sería una diferencia de trato prohibida lo que obstaculizaría el inicio de una relación de trabajo. El legislador alemán no había previsto expresamente lo que se llama el «interés positivo», es decir, un derecho a ser contratado como consecuencia de una violación del principio de igualdad de trato. Sin embargo, el TUE dispone que la directiva no obliga a que una discriminación basada en el sexo, en el momento de acceso al empleo, deba ser sancionada con la obligación de establecer un contrato de trabajo con el trabajador discriminado, y, en general, no comporta ninguna obligación incondicional, por lo que afirma que la directiva permite a los Estados la libertad de elegir la sanción, la cual debe tener un efecto disuasivo, ser adecuada a los perjuicios sufridos, e, ir más allá, de una indemnización puramente simbólica como el reembolso exclusivo de los gastos ocasionados por la solicitud de empleo. En igual sentido, ver STJCE de 10 de abril de 1984, Hertz, C-79/83; y de 8 de noviembre de 1990, Dekker, C-177/88.

Así las cosas la proscripción de discriminación no se limita al despido como se analizará de seguido, ni al acceso al empleo como se viene de explicar, sino que alcanza toda suspensión, traslado, ascenso, reconocimiento, movimientos de personal, formación profesional, o cualquier otra vicisitud que se pueda presentar a lo largo de la relación laboral, en la que se incurra en un tratamiento discriminatorio.

4.3. Despido o terminación de la relación laboral

La prohibición del despido discriminatorio es una de las protecciones más fuerte y generalizada de la tutela antidiscriminatoria, constituyendo prácticamente las dos caras de la misma moneda, ya que la prohibición de discriminación representa el pilar básico de una medida más específica aplicable a los casos de extinción del contrato, que es la prohibición de despidos discriminatorios.

Los despidos deberían ser interpretados de forma extensiva, comprendiendo de manera general la extinción del contrato, cualquiera que sea la forma de terminación de la relación de trabajo, sea por un cese disciplinario, voluntario o por el establecimiento de jubilaciones anticipadas.

La consecuencia es la nulidad del despido y la reinstalación de la persona trabajadora en el centro de trabajo, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios causados. No obstante, esta reparación "*in integrum*" (reinstalación), no siempre es la consecuencia más recomendable en estos casos, bien podría el trabajador optar por el pago de sus liquidación de derechos laborales y una indemnización, ya que volver al lugar de trabajo, puede someterle a tener que soportar nuevos tratos discriminatorios.

Dependiendo del caso, la Ley Federal de Trabajo establece una indemnización, reinstalación o restitución de los derechos de la persona trabajadora, o bien una multa para el patrono. La indemnización más alta que contempla es de 3 meses de salarios o la restitución de todo lo perdido. En el caso de las multas para el patrón, la máxima es de 5000 días de salario mínimo vigente, para los casos de prácticas discriminatorias o acoso y hostigamiento sexual.

No se establece una prohibición explícita de despedir por causas discriminatorias en general, pero se desprende de las diversas disposiciones que proscriben la discriminación en el empleo; salvo para las trabajadoras del hogar embarazadas. Para este colectivo, el artículo 331 Ter prohíbe el despido de una persona trabajadora del hogar embarazada, y establece que de darse el caso, el despido se presumirá como discriminatorio.

5. ASPECTOS PROCESALES

Para tratar este tema, nos centraremos en dos aspectos de importancia relacionados con los procedimientos administrativos y judiciales para atender los casos de discriminación, en particular; el tratamiento del *onus probatorio* y el complejo entramado de procedimientos para hacer valer el

principio de no discriminación. Finalizaremos estas líneas con un repaso de los votos más relevantes que la Suprema Corte ha conocido para hacer valer este derecho.

5.1. Carga de la prueba

Una de las principales garantías sustantivas en el proceso de implementación progresiva del principio de no discriminación lo constituye el tratamiento del *onus probatorio*.

Se trata de una construcción jurisprudencial que surge del conocimiento de casos de discriminación indirecta, pero que es aplicable a cualquier tipo de discriminación. Se introduce una modificación de la carga de la prueba, aludida por la jurisprudencia como **«prueba indiciaria»**, que implica que cuando una persona que se considere perjudicada por un tratamiento discriminatorio presente ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos o indicios que permitan presumir la existencia de discriminación; a la parte demandada le corresponde invocar una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

No se trata entonces de una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico, pues, si así fuera, bastaría con que el demandante alegara la discriminación para colocar al demandado, ante la prueba diabólica de un hecho negativo; es decir, estaría obligado a probar la no discriminación.

El empleador no debe probar que no discriminó, basta con que pruebe la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida que es alegada como discriminatoria, por lo que se trata de una flexibilización de la carga probatoria.

Esta modulación de la carga de la prueba no se establece claramente en el ordenamiento mexicano, no obstante, la Suprema Corte afirma que los patrones “en condiciones normales” tienen la carga de la prueba en juicios injustificados y que ésta se incrementa al tratarse de una categoría sospechosa.¹⁵ Lo que responde a que el derecho a la no discriminación opera en todo, señaladamente, en la justificación de un despido.

5.2. Procedimientos para atender tratos discriminatorios

El ordenamiento mexicano establece una multiplicidad de regímenes que regulan la discriminación y con diferentes vías para denunciarla. No obstante, cada una de estas vías legitima a distintas personas para denunciar.

Como ya se señaló, la Ley Federal de Trabajo dispone lo referente a trabajadores de empresas privadas y establece, dependiendo del caso, una indemnización, reinstalación o restitución de los derechos de la persona trabajadora, o bien una multa para el patrono.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), puede recomendar medidas para la efectiva restitución de los derechos de la persona afectada y, si procede, para la reparación del daño.

¹⁵ Amparo Directo en Revisión 3708/2016.

No obstante, el artículo 46 de la Ley de la CNDH dispone que *“la recomendación será pública, no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá”*. Así, si las autoridades no aceptan la recomendación de la CNDH, lo más que puede suceder es que la CNDH eleve la denuncia al Ministerio Público u otra autoridad administrativa.

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) puede imponer medidas administrativas y de reparación que pueden ser *“la impartición de cursos o talleres al centro de trabajo que discriminó”*; *“fijación de carteles en el establecimiento”* sobre la discriminación que ocurrió; *“la difusión de la resolución en distintos medios”*; o *“una amonestación o disculpa pública o privada”*. También puede *“restituir el derecho conculcado”* para la víctima de la discriminación, compensar el daño y exigir garantías de no repetición.

Lo que preocupa de este «laberinto para denunciar»¹⁶ es la dificultad de determinar la vía idónea para hacer cumplir el derecho a no ser discriminado mediante un procedimiento sencillo, rápido y efectivo,¹⁷ lo que puede limitar el acceso a la justicia para las víctimas de discriminación y hacer ilusoria la tutela antidiscriminatoria que de manera tan robusta ha venido regulándose.

5.3. Jurisprudencia constitucional mexicana en materia de no discriminación laboral

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máxima autoridad para interpretar la Constitución, ha conocido diversos casos donde se ha tratado el derecho a no ser discriminado en el mundo del trabajo. De seguido se hará un breve resumen de algunos de los fallos más relevantes que se han conocido.

- **Amparo Directo en Revisión 3708/2016:** la Corte resolvió un caso de una abogada que trabajaba para una empresa que, para obtener una promoción le fue requerido un examen médico. El examen reveló que tenía cáncer de mama y, desde entonces, según la trabajadora, sufrió malos tratos en el centro de trabajo que terminaron con su despido. La empresa justificó el despido por *“falta de probidad y recto proceder de la trabajadora”*. La Corte valoró que en casos donde se alega una supuesta discriminación por «discapacidad», debe analizarse de manera reforzada el proceder de la empresa y los exámenes médicos requeridos deben ser necesarios para la función que se va a desempeñar, sino son discriminatorios.
- **Amparo Directo en Revisión 59/2016:** la Corte resolvió si era constitucional establecer requisitos distintos para que trabajadores y trabajadoras accedieran a los servicios de guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), ya que todas las trabajadoras tenían derecho

¹⁶ Vela Barba, E., *“La discriminación en el empleo en México”*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, México, 2017.

¹⁷ Como lo establece el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone: *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”*.

a acceder a este servicio; mientras que los trabajadores, en cambio, sólo podían hacerlo si eran viudos, divorciados, o si tenían la patria potestad decretada judicialmente a su favor. La Corte decretó que esto era inconstitucional por ser discriminatorio por razón de género.

- **Amparo Directo en Revisión 992/2014:** en este caso, la Corte analizó dos ofertas de empleo de dos empresas privadas distintas, uno para «promotora de eventos» y otro para «repcionista», en las que se establecían requisitos de sexo y edad (sólo mujeres jóvenes) a fin de determinar si eran violatorios del principio de no discriminación. La Corte valoró que este tipo de requisitos, cuando no tienen una correlación con los puestos de trabajo, es decir, no son requisitos esenciales y determinantes para el puesto, son ilegítimos.
- **Amparo en Revisión 485/2013:** la Corte conoció si era constitucional excluir a las parejas del mismo sexo del régimen de la seguridad social, debido a que el IMSS se había rehusado a inscribir a una pareja del mismo sexo, basado en que la Ley del Seguro Social solo contemplaba parejas de sexo opuesto. La Corte resolvió que eso era violatorio del principio de no discriminación por preferencia sexual.
- **Amparo Directo en Revisión 1387/2012:** la Corte valoró si una oferta laboral que ofrecía una cadena de hoteles en la bolsa de trabajo de la página electrónica de una universidad era o no discriminatoria. La oferta especificaba el puesto que requería la empresa, el perfil de la vacante, el género de la persona trabajadora, la edad requerida, la ubicación del lugar de trabajo, el sueldo y prestaciones laborales y señalaba de forma expresa que la vacante *“no contempla la contratación de personas con discapacidad”*. La Corte concluyó que la oferta era violatoria del derecho a la no discriminación en los siguientes términos: *“la sola publicación de la oferta de trabajo conlleva a la exclusión de las personas que padecen una discapacidad, lo cual implica una discriminación según el artículo 1º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”*
- **Amparo en Revisión 664/2008:** la Corte valoró si era constitucional establecer requisitos distintos a viudas y viudos para acceder a la pensión de viudez de la Ley del Seguro Social, la cual, según su artículo 130, a las viudas sólo les requería demostrar el vínculo con el trabajador, mientras que a los viudos les pedía demostrar que eran *“dependientes económicos”*. La Corte determinó que era inconstitucional y que se trataba de un requisito discriminatorio por razones de género.
- **Amparo de revisión 307/2007:** se analizó la constitucionalidad de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que establecía que los militares con VIH, por el sólo hecho de tenerlo debían darse de baja por *“inutilidad”*. En este caso, la Corte valoró que la norma era discriminatoria en los siguientes términos: *“ 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 de 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...”*

6. BIBLIOGRAFÍA

Bobbio N., *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

Inter-American Commission of Women, *COVID-19 in women's lives: Reasons to recognize the differential impacts* (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/II.6.25), en: <https://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf>

OIT, *Policy Brief on COVID-19*, 2021, en: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_739398/lang-es/index.htm

OIT, *La igualdad de género en la negociación colectiva : análisis desde la perspectiva de género de los convenios colectivos vigentes en Centroamérica y República Dominicana*, elaborado por Otero Norza Laura, en: https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay?docid=alma994852533402676&context=L&vid=41ILO_INST:41ILO_V2&lang=en&adaptor=Local%20Search%20Engine

OIT, *Las normas de la OIT y la COVID-19 (coronavirus)*, 2021, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_739939.pdf

ONU MUJERES Y CEPAL, *Cuidados en América Latina y el Caribe en tiempos de Covid-19. Hacia sistemas integrales para fortalecer la respuesta y la recuperación*. Elaborado por Julio Bango, consultor de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de ONU Mujeres con datos disponibles a 9 de Julio de 2020, en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45916/190829_es.pdf

Reskin B. F., McBrier D., & Kmec, J. "The determinants and consequences of workplaces sex and race composition", *Annual Review of Sociology*, vol.25, 1999.

Valdés Dal-Ré, F., "Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación", en AA.VV. *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ed. MTIN F. Largo Caballero, Madrid, 2008.

Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Editorial REUSS, Madrid, 2010.

Vela Barba, E., *La discriminación en el empleo en México*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, México, 2017.