

LA DISCRIMINACIÓN EN LAS CONVOCATORIAS LABORALES*

DISCRIMINATION IN JOB OFFERS

DISCRIMINATION ET OFFRES D'EMPLOI

José María SOBERANES DÍEZ**

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar de qué manera opera la prohibición de discriminar en las convocatorias laborales, para verificar si es un límite a la libertad contractual de un sujeto privado y, en su caso, de qué manera debe operar la igualdad por tratarse del ofrecimiento de celebración de un acto jurídico entre particulares.

Palabras claves: discriminación, convocatorias laborales, libertad de contratación.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze how the prohibition to discriminate in job offers occurs, to verify if it is a limit to the contractual freedom of a private subject and, where appropriate, how equality should operate because it is an offer of holding a legal act between individuals.

Key words: discrimination, job offers, contractual freedom.

RÉSUMÉ: Ce travail a pour objectif l'analyse du fonctionnement de l'interdiction à la discrimination dans les offres d'emploi afin de vérifier s'il ne s'est pas traduit par une limitation de la liberté d'embauche et, le cas échéant, de s'interroger sur la notion d'égalité lorsque qu'un acte juridique, tel qu'un contrat de travail entre particuliers, est conclu.

Mots-clés: discrimination, offres d'emploi, liberté d'embauche.

* Recibido el 6 de diciembre de 2021 y aceptado para su publicación el 18 de febrero de 2022.

** Profesor-investigador de la Universidad Panamericana. Investigador nacional, nivel II, del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.



SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La prohibición de discriminar*. III. *La eficacia de la prohibición de discriminar frente a particulares*. IV. *Discriminación y convocatorias laborales*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La discriminación es uno de los grandes flagelos sociales. Desde hace varias décadas, el derecho ha intentado ponerle un freno, al proscribirla, como una manifestación del principio de igualdad. Por tratarse de un derecho humano, muchas veces se ha entendido que es una proscripción que únicamente atañe a los poderes públicos. Sin embargo, es claro que este fenómeno tiene lugar en las relaciones entre particulares. Es más, es en este ámbito en donde presenta sus caras más crueles.

Tomando en cuenta ello, es que el presente trabajo tiene por objeto analizar la discriminación en un ámbito en el que concurren particulares, como lo son las convocatorias laborales. En sentido estricto no se trata de una discriminación en el empleo, puesto que no existe una relación de ese tipo aún, sino únicamente un ofrecimiento público de entablar una relación laboral. Sin embargo, el acto discriminatorio impide que una persona pueda emplearse por motivos contrarios a su dignidad.

Como el objeto del presente lo constituye la discriminación entre particulares, quedan fuera las relaciones laborales que tiene el Estado con sus trabajadores, pues éstas son regidas por otra premisa, que es que una autoridad sería el sujeto pasivo del trato desigual, lo que no genera mayor conflicto desde la teoría de los derechos humanos, puesto que no cuentan con un ámbito de libertad que pueda entrar en conflicto con la igualdad.

El tema de la eficacia de los derechos humanos en las relaciones privadas ha sido motivo de preocupación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. El caso de las convocatorias de trabajo resulta especialmente interesante, puesto que confluye una prohibición de tratar de forma desigual que ampara a la persona candidata a un puesto y, por otra, la libertad que tutela al posible empleador, puesto que puede aducir que no tiene la obligación de celebrar un contrato con quien no quiere.

Para examinar la cuestión, abordaremos, en primer término, la prohibición de discriminar (apartado II), para sentar las bases del análisis. Posteriormente, se tratará el tema de la eficacia de la discriminación en las relaciones entre particulares, en términos generales (apartado III), pues ello es la base para el es-

tudio de la problemática específica que se ha planteado (la discriminación en las convocatorias de trabajo), que será tratado a continuación (apartado IV).

II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR

Aunque podría considerarse que México cuenta con la primera cláusula antidiscriminatoria en materia de trabajo, toda vez que el Constituyente de Querétaro estableció que a trabajo igual debía corresponder salario igual “sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”,¹ esa norma sólo se entendió en el ámbito de las retribuciones, sin extenderse a otros aspectos laborales, ni mucho menos a otros ámbitos. Por ello, se necesitaba una fórmula general, que aplicara a cualquier situación. Ésta apareció en 2001, con la reforma constitucional en materia indígena.

En la iniciativa presidencial no se proponía introducir esta cláusula antidiscriminatoria.² Fue en los trabajos de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Asuntos Indígenas y Estudios Legislativos del Senado de la República donde se planteó su inclusión.³ Finalmente, quedó aprobada e incluida en la Constitución.

Tras esa modificación en el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional se prohibió distinguir por diez motivos expresos: el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, y el estado civil. Estas causas no eran números cerrados, puesto que también se proscribieron las distinciones basadas en cualquier motivo que atentara “contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

En diciembre de 2006 se reformó esa norma, al cambiar la referencia a “capacidades diferentes”, por “las discapacidades”, ya que resultaba discriminatoria la expresión primigenia.⁴ Posteriormente, en la reforma de derechos humanos de junio de 2011, la causa de distinción de “las preferencias” se explicitó, y se expresó como “las preferencias sexuales”. Asimismo, en su oportunidad, la prohibición de discriminación pasó a ser el quinto párrafo del

¹ Textualmente indica: “Artículo 123.- [...] VII.- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

² *Gaceta Parlamentaria* del 7 de diciembre de 2000.

³ *Gaceta Parlamentaria* del 25 de abril de 2001.

⁴ Exposición de motivos de la iniciativa del senador Adalberto Arturo Madero Quiroga. *Gaceta del Senado de la República* del 22 de septiembre de 2005.

artículo 1o., ya que se adicionaron un par de párrafos antes. De este modo, el texto vigente desde hace más de diez años dispone:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Éste es el mandato constitucional. Sin embargo, la prohibición de discriminar, específicamente en el caso de las relaciones de trabajo, es anterior, pues desde 1958 existe el Convenio 111 de la OIT, que contiene esta proscripción. Se trata de una norma importante, pues es el primer documento en el que se define la discriminación, indicando que es “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”.

De acuerdo con esta definición, la discriminación supone un acto o una omisión que distingue produciendo un trato desigual, lo cual puede presuponerse ser parte del principio de igualdad. Sin embargo, existe algo novedoso: la distinción se basa en una serie de causas específicas. Si las personas poseen idéntica dignidad, se trata de accidentes, en el sentido aristotélico, por lo que se proscribe hacer uso de ellos, pues empañarían lo verdaderamente esencial.

De esta forma, las causas de la comparación adquieren una relevancia especial en el caso de la discriminación. Son diez los casos prohibidos por la Constitución. Cotejándolos con los proscritos por los principales tratados internacionales tanto universales como regionales,⁵ podemos concluir que la carta federal recoge casi todos esos motivos (salvo idioma), aunque algunos con distinto fraseo;⁶ además de que incluye otros, como la edad, las discapacidades, las preferencias sexuales y el estado civil.

⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1.1) y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 3). Todos estos instrumentos proscriben el uso de los mismos tercios de comparación, que son: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁶ Los instrumentos usan los términos “raza y color”, mientras que la Constitución, el de origen étnico; usan el término “opinión política o de otra índole”, mientras que la Cons-

Quizá sería oportuno agregar otros motivos de discriminación, como el idioma, que es faltante en comparación con el derecho internacional.⁷ Sin embargo, estas distinciones se encuentran prohibidas tanto en una interpretación *pro personae* como por la fórmula final del enunciado constitucional, que proscribe distinguir con base en cualquier otro motivo que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Este último enunciado resulta interesante, ya que indica la finalidad de esta prohibición, que es no menoscabar la dignidad humana, que es el valor interpretativo de todo derecho humano.⁸ Así pues, las cláusulas antidiscriminatorias suponen que todos los seres humanos poseen una idéntica dignidad, y, por tanto, no se les puede tratar arbitrariamente desigual, pues al discriminar se les menosprecia, se les infravalora con motivo de alguna condición personal, lo cual es un reduccionismo que desdibuja el valor intrínseco de cada persona.⁹

De este modo, si la dignidad es el fundamento de la cláusula antidiscriminatoria, constitucionalmente no podrían hacerse distinciones con base en la lengua, pese a no ser uno de los motivos de discriminación previstos en el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional, que, como se vio, no es sólo un catálogo enunciativo de criterios que hieren la dignidad de las personas.

Es importante señalar que también puede discriminarse sin usar alguna de estas causas expresamente indicadas, son usando uno neutral, cuando el propósito real, aunque escondido, es usar un motivo prohibido. A ello se le denomina “discriminación indirecta”.

Para entender lo anterior, puede citarse un caso vinculado a las relaciones laborales. La empresa Bilka-Kaufhaus garantizaba sólo a los trabajadores a tiempo completo un plan de pensiones. Por ello, quedaban excluidos los trabajadores a tiempo parcial. Aunque aparentemente la distinción parecía obedecer al tiempo laborado, se demostró que únicamente las mujeres ocupaban

titudin de “opiniones”; hablan de posición económica, mientras que la carta magna usa la expresión “condición social”; y hablan de “sexo”, mientras que la ley fundamental habla de “género”.

⁷ Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, UNAM-CNDH, 2007, pp. 70 y ss.

⁸ Batista, Fernando, *La dignidad humana y su protección constitucional en México*, México, Porrúa-IMDPC, 2021, p. 135.

⁹ Torre Martínez, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa-CNDH, 2006, p. 51.

las plazas de tiempo parcial, por lo que se trataba de una distinción basada en el sexo.¹⁰

Así pues, también quedan prohibidas las discriminaciones indirectas, es decir, las disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras que afectan a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo grupo.¹¹ De otra forma, se permitiría cometer un fraude a la Constitución.

Se ha dicho que el uso de los motivos de comparación está constitucionalmente proscrito. Ésta es una regla general, puesto que en algunos casos se permitiría su uso, por ser razonable. Por ejemplo, sería absurdo prohibir usar siempre el criterio de la edad, pues ello impediría proteger a los menores de edad del trabajo; o sería irracional prohibir el uso del motivo de condiciones de salud en todos los casos, pues habría que medicar no sólo a los enfermos, sino también a los enfermos.

La prohibición del uso de los motivos debe interpretarse en el sentido completo de la definición de la discriminación y de su finalidad. Lo que no se puede es anular o alterar las oportunidades de trato. Si esto no se hace, como en el caso en que sólo se les da tratamiento médico a los enfermos, no puede estimarse que exista discriminación. Por esto, algunas jurisdicciones constitucionales han precisado que no es el uso de estos motivos lo prohibido, sino su utilización injustificada, lo que ocurriría, por ejemplo, al considerar superior a un grupo y tratarlo con un privilegio, o al considerar inferior a otro al tratarlo con hostilidad.¹²

De acuerdo con lo anterior, el uso de los motivos de comparación está sujeto a un análisis de razonabilidad, que incluye tanto los elementos que permitan analizar la consideración que se tiene sobre un grupo determinado como el tratamiento perjudicial o benéfico que se les dé.

La prohibición de discriminar como derecho

Cuando la Constitución prohíbe discriminar, señala diez motivos claros y, además, como se vio, indica que no pueden usarse otros que atenten contra la

¹⁰ Bilka c. Weber, 170/74, sentencia del 13 de mayo de 1986.

¹¹ Artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE del Consejo de la Unión Europea.

¹² Al respecto, puede verse la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 8/2014, 11 de agosto de 2015. Esa resolución es consultable en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 24, noviembre de 2015, t. I, p. 325.

dignidad humana, señalando expresamente que su consecuencia consista en “anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Al referirse a la consecuencia, y relacionarla con otros derechos, podría pensarse que más bien se trata de un principio que informa transversalmente a todas las libertades, más que un derecho humano en sí mismo. Para que quede más claro, concretémoslo en el caso objeto del presente análisis. Si por motivo del origen étnico de una persona se le impide acceder a un empleo, ¿estaremos en presencia de una violación al derecho al trabajo o será la violación a otro derecho humano?

Los alemanes tienen muy claro que se trata de un derecho autónomo. Sin embargo, los italianos lo ponen en duda.¹³ En Italia se ha apuntado que la discriminación, antes que un derecho, es una condición de eficacia general de otros derechos, pues carece de un contenido material,¹⁴ ya que es un principio relacional que exige comparar entre dos personas o situaciones. Por ello, se ha dicho que más que un verdadero derecho es un modo de ser de los diversos derechos.¹⁵

Para ser más claros, en el ejemplo antes aludido el objeto de la pretensión del particular será siempre un diverso derecho, el derecho a un trabajo digno, mientras que la lesión de la posición de igualdad ofrecerá el motivo en que se fundamenta la impugnación. Esa postura reduce la discriminación a un valor. Se trata de un “principio de principios”. Su eficacia normativa se limita a informar a los derechos, teniendo sólo una función argumentativa.

Ante estos planteamientos, cabría decir que la estructura lógica de la discriminación, es decir, que el hecho de que tenga una organización relacional, no es suficiente para negar el carácter de derecho autónomo. La autonomía más bien se podría afirmar si se confiere algo que no podría exigir de otra forma.

Volviendo al ejemplo, si eliminamos la prohibición de discriminación, sería muy complicado poder alegar la inconstitucionalidad de una convocatoria que exige ciertas características para ser empleada. Habría que establecer que existe la obligación de celebrar un contrato de trabajo, la que no se tiene. Por ello, la discriminación sí confiere al titular algo que no puede ser exigido

¹³ Baño León, José María, “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 114, 1987, p. 181.

¹⁴ Rossano, Claudio, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Nápoles, Jovene, 1966, cap. V.

¹⁵ Mortati, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1960, p. 786.

de otra forma. De esta manera, es necesario hacer valer una violación a la prohibición de discriminación, aunque no se alegue que se ha trastocado otro derecho.

En este sentido, podría afirmarse que el objeto de la prohibición de discriminación es lograr la equiparación. Ciertamente, esa equiparación no se produce en abstracto, sino en relación con determinados motivos; pero eso sólo implica que existe un objeto particular en cada caso, lo que no impide a que tenga un objeto general, que es la equiparación. De esta forma, el contenido de discriminación está constituido por un haz de facultades que el titular del derecho tiene para conseguir el restablecimiento de éste.¹⁶

Considerando que la prohibición de discriminar constituye un derecho humano, hay que señalar que son titulares de éste todas las personas, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 1o. constitucional. En esa titularidad quedan comprendidas las personas extranjeras tanto por la universalidad de la expresión como por disposición expresa del artículo 33 constitucional.¹⁷

El problema más relevante que se ha presentado respecto a esta titularidad es si abarca o no a las personas morales. Desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos ha surgido la cuestión a partir del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala expresamente que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. La Corte Interamericana se ha pronunciado indicando que “las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales”.¹⁸

Ese pronunciamiento se refiere al derecho internacional. Queda latente el tema constitucional, que, además, es el que importa para este trabajo. Al respecto, desde la perspectiva doctrinal, salvo alguna postura cerradamente individualista,¹⁹ es doctrina generalmente aceptada que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, pues la titularidad exige reconocer

¹⁶ *Ibidem*, p. 183.

¹⁷ Expresamente indica: “Artículo 33.- Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”.

¹⁸ Corte IDH, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, serie A, núm. 22, párr. 70.

¹⁹ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, p. 68.

a los individuos aisladamente considerados,²⁰ y también en cuanto forman parte de cuerpos sociales. La jurisprudencia de la Suprema Corte ha ido en ese sentido, al señalar que la titularidad de los derechos comprende tanto a las personas físicas como a las personas morales.²¹

No obstante, como la misma jurisprudencia ha indicado, no puede afirmarse la titularidad genérica de las personas morales, pues únicamente lo serán respecto de los derechos que resulten conformes con su naturaleza y con sus fines,²² siguiendo a la doctrina mayoritaria.

En efecto, hay derechos que se vinculan a ciertas propiedades de los seres humanos o a ciertos comportamientos de los que sólo éstos son capaces, y que por ello no son aplicables a las personas jurídicas. Ello exige examinar caso por caso para indicar si el derecho es o no aplicable a las personas jurídicas.

Para sistematizar la cuestión, el profesor Ángel Gómez Montoro distingue tres bloques de derechos: los derechos que claramente no son aplicables a las personas jurídicas, los que de manera más o menos indiscutida lo son y, por último, la de aquellos supuestos que se presentan especialmente controvertidos.²³ Dentro de estos últimos se encontraría la discriminación, pues se fundamenta en que las personas tienen la misma dignidad.²⁴

Sobre este asunto no se ha pronunciado la Suprema Corte hasta el momento. Intentando dar una respuesta a la cuestión, habría que señalar que la titularidad dependerá de la causa de comparación, pues mientras existen algunos que no son predicables respecto a las personas jurídicas, como lo son la raza, el género o las condiciones de salud, otros sí podrían aplicar a éstas, como son el origen nacional, la edad o las opiniones. En cualquier caso, hacer valer otro motivo de comparación sería difícil, pues la cláusula de apertura hace referencia a la dignidad humana.

²⁰ Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, p. 229.

²¹ Jurisprudencia P./J. 1/2015 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 16, marzo de 2015, t. I, p. 117.

²² Tesis P. I/2014 (10a.), de rubro “PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDE DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 3, febrero de 2014, t. I, p. 273.

²³ Gómez Montoro, Ángel, “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, enero-julio de 2000, p. 56.

²⁴ *Idem*.

III. LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR FRENTE A PARTICULARES

Corresponde ahora entrar al análisis de la eficacia de la prohibición de discriminar en las relaciones privadas. Es claro que el Estado es sujeto pasivo, destinatario del derecho, como se desprende del tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución, que señala que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas...”. Sin embargo, hay que estudiar si ese enunciado excluye a los particulares. Para ello, se abordará, en primer término, la cuestión desde una perspectiva general, atinente a todos los derechos, para, posteriormente, abordar el caso específico de la discriminación.

1. *La eficacia de los derechos frente a particulares*

Para poder analizar si la prohibición de discriminar es oponible a las relaciones entre particulares, es preciso abordar, como cuestión previa, ese problema en la teoría general de los derechos fundamentales. Generalmente se presenta una objeción de índole sustantiva, vinculada al ámbito de autonomía de los particulares.²⁵ Los que se oponen a la eficacia ponen de relieve los riesgos que esto entraña para la libertad contractual y la seguridad jurídica, afirmando que se va en contra de la lógica de la libertad que informa a las relaciones entre sujetos privados.²⁶

Efectivamente, el principio de autonomía de la voluntad, que es intrínseco en las relaciones entre particulares, supone que las partes de éstas gozan de libertad para gestionar sus intereses y decidir sobre sus relaciones, sin intervenciones externas. Esto se trata de un principio constitucional, y no es una mera norma de las normas secundarias que rigen los contratos, como ha afirmado la Suprema Corte.²⁷ En los primeros textos constitucionales expresamente se dispuso que los particulares puedan hacer todo aquello que no está prohibido.²⁸

²⁵ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, p. 145.

²⁶ Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 283.

²⁷ Tesis 1a. CDXXV/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 219.

²⁸ En efecto, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, considerando que la libertad consiste en hacer todo lo que no perjudique a los demás, proclamó en su artículo 5: “Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido”.

En contra de esta tesis puede sostenerse que todos los ámbitos jurídicos, incluyendo el ordenamiento privado, se encuentran sujetos a la Constitución, cuya parte esencial son los derechos. De los derechos fundamentales deriva el fundamento de todo el ordenamiento.²⁹ Ésta es una concepción social de la Constitución, que ha venido a superar los antiguos confines del liberalismo.³⁰

Siguiendo esta postura, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellos que se originan entre particulares (función objetiva). A partir de ello, ha afirmado que “la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares”.³¹

Tomando en cuenta esta postura ya asumida por la Suprema Corte, cabría mencionar que existen dos modelos sobre la manera en que deben ser efectivos los derechos en las relaciones particulares. El primero, llamado “mediato”, supone que es necesaria la intervención del legislador para que las relaciones privadas se encuentren vinculadas a los derechos fundamentales. Por razones de seguridad jurídica, deben existir normas secundarias que determinen la manera de configurar la situación jurídica de los particulares frente a los derechos.³²

El segundo modelo, llamado “el inmediato”, concibe que con la norma legal de desarrollo o sin ella, los derechos humanos deben aplicarse en las relaciones entre particulares, pues la Constitución es una verdadera norma jurídica capaz de limitar y fundamentar el tráfico jurídico entre particulares.³³

Se adopte un modelo u otro, lo cierto es que existe el problema procesal; esto es, el medio idóneo para que el Estado verifique y, en su caso, sancione,

²⁹ Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 81 y ss.

³⁰ Dice Carl Schmitt, teórico de la Constitución de Weimar: “Para que el «imperio de la ley» conserve su conexión con el concepto de Estado de Derecho es necesario introducir en el concepto de ley ciertas cualidades [justicia y razonabilidad, dirá más adelante]”, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1970, p. 161.

³¹ Jurisprudencia 1a./J. 15/2012 (9a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 789.

³² Bilbao Ubillos, Juan María, *op. cit.*, p. 284.

³³ *Ibidem*, p. 327.

a los particulares que violen un derecho humano.³⁴ Ello, pues en los medios de control constitucional que pueden ser accionados por particulares, generalmente se indica que proceden en contra de violaciones de los derechos fundamentales causadas por el “poder público”.³⁵

Ante esta situación, podría acudirse ante una instancia jurisdiccional ordinaria para que se pronuncie sobre la eficacia del derecho fundamental y, posteriormente, teniendo el acto de autoridad del juez ordinario, podría acudirse a la jurisdicción constitucional, que resolverá el problema en última instancia.³⁶ Ello si no se permite que se controlen los actos de particulares en los medios de control constitucional.³⁷

México se encuentra en una posición intermedia, pues en el medio de control constitucional que pueden hacer valer todas las personas (el amparo), en principio procede en contra de normas generales, actos u omisiones “de autoridad” que violen los derechos humanos, como lo indica el artículo 103 constitucional. Sin embargo, la Ley de Amparo en su artículo 1o. señala que el amparo protege a las personas frente “los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley”. Posteriormente, en la fracción II de su artículo 5o. precisa que “los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad”.

De esta forma, en México, si un particular realiza actos equivalentes a los de una autoridad, podrá ser demandado en un juicio de amparo. Pero si su acto no puede ser calificado de esa manera, tendría que acudir a un juicio ordinario en contra del particular que presuntamente violó sus derechos, como podría ser un juicio laboral o un juicio de daño moral, y contra la decisión de la jurisdicción ordinaria (que debe realizar un análisis de constitucionalidad) podría el particular instar ante la jurisdicción constitucional.

³⁴ Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 145.

³⁵ Por ejemplo, el artículo 93.1 de la Ley Fundamental de Bonn y el parágrafo 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán.

³⁶ Así, por ejemplo, se aceptó por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth, BVerfGE 7, 198. Esta sentencia es consultable en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 202 y ss. La misma doctrina sigue la Corte Constitucional italiana, a partir de la sentencia del 9 de julio de 1970, y la Suprema Corte de Estados Unidos, en los casos Smith *vs.* Allright de 1944, Schelley *vs.* Kremer de 1948.

³⁷ De Vega García, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 703.

En el caso que nos ocupa, un particular que hace pública una oferta de empleo no estaría realizando un acto equivalente al de una autoridad. Por ello, no procedería el juicio de amparo en contra de la convocatoria. Cabría impugnarla en un medio ordinario. De *éste* no podrían conocer los tribunales laborales, pues no existe una relación de trabajo entre la persona presuntamente discriminada y quien emitió la oferta. Sería combatible, en todo caso, a través de una acción por daño moral ante los tribunales civiles.

2. *El caso de la prohibición de discriminar*

Si bien en términos generales puede afirmarse la eficacia de los derechos humanos frente a los particulares, como se ha visto, debe señalarse que no puede sostenerse de forma hegemónica. Habrá derechos que en su dimensión clásica no puedan exigirse a los particulares, como el debido proceso, pues la jurisdicción es una función estatal. Por ello, hay que analizar qué derechos tienen la multidireccionalidad. Esto es importante, por una razón adicional: en estos casos nos encontramos frente a otro titular de derechos, lo que puede suponer una colisión entre éstos, y una necesaria ponderación por parte del juez, como ha indicado la Suprema Corte.

Dicho lo anterior, en el caso específico de la igualdad y su eficacia en las relaciones entre particulares, hay quienes niegan tajantemente que el derecho a la igualdad rija éstas, aduciendo el argumento genérico de que no puede ser límite a la autonomía de la voluntad, a lo que se agrega que no puede extraerse del texto constitucional una eficacia frente a terceros.³⁸

En contra de ello se ha dicho que la igualdad sí puede regir las relaciones privadas, aunque difieren de la forma. Por una parte, se afirma que esto sería posible con el modelo mediato, en la medida en que el legislador concreta el principio para vincular a otros particulares.³⁹

En cuanto al modelo inmediato, sin mediación, se ha dicho que la Constitución atribuye a toda persona el derecho a no ser tratado de forma desigual por nadie, de forma que los jueces deben resolver en clave constitucional las posibles violaciones a este principio, debiendo ordenar, en su caso, el cese del trato desigual y la reparación.⁴⁰

³⁸ Rossano, Claudio, *op. cit.*, p. 391.

³⁹ Palomeque López, Manuel, *Despidos injustificados y libertad sindical*, Madrid, Civitas, 1982, p. 87.

⁴⁰ Rodríguez-Piñero, Miguel *et al.*, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 270.

La jurisprudencia española, al pronunciarse sobre la cuestión, ha considerado que sería difícil aceptar que el principio de igualdad rija todas las relaciones privadas. Ello, pues eso supondría que los individuos tendrían que actuar con criterio de razonabilidad justificando cada una de sus decisiones que trascendieran al mundo jurídico. Implicaría tratarlos como entes públicos y no como ciudadanos.⁴¹

Todo lo hasta aquí dicho se refiere sólo al principio de igualdad genérico. Sin embargo, la discriminación, como una de sus manifestaciones, presenta una diferencia, pues no se trata de un simple trato desigual, sino que se basa en motivos constitucionalmente proscritos, y que son especialmente lacerantes para una sociedad. Resultaría difícil dejar de controlar situaciones evidentemente discriminatorias, como prohibir el acceso a los establecimientos mercantiles abiertos al público a por alguna característica racial. Es por ello por lo que el mismo Tribunal Constitucional español ha considerado que si bien no puede exigirse a los particulares que traten de forma igual a todas las personas con las que se relacionan, sí puede darle eficacia a la prohibición específica de discriminar por los motivos contemplados por el texto constitucional.⁴²

De esta misma opinión es la Suprema Corte mexicana, que ha sostenido que el derecho humano a no ser discriminado es vinculante “no sólo frente a los órganos del Estado, sino que adicionalmente, poseen eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares”.⁴³

En el enunciado antes transcrito, la Suprema Corte afirma que la prohibición de discriminar opera en “ciertas relaciones” entre particulares. Eso significa que no en todas. Eso tiene cierta lógica, puesto que también existen otros derechos, como los de privacidad, que podrían ser vulnerados con una eficacia absoluta de la igualdad. Por ejemplo, una persona debe tener el derecho a decidir quién ingresa en su domicilio o con quién desea contraer matrimonio, aunque sea por un motivo de los proscritos por la Constitución, pues de otra forma se contravendría su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

⁴¹ Auto del Tribunal Constitucional español 1069/1987, del 30 de septiembre. En esta resolución apuntó que “Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario... obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones en forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes... Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda a uno y condonarla total o parcialmente a otro”.

⁴² Sentencia 17/1985, del 14 de junio. Por ello, ese tribunal ha admitido demandas en las que el actor se siente discriminado por prohibírsele acceder a un local como un casino.

⁴³ Tesis 1a. XX/2013 (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 627.

Es difícil señalar de antemano qué conductas privadas son regidas por la discriminación y cuáles no. Sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte ha indicado que deben tomarse en cuenta tres factores para poder determinar la incidencia de la prohibición de no discriminación en el tráfico jurídico-privado:

En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible... El segundo factor a tomar en cuenta es la repercusión social de la discriminación, es decir la existencia de un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico. Cuando concurre esta circunstancia, la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública... El tercer factor, por último, es valorar la posible afectación al núcleo esencial de la dignidad de la persona discriminada.⁴⁴

IV. DISCRIMINACIÓN Y CONVOCATORIAS LABORALES

Una vez sentadas las bases generales sobre las que debe valorarse la cuestión, corresponde ahora analizar si las convocatorias laborales están sujetas a la prohibición de discriminar y en qué medida. Como se ha explicado, en este punto confluyen dos derechos. Por una parte, el derecho a no ser discriminado de la persona que está buscando un empleo, y, por otra, la libertad de contratar a quien considere oportuno que tiene quien desea emplear.

En efecto, quien está buscando trabajadores tiene la libertad de contratación, que permite a los particulares decidir con quién celebrar actos jurídicos, el objeto del convenio, la regulación contractual y, en su caso, la manera en que serán resueltas las diferencias que pudieran surgir. Lo anterior se soporta en la autonomía de la voluntad y en la libertad individual.

Esta libertad de contratación, sin embargo, tiene un límite: el orden público, que quedó positivizado desde 1804 en el artículo 6 del Código Civil francés, y que ha sido replicado por todas las legislaciones civiles. Si en un Estado constitucional los derechos humanos constituyen la misma esencia del orden

⁴⁴ Tesis 1a. CDXXVI/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 243.

público,⁴⁵ no hay duda de que nadie podría escudarse en la libertad de contratación para discriminar.

Es por ello por lo que la Ley Federal del Trabajo proscribe establecer condiciones que impliquen discriminación 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 (artículo 3o.).

Sin embargo, la misma norma hace una precisión: no se consideran discriminaciones las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada. En esta misma línea se ha pronunciado la Suprema Corte, al afirmar que si bien la prohibición de no discriminación no obliga a contratar a una persona que no sea competente, no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto, y que puede hacer a un lado las virtudes de un candidato por los motivos que sean debido a la libertad de contratación, no puede motivar la exclusión en alguno de los tercios de comparación establecidos en el artículo 1o. constitucional.⁴⁶

Este es el punto en donde radica la problemática: determinar si una de las condiciones que exige una convocatoria laboral atiende o no a calificaciones del puesto, o bien se trata de una exclusión motivada por alguna de las causas que prohíbe el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional.

En la mayoría de los casos no habrá mayor dificultad para poder realizar la valoración. Si para el puesto de primer oficial una aerolínea exige ser piloto aviador, es claro que se trata de una calificación del puesto que, además, se sustenta en temas de seguridad de los pasajeros y en la legislación secundaria del artículo 5o. constitucional, que exige la cédula profesional para ejercer esa profesión. Y una convocatoria que exija que una persona sea soltera para ser contratado como médico, claramente es discriminatoria.

No obstante, existen casos que pueden ser sumamente confusos, en donde cueste determinar si un cierto requisito es una calificación para el puesto o un motivo discriminatorio. Por ejemplo, si se piden condiciones de salud específicas para un trabajo que implique realizar actividades físicas que no podría desempeñar cualquier persona. O sería el caso de una asociación que promueva cierta ideología que exija como requisito para contratar a un vocero

⁴⁵ Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁶ Tesis 1a. CDXXXII/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 226.

el tener ciertas ideas. ¿Serían supuestos de discriminación motivados por las condiciones de salud o de las opiniones, o cualificaciones requeridas para el puesto?

Como es evidente, no puede darse una respuesta de antemano, y debe valorarse caso por caso analizando la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate, el contexto en que se lleve a cabo, y valorando que el requisito tenga un fin legítimo y la exigencia sea proporcionada para alcanzarlo, como ha indicado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁴⁷

Respecto a un caso en el que se exigía una edad para ocupar un puesto, la Suprema Corte sostuvo que este criterio ofrece peculiaridades muy específicas, pues, a diferencia de los restantes tipos discriminatorios, la edad no permite juicios homogéneos sobre la categoría de sujetos afectados: juventud, madurez o vejez ofrecen entre las personas susceptibles de quedar subsumidas en alguno de dichos colectivos caracteres variables. En cualquier caso, apuntó que este tipo de distinciones suelen apoyarse en estereotipos o estigmas asociados a la edad, como sería la inexperiencia o la poca destreza, en el caso de los jóvenes, o la falta de adaptación y la menor capacidad de reacción, en el caso de los mayores.⁴⁸

Antes de entrar en consideraciones particulares sobre algunos temas relativos a la discriminación en las convocatorias de trabajo, hay que atender a una cuestión con relevancia procesal: ¿es necesario cumplir con las demás exigencias del puesto para que se configure la discriminación? Un ejemplo: si una convocatoria pide ser contador público y cristiano para ser contratado, ¿el simple hecho de no ser parte de esa religión me permite impugnar la convocatoria o debo acreditar tener la cédula profesional respectiva?

Sobre el particular, el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo considera que tienen que acreditarse todas las demás exigencias del puesto para que pueda existir la discriminación, pues, de otra forma, una eventual sentencia no podría tener efectos prácticos.⁴⁹ Esta postura no la compartieron los demás integrantes de la Primera Sala, para quienes basta con la expedición de la convocatoria. Incluso, la mayoría estimó que ni siquiera se necesitaba un acercamiento entre quien realiza una convocatoria laboral potencialmente discriminatoria y el aspirante mediante una solicitud de trabajo, pues ello con-

⁴⁷ Tesis 1a. CDXXXII/2014 (10a.), *ibidem*, p. 226.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 223.

⁴⁹ Voto particular del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo en el 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.

llevaría en un efecto residual discriminatorio, situación que conduciría a una revictimización, la actualización de una discriminación y un vaciamiento de la protección de las normas de derechos fundamentales.⁵⁰

1. *El tipo de empleador*

Como se ha visto, las convocatorias laborales de particulares tienen que respetar la prohibición de discriminar, y por ello cuando exijan requisitos para un puesto que se identifiquen con algunos de los motivos proscritos por el quinto párrafo de la Constitución deben justificarlos, para no violar la igualdad. Ahora debemos preguntarnos si en esta valoración tiene relevancia el sujeto pasivo, es decir, el empleador que está obligado a no discriminar, tomando en cuenta que la Suprema Corte definió como uno de los puntos a tomar en consideración la incidencia de la igualdad en las relaciones entre particulares la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra.⁵¹

Al respecto, el profesor Javier Díaz Revoiro ha considerado que no todas las relaciones entre particulares son iguales para efectos de la discriminación, y ha elaborado una interesante distinción entre diversas categorías de los sujetos obligados. Sitúa por una parte a los particulares en general, y por otra a las empresas que gestionan servicios públicos, las empresas monopólicas, y las grandes empresas.⁵²

Respecto a las empresas que gestionan servicios públicos, como salud, educación, o televisión, estima que serían máximas las exigencias de la igualdad. Si reciben financiamiento público, se les debería exigir casi como al Estado, y por tanto no podrían jamás emitir una convocatoria discriminatoria. Las empresas que constituyen monopolios o que ofrecen bienes o servicios básicos, como energía eléctrica o gas, tendrían exigencias semejantes. Y las grandes empresas, aunque se les debe exigir menos, tampoco puede equipararseles a cualquier otro particular por su posición de dominio, por lo que el estándar para valorar una convocatoria potencialmente discriminatoria debería ser más alto.

⁵⁰ Tesis 1a. CDXXXVI/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 221.

⁵¹ Tesis 1a. CDXXVI/2014 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 243.

⁵² Díaz Revoiro, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 154-156.

De acuerdo con ello, los requisitos para un puesto de trabajo en una empresa mediana o pequeña, así como para laborar para una persona física, si bien no pueden ser discriminatorios, deberían ser analizados con un estándar menos estricto que en el caso de quienes prestan un servicio público, cuyos requisitos deben ser valorados de forma más escrupulosa.

A la luz de lo anterior, se entiende que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya considerado que los medios de comunicación, que juegan un papel fundamental en la formación de una cultura pública que propicie la disminución y, en última instancia, la erradicación de discursos discriminatorios, tienen una responsabilidad especial respecto a la discriminación,⁵³ por lo que habría que juzgar con severidad los potenciales criterios discriminatorios en sus convocatorias laborales.

2. *Las acciones afirmativas en las convocatorias laborales*

Un segundo tema particular que debe analizar es el relativo a las acciones afirmativas, es decir, si sería posible establecer un motivo proscrito por el quinto párrafo del primer artículo constitucional, pero no con el objetivo de perjudicar a cierto grupo, sino de beneficiar a otro que se encuentra en una situación de desventaja.

Pensemos en una empresa que busca emplear sólo a adultos mayores. Está haciendo una distinción con motivo de la edad, que en principio no puede realizarse. Sin embargo, lo hace con el propósito de ayudar a un sector social que difícilmente puede conseguir empleo. O pensemos en el caso de una empresa que busca a una mujer para un puesto directivo con objeto de impulsar a las mujeres que históricamente no pueden ocupar este tipo de posiciones.

En el caso de los entes públicos, se ha debatido mucho sobre la justificación de las acciones afirmativas.⁵⁴ Por lo que se refiere a los particulares, la cuestión parece ser más sencilla, pues una respuesta puede encontrarse justamente en la libertad que los ampara: si pueden hacer todo aquello que no esté prohibido, pueden fomentar la igualdad real. En caso de que el empleador sea una sociedad, habría que agregar que el derecho de asociación permite coaligarse para cualquier fin lícito, y sin duda tiene esta condición

⁵³ Tesis 1a. CLXIII/2013 (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XX, mayo de 2013, t. 1, p. 558.

⁵⁴ Un panorama completo sobre las teorías de justificación puede verse en Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM-Conapred, 2007, pp. 194-243.

la promoción de la igualdad de oportunidades, pues es uno de los valores constitucionales.

Es cierto que dichas medidas pueden resultar, en algunos casos, en relegar a ciertas personas o colectivos. No obstante, hay que tomar en cuenta que las exigencias de la igualdad respecto a los particulares resultan menores, como se ha visto, pues son atemperadas por la libertad de la que gozan, y que les permite en algunos casos realizar tratamientos desiguales sin violar el principio en comento.⁵⁵

Ahora bien, podemos también encontrarnos frente a supuestos en los que las acciones positivas no sean espontáneas, sino que sean fomentadas por los poderes públicos. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en España, con la expedición de la Ley Orgánica 3/2007, que dispuso que las empresas con más de doscientos cincuenta trabajadores debían procurar contar con planes de igualdad laboral entre mujeres y hombres, que contemplara el acceso de mujeres a los consejos de administración, y otorgándoles un distintivo a los que así lo hicieran.⁵⁶

En México, sin ser tan incisiva, se cuenta con una disposición similar, como lo es la Norma Oficial Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en materia de igualdad laboral y no discriminación.⁵⁷ En esa norma se establecen requisitos para que las empresas implementen prácticas para la igualdad laboral y no discriminación, que les permite obtener un certificado de igualdad laboral y no discriminación para alcanzar ciertos beneficios, como lo es el contar con puntos adicionales para las licitaciones públicas.

En estos supuestos, las acciones afirmativas se justificarían en esas normas, por lo que sería ratificada su licitud que, como se ha visto, es posible justificar. En todo caso, cabría cuestionar no al particular, sino a la autoridad, por la emisión de disposiciones que podrían ser contrarias a la libertad de asociación o a la libertad de empresa, aunque podría justificarse en la medida en que no se trata de obligaciones duras, sino de invitaciones,⁵⁸ y por la obligación estatal de fomentar la igualdad.⁵⁹

⁵⁵ Díaz Revoiro, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁶ Sobre esta ley, puede verse Soberanes Díez, José María, “Ley española para la igualdad de mujeres y hombres”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, num. 17, julio-diciembre de 2007.

⁵⁷ Publicada el 19 de octubre de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación*.

⁵⁸ Díaz Revoiro, *op. cit.*, p. 136.

⁵⁹ Giménez Glück, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medias de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 143.

3. *La reparación de la discriminación en las convocatorias laborales*

La reparación de las violaciones a los derechos es una de las obligaciones que tiene todo Estado. Si bien debe prevenir su vulneración, en caso de que se trasgredan tiene que investigar, sancionar y reparar a la víctima. De no hacerlo, los derechos no serían más que una quimera. Por ello, el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional expresamente indica que es un deber de todas las autoridades, a la vez que un derecho de todas las personas.⁶⁰

En el caso de que la violación a un derecho no haya sido cometida por los poderes públicos, sino por un particular, que es el caso que nos ocupa, podría pensarse que el Estado no tiene por qué responder de actos que no le son propios. Si bien eso es cierto, no menos cierto es que el Estado tiene algo que hacer en estos casos: hacer que se repare la violación; esto es, tomar las medidas que auguren que el particular que ha trasgredido un derecho remedie lo que ha hecho. De esta forma, si se ha impugnado en la vía jurisdiccional la violación, los jueces deben hacer que se repare.⁶¹

Existen diversas formas de reparación de los derechos, como son las medidas de rehabilitación, compensación, satisfacción, garantías de no repetición y la restitución. Todas ellas presuponen que se le ha puesto fin a la violación, pues, de lo contrario, es la primera cuestión de la que una eventual sentencia debería ocuparse.

En el caso que nos ocupa, es decir, una convocatoria laboral discriminatoria, y que es impugnada en un proceso, el juez que conozca del caso debe anularla, pues de esta forma pondrá fin a la violación del derecho a la igualdad.⁶² En estos términos se ha pronunciado la Suprema Corte.⁶³

⁶⁰ Sobre cómo la reparación constituye un derecho, Verdín Pérez, Jaime Arturo, “Derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos. Una mirada desde la reparación integral y el cumplimiento de sentencias”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 157, enero-abril de 2020.

⁶¹ Para profundizar sobre ello, puede consultarse, Cantú Rivera, Humberto, “El papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en el ámbito de la responsabilidad empresarial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 157, enero-abril de 2020, especialmente la p. 23.

⁶² Sobre las formas de reparar las violaciones a la igualdad, puede consultarse García Belfuss, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁶³ Tesis 1a. XXXIII/2015 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 14, enero de 2015, t. I, p. 754.

Ahora bien, la cesación del acto discriminatorio, la nulidad de la convocatoria laboral, no termina de reparar la violación. Podría por ello pensarse que el empleador responsable debería contratar a quien impugnó la oferta. Esto, sin embargo, supone algunos problemas. En primer lugar, si para impugnarla no es necesario demostrar que se cumple con el resto de los requisitos exigidos, eso supondría tener que contratar a una persona que quizá no reúna el perfil.

En segundo lugar, y más de fondo, una condena en estos términos sería altamente cuestionable desde la perspectiva de la libertad de contratación, que quedaría totalmente opacada. Podemos pensar en el caso de que no sea una persona física, sino una asociación, o un grupo de personas las que impugnan la convocatoria. Tal vez no le sea económicamente posible a un empleador contratar a varias personas, cuando sólo requería a una. O podríamos pensar en el caso de que durante el proceso la empresa ya hubiera cubierto la vacante, y la condena quizá suponga el despido de quien fue contratado, en trasgresión a sus derechos.

Es por ello por lo que la Suprema Corte ha determinado que si bien debe anularse la convocatoria, eso no debe conllevar necesariamente en una obligación de contratación en atención a la libertad contractual.⁶⁴ De esta manera, el ofrecerle trabajo a la víctima de la violación queda en manos del empleador; pero no puede ser un mandato impuesto por el tribunal.

Descartada esa condena, habría que pensar en la posibilidad de una indemnización, máxime si se trata de un proceso por daño moral, ya que la reparación propia de esa acción es la compensación económica en la medida en que la convocatoria discriminatoria sea consecuencia del daño sufrido por quien deseaba el empleo. Por ello, la Suprema Corte ha considerado que puede condenarse a una indemnización de los daños causados a la empresa ofertante.⁶⁵ No obstante, alertó a los jueces, ya que pueden existir solicitudes de trabajo fraudulentas, “cuyo único objetivo sea la obtención de una indemnización dineraria”,⁶⁶ pues podría dar lugar al surgimiento de “estrategias de búsqueda de empleo y posterior litigio, con el único objetivo de obtener ciertas cantidades de dinero, tergiversando así los fines para los cuales se ha establecido en nuestro país el derecho fundamental a la no discriminación”.⁶⁷

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ Tesis: 1a. II/2015 (10a.), *ibidem*, p. 760.

⁶⁶ Tesis 1a. XXXIV/2015 (10a.), *ibidem*, p. 761.

⁶⁷ *Idem*.

Además de la nulidad y de la posible indemnización, para conseguir una reparación integral del daño causado por la discriminación, la jurisprudencia ha establecido que los juzgadores pueden establecer otras medidas reparatorias de carácter disuasorio, así como sanciones penales, si la ley lo prevé así.⁶⁸ Sobre este último punto, el ministro Pardo Rebolledo ha realizado una interesante observación: si se intenta una acción civil, supondría variar la litis, lo cual legalmente no puede hacerse por falta de sustento normativo.⁶⁹

V. CONCLUSIONES

Para conseguir la igualdad, tanto la Constitución como los tratados internacionales proscriben la discriminación; es decir, las distinciones basadas en ciertos motivos que laceran a la dignidad humana y que tienen por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades.

No sólo se trata de una prohibición constitucional y convencional, sino que constituye un derecho humano de todas las personas. La estructura relacional de este principio no lo excluye de esta condición, ya que otorga algo al titular que de otra forma no se puede alcanzar: lograr la equiparación.

Si es un derecho humano, habría que preguntarse si puede tener eficacia frente a los particulares. En contra de los que niegan esta posibilidad por afectar a la libertad, debe afirmarse que la Constitución contiene un programa de configuración de la sociedad, y, por tanto, todos los ámbitos de lo jurídico quedan sujetos a ella. Por ello, el derecho humano a no ser discriminado posee eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares.

En el caso de las convocatorias laborales, en las que confluye la libertad de contratación de quien desea emplear, y el derecho a no ser discriminado por parte de quien busca un trabajo, debe considerarse que la libertad de contratar tiene como límite el orden público. Siendo los derechos humanos —entre los que se encuentra el de no ser discriminados— la esencia del orden público, puede afirmarse que una oferta de empleo debe respetar la igualdad.

No obstante, existen casos que pueden ser sumamente confusos, en donde cueste determinar si un determinado requisito es una calificación para el puesto o un motivo discriminatorio. En estos supuestos no puede darse una

⁶⁸ Tesis: 1a. II/2015 (10a.), *ibidem*, p. 760.

⁶⁹ Voto particular del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo en el 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.

respuesta de antemano, y debe valorarse caso por caso analizando la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate, el contexto en que se lleve a cabo, así como que el requisito tenga un fin legítimo y la exigencia sea proporcionada para alcanzarlo.

Entre las particularidades de esta valoración podrían tener relevancia las condiciones del empleador, que está obligado a no discriminar, pues si se trata de una empresa que presta servicios públicos, o una gran empresa, las exigencias de la igualdad le serían mayores.

Otra de las particularidades que puede tomarse en cuenta es si se trata de una acción afirmativa, que no tiene por objeto perjudicar, sino respaldar a un grupo que se encuentra en desventaja. Tratándose de particulares, estas acciones podrían justificarse en la libertad, ya que si los privados pueden hacer todo aquello que no esté prohibido, pueden fomentar la igualdad real, que es un valor constitucional.

En caso de que una convocatoria laboral sea discriminatoria, el juez que así lo determina debe anularla para poner fin a la violación a la igualdad. Para reparar, sería cuestionable que ordenara la contratación de la víctima en atención a la libertad del posible empleador. Sin embargo, podría ordenar una indemnización, así como exigir medidas disuasorias y, en su caso, dar vista al Ministerio Público.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, José María, “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 114, 1987.
- BATISTA, Fernando, *La dignidad humana y su protección constitucional en México*, México, Porrúa-IMDPC, 2021.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- CANTÚ RIVERA, Humberto, “El papel de las instituciones nacionales de derechos humanos en el ámbito de la responsabilidad empresarial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 157, enero-abril de 2020.
- CARBONELL, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, UNAM-CNDH, 2007.

- DÍAZ REVOIRO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993.
- GARCÍA BELFUSS, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medias de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel, “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, enero-julio de 2000.
- HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005.
- MORTATI, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1960.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel, *Despidos injustificados y libertad sindical*, Madrid, Civitas, 1982.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel *et al.*, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- ROSSANO, Claudio, *L'eguaglianza giuridica nell'ordenamento costituzionale*, Nápoles, Jovene, 1966.
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM-Conapred, 2007.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1970.
- SOBERANES DÍEZ, José María, “Ley española para la igualdad de mujeres y hombres”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 17, julio-diciembre de 2007.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa-CNDH, 2006.

- VEGA GARCÍA, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- VERDÍN PÉREZ, Jaime Arturo, “Derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos. Una mirada desde la reparación integral y el cumplimiento de sentencias”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LIII, núm. 157, enero-abril de 2020.