

COMENTARIO A LA SENTENCIA RECAÍDA
AL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 992/2014
DE LA SUPREMA CORTE DE MÉXICO
NO DISCRIMINACIÓN EN LAS CONVOCATORIAS DE EMPLEO¹

MARIO SANTIAGO JUÁREZ²
m.santiago.juarez@gmail.com

RESUMEN: Se estudia la sentencia Amparo Directo en Revisión 992/2014, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala o Corte) el 12 de noviembre de 2014, relacionada con el derecho de acceso al empleo y la no discriminación por razones de edad. En ella se establece la inconstitucionalidad de tres convocatorias de empleo que una empresa de restaurantes publicó en un diario de circulación nacional. En éstas se establecía como requisito para solicitar el empleo, entre otros, el de estar dentro de un rango de edad, considerado por la Corte como inconstitucional.

ABSTRACT: Sentence 992/2014, dictated by the First Chamber of the Supreme Court of Justice on november 12, 2014 is studied, concerning the right to access the employment and no discrimination for the reason of age. Unconstitutional nature is established in three employment calls published by a food service company in a national newspaper, mentioning a requisite for applying for a position to be within a range of age, which is considered unconstitutional by the Court.

PALABRAS CLAVE: Derecho de acceso al empleo, no discriminación laboral, juicio de razonabilidad en el ámbito privado.

KEYWORDS: Right of access to employment, no labor discrimination, trial of reasonableness in the private sector.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia estudiada es interesante cuando menos por las razones siguientes:
1) Es una de las pocas sentencias en las que la Corte ha tenido la oportunidad de analizar casos relacionados con discriminación en acceso al empleo por edad, lo

¹ Trabajo recibido el 25 de noviembre de 2015 y aprobado el 11 de mayo de 2016.

² Jefe de Investigación del Museo de las Constituciones de la Universidad Nacional Autónoma de México. Agradezco los inteligentes comentarios de Sergio Méndez Silva, que leyó con atención un borrador de este ensayo.

que se traduce como al acceso al trabajo³; 2) Es un asunto en donde se reconoce la existencia de violaciones a derechos humanos laborales entre particulares, y 3) Es una oportunidad para analizar los criterios de la Corte relacionados con la técnica judicial de ponderación de derechos, y con el juicio de razonabilidad en materia del derecho a la igualdad y prohibición de discriminar.

II. ANTECEDENTES

El asunto tiene como origen las demandas civiles por discriminación interpuestas por tres personas (RCPM, JVM, AGVR) y dos asociaciones civiles (Asociación por la No Discriminación Laboral por la Edad o Género –Andleg–, y el Centro contra la Discriminación). En las demandas se acusa a la empresa de restaurantes La Destilería de discriminar a través de dos anuncios publicados en el periódico *Reforma* del 27 de septiembre de 2015. Uno de los anuncios que originaron las demandas señalaba lo siguiente:

CMR Solicita: Recepcionista. Escolaridad: Preparatoria o carrera técnica. Edad: 18 a 25. Sexo: Femenino. Experiencia: 1 año en recepción o relaciones públicas. Sueldo: \$ 5,000. Con excelente presentación, estatura 1.60, talla 30, disponibilidad de horario, para trabajar en zona Polanco.

Analista contable. Escolaridad: Técnico en contabilidad o licenciado en contaduría pública, trunco, pasante o titulado. Edad 25 a 40 años. Sexo indistinto. Experiencia: 1 año en contabilidad general. Sueldo \$ 6,000. Disponibilidad de horario para trabajar en zona centro.

Un segundo anuncio decía:

Restaurante La Destilería. Promotor de eventos. Buscamos una joven alegre, vinculada a las relaciones públicas. Con Buena presentación, que le guste el medio restaurantero. Edad de 18 a 35 años. Sexo Femenino. Vinculada a las ventas, organización de banquetes. Puesto por temporada (octubre-enero).

³ Las dos sentencias anteriores relacionadas con ofertas de empleo fueron las siguientes: Amparo directo en revisión 968/2010, del 23 de junio de 2010, y amparo directo en revisión 1387/201222 de enero de 2014. Ambas dictadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Sobre el derecho al acceso al empleo puede verse: Tomás Jiménez, Natalia. “Discriminación por razón de edad y derecho al trabajo” [Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015] [Disponible en: <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/nataliat@ugr.es/TCNatalia.pdf>].

En sus demandas se aduce que al no cumplir con los requisitos establecidos en los anuncios se les discrimina por motivos constitucionalmente prohibidos, especialmente el de la edad, pues al no cumplir con ese requisito se les niega el derecho al trabajo.

El asunto es resuelto por el Juez Vigésimo de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (TSJDF), quien falla a favor de la empresa, pues considera que el objetivo de las convocatorias fue que personas con cierto perfil ocuparan un puesto, por lo que dicho perfil no restringía a diversos candidatos que pudieran considerarse aptos para ocupar el puesto; es decir, no se trataba de un hecho prohibitivo. Así, las demandas de los actores se basaban en apreciaciones meramente subjetivas, ya que la empresa simplemente fijó un parámetro de las características que buscaba en la contratación⁴.

Inconformes con la resolución, el 5 de octubre de 2012 los actores promovieron recurso de apelación, señalando que el derecho a la no discriminación goza de eficacia horizontal; es decir, tiene efectos entre particulares, razón por la cual, la convocatoria debía ser analizada como una forma de exclusión del trabajo por motivos de edad que afectaba su dignidad, pues una distinción tomando como base la edad de los candidatos no tenía lógica alguna. Se adujo también que el hecho de no haber solicitado los empleos no implicaba que las convocatorias no fueran discriminatorias, pues mediante las mismas se limitó en el libre acceso al empleo a un grupo en situación de vulnerabilidad, lo cual por sí solo actualizó un daño moral, violando así diversas disposiciones de la Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación (LFPED)⁵. El 18 de febrero de 2013 se dictó sentencia definitiva, mediante la cual se confirmó la resolución combatida⁶. En su sentencia, la Décima Sala Civil del TSJDF (Sala) señala lo siguiente:

[U]na publicación puede ser discriminatoria cuando de su texto se desprenda como consecuencia de su difusión pública, el impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades. Sin embargo, cuando un anuncio se dirige a personas indeterminadas, no puede considerarse que exista una discriminación de individuos en específico⁷.

⁴ SCJN, Primera Sala. Amparo directo en revisión 992/2014, p. 6.

⁵ Cfr. *Ibidem*, foja 8.

⁶ Tal recurso fue del conocimiento de la Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

⁷ SCJN, Primera Sala. Amparo directo en revisión 992/2014, p. 9.

Los demandantes, en desacuerdo con la resolución del tribunal de apelación, presentaron un juicio de amparo, en donde se señalaron los siguientes argumentos en los conceptos de violación:

a) Contrario a lo señalado por la Sala, en el presente caso existió una violación al artículo primero constitucional, al emitirse una “exclusión laboral discriminatoria” basada solamente en la edad de las personas. El criterio de edad no se relaciona lógicamente con los empleos mencionados en la convocatoria, aunado a que el no haber solicitado el empleo no implicaba que la empresa demandada no haya generado un hecho ilícito; b) la Sala pasó por alto la obligación del Estado de erradicar cualquier tipo de discriminación, especialmente por cuestiones de edad; c) se actualizaron todos los elementos de la acción de daño moral, pues el hecho de que la convocatoria fuese discriminatoria hacía evidente la existencia de un hecho ilícito; lo que vulneraba la dignidad de las personas, al fomentar la exclusión por una cuestión de edad, generándose así un grupo en situación de vulnerabilidad.

En el mismo sentido, los demandantes señalaron que no era necesario acreditar que los candidatos al empleo cumplieran con el resto de los requisitos señalados en la convocatoria, pues el principio de no discriminación se violentó por el solo hecho de realizar una exclusión injustificada. En dado caso, tales requisitos servirían para cuantificar la indemnización, pero no para tener por acreditada o no la existencia de una violación a la dignidad. Así, la exclusión de personas en virtud de su edad no se advierte de disposición alguna de nuestro sistema jurídico, por lo que existió una clara violación a nuestra Constitución y a diversos instrumentos internacionales en la materia⁸.

En la resolución al juicio de amparo, el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (Tribunal Colegiado) señaló esencialmente que “... para vulnerar el principio de igualdad se requiere que una distinción injustificada tenga como consecuencia la limitación o violación de un derecho fundamental”⁹. Y añade:

[E]s necesario comparar la situación de la persona concreta con el conjunto de los demás individuos que reúnen tales aptitudes, a efecto de establecer si existe relación de igualdad o desigualdad entre ellas. Los quejosos partieron de una premisa errónea,

⁸ Cfr. *Ibíd.*, foja 10.

⁹ Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito amparo directo civil 415/2013. Fojas 130 a 190.

pues debían demostrar que habían reunido el resto de los requisitos exigidos en la convocatoria, para así probar que estaban en igualdad de circunstancias, y así el acto discriminatorio hubiese generado un daño moral¹⁰.

El Tribunal Colegiado, como consecuencia del razonamiento anterior, no otorgó el amparo, por lo que inconformes, los demandantes interpusieron recurso de revisión; en su promoción se establece el siguiente argumento:

El Tribunal Colegiado no interpretó de forma adecuada el artículo 1º constitucional, pues limitar a las personas a que accedan a un empleo en razón de la edad representa un hecho discriminatorio, el cual genera un daño en su dignidad¹¹.

Para los demandantes, el Tribunal Colegiado sólo debió tomar en cuenta la existencia del anuncio para acreditar la discriminación. Además, arguye que la libertad de contratación tiene ciertos límites, “consistentes en los derechos fundamentales de las otras personas, como en el presente caso era la no discriminación”, lo cual se encuentra previsto en la Ley Federal del Trabajo, especialmente en el artículo 133, fracción I, que indica que los patrones o sus representantes tienen prohibido negarse a aceptar trabajadores por las razones antes indicadas, las cuales constituyen actos discriminatorios¹², y en la Ley Federal para Prevenir y Erradicar

¹⁰ La resolución generó la siguiente tesis de jurisprudencia: Discriminación en el derecho de acceso al empleo. Tiene como presupuesto la prueba de las aptitudes o calificaciones para su desempeño. La discriminación que tenga por objeto anular o menoscabar el mencionado derecho laboral tiene lugar cuando el interesado demuestra reunir las aptitudes o calificaciones necesarias para desempeñar cierto empleo y, sin embargo, se le excluye con base en criterios ajenos a dichas aptitudes o calificaciones. Esto, pues el derecho fundamental a la no discriminación tiene su base en el principio de igualdad, que impone la necesidad de comparar si la persona se encuentra en condiciones de igualdad respecto a cierta circunstancia fáctica prevista en la ley para la concesión de un derecho, de tal manera que primero debe verificarse si la persona guarda relación de igualdad con el conjunto de personas con las aptitudes necesarias para el desempeño de cierto empleo, para determinar si se vulnera ese principio con base en un criterio de exclusión injustificado. De lo contrario, el interesado no comprobará este presupuesto necesario para establecer la existencia de la discriminación en su contra. Novena Época Núm. de Registro: 163824, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XX-XII, Septiembre de 2010 Materia(s): Civil. Tesis: I.4o.C.295 C. Página: 1251.

¹¹ SCJN, Amparo directo en revisión 992/2014, foja 14.

¹² Artículo 133.- Queda prohibido a los patrones o a sus representantes: I. 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.
Ibídem, foja 15.

la Discriminación¹³. Finalmente, considera que el Tribunal Colegiado llevó a cabo una “errónea interpretación de los derechos involucrados, pues la no discriminación no se dirige exclusivamente a las autoridades, sino a todos los individuos, ya que la Constitución establece una prohibición absoluta en contra de la discriminación”¹⁴.

III. LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN ANTE LA CORTE

En el estudio hecho para determinar la procedencia del recurso de revisión de la sentencia de amparo directo del tribunal colegiado que emitió la sentencia, la Primera Sala considera que el presente asunto cumple los requisitos legales para ello, pues la resolución del *a quo* realiza una interpretación directa de preceptos constitucionales, concretamente del artículo primero constitucional. En términos literales señala:

[E]l Tribunal Colegiado tuvo que realizar una interpretación de los derechos fundamentales involucrados, dotando de contenido a la no discriminación y estableciendo el impacto que tal derecho tiene en el ámbito de la libre contratación y el acceso a un empleo. Para dicho efecto, el Tribunal Colegiado tuvo que definir cuál era el contenido esencial del derecho a la no discriminación, concluyendo que el mismo implicaba un mandato directo a las autoridades...

En realidad, el Tribunal Colegiado expresamente señala que la resolución de la litis del juicio “no implicó la ponderación del derecho a no ser discriminado con el de la libre contratación ni con el de libertad de empresa”. Además, establece que la autoridad responsable (la Sala del TSJDF) no se fundó en tales cuestiones para desestimar la acción, “por lo cual resultaría irrelevante ocuparse de hacer alguna interpretación mayor al respecto”¹⁵. Si el Tribunal Colegiado no realizó un juicio de ponderación y, como consecuencia de ello, no interpretó el supuesto derecho humano a la libre contratación, la pregunta que nos hacemos es cómo debió justificarse la procedencia de recurso de revisión ante la corte, si como vemos el tribunal colegiado no realizó un juicio de ponderación de derechos que debiera ser revisado.

¹³ Artículo 9.- Con base en lo establecido en el artículo primero constitucional y el artículo 1º, párrafo segundo, fracción III de esta Ley se consideran como discriminación, entre otras: I. (...) III. Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo.

¹⁴ SCJN, Amparo directo en revisión 992/2014, foja 15.

¹⁵ Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo 415/2013, foja 119.

Como veremos más adelante, no obstante que en su sentencia la Primera Sala anuncia la realización de un juicio de ponderación de derechos (libertad de contratación contra prohibición de discriminación), en realidad efectúa un juicio de razonabilidad, estudiando si la convocatoria de empleo de la empresa es o no razonable. La aplicación del juicio de razonabilidad de los actos realizados en el ámbito privado sí es una novedad que podría haber justificado la revisión por parte de la Corte de la resolución del amparo. Especialmente interesante es la aplicación de los principios del derecho antidiscriminatorio en los actos realizados por las empresas antes de la contratación, que fueron obviados por los tribunales que conocieron el caso antes de que fuera estudiado por la Corte.

IV. ESTUDIO DE LA SENTENCIA

En su estudio, la Corte divide su análisis en los siguientes apartados: 1) estudio del concepto de discriminación por edad, donde se establece su naturaleza, alcances y el modo en que se actualiza; 2) análisis de las convocatorias, y 3) efectos de la sentencia a partir de las consecuencias que acarrea un acto discriminatorio¹⁶.

Antes de comenzar su estudio, la Corte sostiene que está frente ante una violación de derechos entre particulares. Esto es importante porque, al partir de esta premisa, la Corte estudia el fondo desde una perspectiva muy particular, lo que determina el tipo de responsabilidades de la empresa demandada. La Corte cita como antecedente de la idea de los derechos humanos entre particulares la sentencia recaída al amparo directo en revisión 1621/2010¹⁷. La aplicación directa de la constitución en materia de derechos humanos entre particulares, señala la sentencia, se da con el estudio del derecho aplicable a los litigios, por lo que se deberá responder si las normas jurídicas son compatibles con lo dispuesto en la Constitución y, en caso de que la respuesta sea negativa, introducir el contenido del derecho fundamental respectivo¹⁸.

¹⁶ *Ibidem*, foja 25.

¹⁷ En esta sentencia se señaló que la formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público resulta insuficiente para dar respuesta a las violaciones de dichos derechos por parte de los actos de particulares. Asimismo, estableció que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. Cfr. SCJN, amparo directo en revisión 992/2014, foja 26.

¹⁸ Hay pocos precedentes en México relacionados con el desarrollo de la teoría de los derechos humanos entre particulares. La tesis de jurisprudencia, desde nuestro punto de vista, más clara surge del Tribunal

1. Estudio de discriminación

Una vez justificado el estudio desde la perspectiva de violaciones a derechos entre particulares, la sentencia comienza a realizar el estudio del concepto de discriminación. La pregunta que debe responder la Corte es cómo se debe interpretar la cláusula constitucional de no discriminación en el caso concreto, que se podría considerar un asunto entre particulares, en donde existe la premisa de que el empleador puede escoger a las personas que considere más idóneas para desempeñar el empleo, con objetivos exclusivamente económicos. Esta libertad está, siempre según la Corte, considerada como protegida por la Constitución:

[L]a dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido en los artículos 1º, 2º, 3º y 28 de nuestro texto constitucional, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida¹⁹. El individuo como persona requiere el respeto de su autodeterminación individual, por lo que si no existe libertad del individuo para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos, no se respeta la autodeterminación de ese sujeto.

Según la teoría más aceptada, los derechos humanos no son sólo exigibles ante el Estado, pues se pueden citar muchos casos en los que es evidente que los particulares son capaces de afectar el ejercicio de dichos derechos²⁰. En el Derecho Penal, por ejemplo, muchos de los “bienes jurídicos protegidos²¹” son, al mismo tiempo, derechos humanos. La obligación del Estado de garantizar el ejercicio de éstos se concreta a través de la tipificación de ciertos hechos que comprometen el

Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito con el rubro: Derechos fundamentales. Son susceptibles de analizarse, vía amparo directo interpuesto contra la sentencia definitiva que puso fin al juicio, en interpretación directa de la constitución, aun cuando se trate de actos de particulares en relaciones horizontales o de coordinación. Número de Registro: 166676. Localización: [TA]; 9ª Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, agosto de 2009; p. 1597. I.3o.C.739 C.

¹⁹ Al respecto, véase la tesis aislada LXVII/2009 del Tribunal Pleno, de rubro “Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 7.

²⁰ En México, el estudio más serio sobre el tema lo ha emprendido Javier Mijangos. Ver por ejemplo: MIJANGOS, Javier (2007). *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, (México, Porrúa), y MIJANGOS, Javier (2008) “La doctrina de la *drittwirkung der grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La ciencia del derecho procesal constitucional”, en AA.VV. (2008). *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM), t. IV. Derechos fundamentales y tutela constitucional.

²¹ SANTIAGO NINO, Carlos (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, (México, UNAM).

derecho humano. La libertad sexual, por ejemplo, es un derecho que se protege, aunque no solamente, con la tipificación de ciertas acciones como la violación o el abuso sexual.

La jurisprudencia de la Corte vinculada con la protección de derechos humanos entre particulares se ha usado para justificar la aplicación directa de una norma constitucional al caso concreto, cuando no parece existir una norma secundaria que adecuadamente garantice el derecho sustantivo. En el amparo directo en revisión 1621/2010²², la Corte determinó que el uso de grabaciones de comunicaciones privadas en casos de divorcio es inconstitucional. Y lo hizo porque consideró que existía una falta de protección legal del derecho a la privacidad (protegido por la Constitución), por lo que había que realizar una aplicación directa de la constitución en el ámbito privado²³.

2. *Conflicto entre derechos*

Para la Corte, la autonomía de la voluntad tiene reflejo en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación; libertad que “también es un elemento central del libre desarrollo de la personalidad, y en cuya virtud las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones, sin injerencias externas”²⁴. Esto lleva a los ministros a considerar que estamos ante una colisión de derechos: “el principio de libertad de contratación se ve enfren-

²² Prueba ilícita. Las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando derechos fundamentales, no surten efecto alguno. Número de registro N° 161221. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXXIV, agosto de 2011, p. 226. Tesis: 1ª CLXII/2011. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional.

²³ Esta sentencia tiene como antecedente un juicio ordinario civil de divorcio en el cual uno de los cónyuges presentó como prueba una cinta de audio que contenía la grabación de una conversación telefónica entre su esposa y una tercera persona. El juez de primera instancia no admitió la prueba y el actor interpuso recurso de apelación contra dicha resolución. La Sala responsable del Tribunal Superior de Justicia revocó el auto impugnado y, en consecuencia, admitió las pruebas ofrecidas. De la sentencia de la Segunda Sala de este Alto Tribunal, dictada el 11 de octubre de 2000, derivaron las tesis aisladas de rubro: “Comunicaciones privadas. Las pruebas ofrecidas dentro de un juicio civil, obtenidas por un gobernado sin respetar la inviolabilidad de aquéllas, constituyen un ilícito constitucional, por lo que resultan contrarias a derecho y no deben admitirse por el juzgador correspondiente” (Novena época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XII, diciembre de 2000, 2ª, CLXI/2000, p. 428); y “Comunicaciones privadas. El derecho a su inviolabilidad, consagrado en el artículo 16, párrafo noveno, de la constitución federal, es oponible tanto a las autoridades como a los gobernados, quienes al transgredir esta prerrogativa incurrir en la comisión de un ilícito constitucional” (Novena época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XII, diciembre de 2000, 2ª, CLX/2000, p. 428).

²⁴ SCJN, Primera Sala. Amparo directo en revisión 992/2014, foja 29.

tado al principio de igualdad en el ámbito del empleo”²⁵. Según la Corte, este derecho a la libertad de contratación deriva, en última instancia, de la autonomía de la voluntad²⁶, que en ámbito civil está relacionada con la libertad contractual.

Bajo el supuesto de la existencia de un conflicto de derechos, la Corte señala que iniciará un “juicio de ponderación y razonabilidad a fin de determinar qué peso tiene cada principio en el caso concreto, ya que dichos principios no rigen sin excepción y no comportan pretensión de exclusividad”²⁷. Es conveniente señalar que desde nuestro punto de vista la Corte equipara erróneamente el juicio de ponderación y el de razonabilidad. El juicio de ponderación, que tradicionalmente se acompaña de un estudio de proporcionalidad, es distinto de lo que se conoce como juicio de razonabilidad, que tradicionalmente se ha usado en casos en los que se sospecha discriminación racial. Ambos juicios tienen su génesis en la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.). Para continuar, es importante establecer a qué nos referimos cuando hablamos, por una parte, de ponderación y, por otra, de juicio de razonabilidad.

2.1. Ponderación

El juicio de ponderación tiene su origen en el *balancing* norteamericano, usado para resolver conflictos entre derechos. Aunque tiene antecedentes en la llamada era *Lochner* (en la que fue usado, paradójicamente, para justificar la restricción de derechos) en la década de los años 30 del siglo pasado, el *balancing* aparece ya en términos modernos; es decir, como un método dentro del discurso de derechos y no ya de intereses encontrados²⁸. Un caso emblemático fue fallado en 1939, en *Schneider v. New jersey*²⁹.

Es importante señalar que este *balancing* norteamericano tiene su parangón en el derecho alemán, con el test de proporcionalidad. Hay que advertir, sin em-

²⁵ *Ibidem*, foja 31.

²⁶ *Ibidem*, fojas 22 y 23.

²⁷ SCJN, Primera Sala. Amparo directo en revisión 992/2014, foja 31.

²⁸ PORAT, Ido (2006). “The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing in constitutional law”, *Cardozo Law Review*, (Vol. 27, N° 3). p. 1397.

²⁹ *Schneider v. New jersey*, 308 U.S. 147 (1939). En esta sentencia se resuelve la acusación de inconstitucionalidad en contra de un bando municipal que prohibía la distribución en vía pública de volantes publicitarios, la Corte Suprema de aquel país usa el *balancing* para ponderar la libertad de expresión, ejercida a través de la repartición de volantes, con el interés del municipio de mantener limpias las calles, sosteniendo que el bando municipal violaba la libertad de expresión.

bargo, que no son exactamente la misma cosa. El *balancing* surgió en el derecho privado norteamericano y posteriormente fue extendido al derecho público, y fue parte de la revolución legal progresista y antiformalista de aquel país. Por su parte, el test de proporcionalidad fue desarrollado en el ámbito del derecho administrativo, y fue usado entre 1882 y 1914 por los jueces administrativos de la antigua Prusia. Se utilizó intensamente para supervisar la legitimidad de las intervenciones económicas del gobierno en la esfera económica y social. El requerimiento de proporcionalidad se relaciona con el concepto de *Rechtsstaat* (algo similar a lo que entendemos por Estado de Derecho). En la concepción del *Rechtsstaat* se entiende que el gobierno puede limitar algunos derechos sólo cuando está autorizado por el derecho. Es entonces una limitación al poder del gobierno, quien podrá realizar sólo actos que sean necesarios para el logro de sus objetivos legítimos³⁰.

El uso de la ponderación o de la proporcionalidad es usado actualmente en otros muchos tribunales constitucionales. En Europa, el Tribunal Constitucional alemán comenzó a usarlo a mediados del siglo pasado en la sentencia Lüth (BverGE 7, 198) de 1954³¹. El tribunal alemán ha usado la técnica de ponderación en juicios en los que se considera que hay dos derechos enfrentados, no exclusivamente relacionados con la libertad de expresión. Es el caso del derecho de los hijos a conocer la identidad del padre frente al derecho a la intimidad³², o del derecho a la libertad de expresión frente a la protección de la esfera privada³³. La constante de todos los casos en los que se usa la técnica de ponderar es que a juicio del juzgador existe un conflicto de derechos fundamentales; especialmente cuando tenemos que decidir qué derecho, valor o bienes constitucionales deben prevalecer³⁴.

³⁰ SCHLINK, Bernhard (2012). "Proportionality in constitutional law: Why everywhere but here?" *Duke Journal of Comparative & International Law*, (Vol 22, N° 291), pp. 292 y ss.

³¹ Sentencia BverGE 7, 198 [Lüth] de 1954. La sentencia Lüth resuelve sobre el asunto de libertad de expresión. Ver JÜRGEN SCHWABE: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes* Sentencia BVerfGE 96 [Investigación de paternidad], (México, Konrad Adenauer Stiftung e.v.), pp. 68 y ss.

³² Ver *Ibidem*, p. 18.

³³ Ver sentencia Sentencia BVerfGE 101, 361 [Carolina de Mónaco], 361, *Ibidem*, pp. 72 y ss.

³⁴ ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2009). "Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo", *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, (2/2009), p. 9.

2.2. Juicio de razonabilidad

Por su parte, el juicio de razonabilidad es usado en asuntos relacionados con el derecho a la igualdad, especialmente cuando se sospecha que se transgredió la cláusula de no discriminación y en casos en los que una norma parece violar un derecho fundamental. El juicio de razonabilidad nace en Estados Unidos en la famosa nota al pie del magistrado en la sentencia *United States v. Carolene Products Co.*³⁵.

A partir de entonces, en todos los asuntos en los que la Corte Suprema de EE.UU. considera que pudiera estar comprometida la cláusula de no discriminación utiliza lo que llama test de constitucionalidad, ya sea en su versión estricta o intermedia³⁶. El juicio de razonabilidad ha sido usado por la mayoría de los tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos para resolver casos de normas que usan clasificaciones entre personas³⁷. Lo que se busca con el uso del juicio de igualdad es entender si dicha clasificación es o no razonable. En el juicio de razonabilidad o test de constitucionalidad se formulan tres preguntas que deben ser resueltas por el juez. En México, la Corte en varias ocasiones ha realizado el test de constitucionalidad; sin embargo, no ha sido del todo consistente, pues su formulación ha ido variando de caso en caso. En una de sus tesis señala que las preguntas que se debe hacer el juez son las siguientes:

Constitucionalidad de distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa. Forma en que debe aplicarse el test de escrutinio estricto. La constitucionalidad de las distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa debe analizarse a través de un escrutinio estricto, pues para estimarse constitucionales requieren de una justificación robusta que venza la presunción de inconstitucionalidad que las afecta. Para ello, en primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional, es decir, debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante y no simplemente una finalidad constitucionalmente admisible. En segundo lugar, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa, es decir, debe estar totalmente encaminada a

³⁵ *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144, 58 S.Ct. 778, 82 L.Ed. 1234 (1938).

³⁶ Ver SANTIAGO JUÁREZ, Mario. *Igualdad y acciones afirmativas* (2007), (México, IJ-UNAM /Conapred).

³⁷ Ver: SAPAG, Mariano A. “El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: estudio comparado”, *Dikaion*, año 22, número 17, pp. 157-198, y STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud. “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Scholarship Series*. Paper 14. [Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015]. [Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14].

la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos. Finalmente, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional³⁸.

Aunque en la sentencia no se cita esta tesis, la Corte realiza un test de constitucionalidad con base en un análisis similar al establecido en ésta. Antes, sin embargo, responde los argumentos de la empresa demandada en el sentido de que no hubo perjuicio de los quejosos pues no existió relación de trabajo. Se señala en la sentencia que es válido el estudio de las convocatorias, sin importar que no exista aún una relación laboral. Esto es así porque lo que está en juego es el derecho al empleo, que de ser limitado injustificadamente puede ser considerado contrario al derecho a la igualdad al obstruir el acceso al empleo de ciertos grupos de personas. El análisis judicial de las conductas discriminatorias:

“[P]uede abarcar —entre otras etapas—, la fase previa a la contratación, misma que no se encuentra exenta de control no obstante no se hubiese materializado la relación laboral en sentido estricto. De lo contrario, los aspirantes se verían despojados de sus derechos en el proceso de selección y sólo podrían recobrar dicha protección al momento en que se transformaran en trabajadores, dejando a un lado que el supuesto de discriminación se puede cumplir desde que un trabajo es ofrecido marginando a determinados grupos de personas, basándose en los criterios o características excluyentes establecidos en el artículo 1º constitucional³⁹.

La sentencia comentada, tras señalar lo anterior, comienza a responder las preguntas que se hacen en los juicios de razonabilidad, para conocer si existe discriminación por edad. Como adelantamos, aunque la Corte anuncia el uso de “juicio de ponderación y razonabilidad,” lo cierto es que realiza sólo un juicio de razonabilidad.

La Corte señala, en primer lugar, que el empresario puede hacer a un lado las “virtudes de los candidatos y excluir a otros por los motivos que sean descabellados e insensatos”⁴⁰, siempre y cuando la razón que motive esa exclusión no sea una de las categorías establecidas en el artículo 1º constitucional, en nuestro caso, la edad. Lo esencial o determinante de un requisito profesional, según la Corte, es

³⁸ Décima Época Núm. de Registro: 2003250. Instancia: Primera Sala Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1 Materia(s): Constitucional. Tesis: 1ª CI/2013 (10ª). p. 958.

³⁹ Amparo directo en revisión 992/2014, foja 59.

⁴⁰ *Ibidem*, foja 50.

que pueden ser confrontados con las condiciones necesarias para mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento de un servicio. Por ello, cuando no se tienen en cuenta las características profesionales del trabajador, el rendimiento, la dedicación o la aptitud por él desarrollada, sino únicamente el factor cronológico aislado del tiempo vivido, supone un actuar arbitrario que actualiza la prohibición constitucional y legal de no discriminar⁴¹.

La Corte hace un análisis de cada una de las convocatorias. La primera de ellas, en donde se anuncia la convocatoria a un puesto de recepcionista y se exige una edad entre 18 y 25 años. Se determina que el margen de edad señalado carece de justificación si lo que se quiere es que el empleado u empleada “demuestre una cierta actitud de amabilidad y calidez, pues dicho trato no tiene una conexión directa, cierta e inmediata con determinada época en la vida de las personas”⁴². Sobre este punto de la convocatoria, la Corte establece:

Toda vez que el margen de edad contenido en la convocatoria no representaba un aspecto necesario para llevar a cabo las funciones de recepcionista, es que se estima que el requisito de 18 a 25 años no respondía como tal a una exigencia en torno a las funciones a desempeñarse, sino que dicho requisito respondía al contexto general de la convocatoria: buscar una determinada imagen corporativa. Sin embargo, debido a que la discriminación por edad consiste en un supuesto expresamente prohibido por la Constitución, es que en caso de exigir una edad, ésta debe encontrar un vínculo justificable con las funciones a realizarse, ya que de lo contrario, tal requisito sería ajeno a la exigencia de razonabilidad ya mencionada⁴³.

Como consecuencia de que la Corte no advierte una razonabilidad en el margen de edad para optar por un puesto de recepcionista estudiado, es que la distinción “se considera injustificada acorde a los parámetros antes establecidos y, por ende, discriminatoria, en contravención del artículo 1º constitucional”⁴⁴. La sentencia continúa con el análisis del puesto de promotor de eventos. En esta convocatoria se establecen las funciones a desempeñar: promoción de banquetes,

⁴¹ Cfr. *Ibíd.*, foja. 48.

⁴² La sentencia añade: “Si se aceptara que tal distinción resulta razonable, se tendría que reconocer que personas que hayan superado tal límite de edad –25 años– no podrían satisfacer el interés que subyace en que una persona se encargue de la recepción de un restaurante: dar la bienvenida a los comensales, encargarse de su ubicación en el establecimiento y despedirlos de manera adecuada al momento de irse, cuestión que como puede advertirse, resulta inadmisibles”. Foja 64.

⁴³ *Ibíd.*, f. 64.

⁴⁴ *Ibíd.*, fojas 64 y 65.

el contacto con los clientes potenciales, la planeación de eventos, la atención, la coordinación de proveedores y, en general, todas las acciones necesarias para que se lleve a cabo la celebración en los términos contratados⁴⁵. Para la Corte:

Si bien un empleador que pueda prestar servicios de organización de banquetes tendrá interés en que la persona encargada de tal planeación tenga una adecuada actitud hacia los clientes, y posea cualidades idóneas para llevar un buen control del número de elementos que en tales servicios se encuentran involucrados, lo cierto es que estos aspectos dependen en mayor medida de las habilidades concretas de organización y orden personales, así como del trato personal y carisma que posea la persona, pero no es posible advertir que tales cualidades dependan de manera directa de una cierta edad. Así, un margen de 18 a 35 años carece de justificación si la empresa en cuestión requiere que el empleado implemente habilidades de organización y planeación de eventos⁴⁶.

Más adelante, la sentencia añade que aun cuando se considerara que existe razonabilidad para establecer una limitación de edad en el presente caso lo cierto es que tales medidas no resultarían idóneas para alcanzar los fines establecidos por la empresa⁴⁷. Finalmente, se reconoce que fijar un rango de edad no representa la opción idónea para mejorar la productividad, “toda vez que la eficiencia en las labores contiene una conexión más directa e inmediata con las características profesionales, la experiencia y aptitudes concretas de cada persona.”⁴⁸ Por todo lo anterior se sentencia que: “nos encontramos frente a una discriminación de trato injustificada, pues el requisito de edad no constituía un aspecto esencial y determinante acorde a las labores a realizarse, esto es, tal previsión adolecía de razonabilidad”⁴⁹. Con base en los razonamientos anteriores, la sentencia revoca la sentencia del Tribunal Colegiado⁵⁰.

3. Efectos de la sentencia

A consideración de la Primera Sala, y debido a que las convocatorias laborales analizadas sí constituyeron un acto discriminatorio y, por tanto, una violación

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, foja 65.

⁴⁶ *Ibidem*, foja 66.

⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, foja 67.

⁴⁸ *Ibidem*, foja 69.

⁴⁹ *Ibidem*, foja 71 y 72.

⁵⁰ *Ibidem*, foja 73.

directa al texto constitucional, es posible advertir cuatro tipos de consecuencias que puede acarrear tal discriminación: (i) la declaración de nulidad del acto discriminatorio; (ii) la indemnización de los daños causados; (iii) la imposición de medidas de reparación de carácter disuasorio, y (iv) en caso de que la legislación aplicable lo prevea, el establecimiento de sanciones penales⁵¹.

En el supuesto de que aún no hubiese concluido el proceso de selección y contratación, la declaratoria de inconstitucionalidad del acto podrá acarrear una orden de retiro de la convocatoria o su supresión al encontrarse en medios impresos o electrónicos. Sin embargo, en el caso de que el proceso hubiese concluido, la declaratoria de inconstitucionalidad no podrá afectar los derechos adquiridos de terceros involucrados⁵²; para que nazca la consecuencia de indemnización analizada, es imprescindible la existencia de un daño, al tratarse del elemento constitutivo de la misma y presupuesto ineludible en cualquier sistema de responsabilidad civil.

La Corte reitera que la indemnización otorgada debe ser comparable con la gravedad del daño sufrido a consecuencia del acto discriminatorio, compensando íntegramente tal situación, sin que la previa nulidad declarada respecto al acto cuestionado implique de manera necesaria y forzosa que se deba imponer una indemnización monetaria, pues ello será una consecuencia directa de las constancias que obren en el expediente y que sean valoradas por el juzgador competente⁵³.

Las medidas de reparación, agrega la sentencia, pueden ser de diversa índole, pero deben ser medidas suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo trazado, sin que impliquen un alejamiento de la función resarcitoria de las sanciones impuestas por los jueces, ya que responden a la necesidad de prevenir futuras actuaciones contrarias al principio de igualdad de trato.

V. CONCLUSIONES

Con la sentencia queda claro que la protección del derecho al trabajo se inicia desde la contratación. La Corte entiende ahora que las convocatorias emitidas por empleadores privados deben respetar la prohibición de discriminación contenida en el párrafo quinto de la Constitución. Para llegar a esta conclusión, la Corte utiliza la teoría de los derechos humanos entre particulares. Como hemos dicho, efectivamente el derecho a la no discriminación en el trabajo es oponible a los

⁵¹ *Ibíd*em, foja 76.

⁵² *Ibíd*em, foja 80.

⁵³ *Ibíd*em, foja 83.

particulares; sin embargo, consideramos que la sentencia debió estar fundamentada en las normas que prohíben la discriminación en materia laboral.

En todo caso, se puede suponer que el uso por la Corte de la teoría de la aplicación de los derechos humanos entre particulares estaba enfocado a abrir las opciones de la reparación de los derechos humanos, pues si la Corte se hubiera constreñido a interpretar el caso de acuerdo la prohibición de discriminar contenido en Ley Federal del Trabajo y en la Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación, la consecuencias jurídicas hubieran estado supeditadas a las consecuencias jurídicas señaladas en las leyes respectivas. Construir argumentos para sostener la existencia de un derecho humano de libre contratación fue ir demasiado lejos de forma innecesaria, pues en México se cuenta con restricciones legales a la libertad contractual que son parte fundamental de los derechos sociales.

La aplicación directa de la norma constitucional posibilita a establecer una serie de efectos más allá de los señalados en las leyes citadas. Así, se puede determinar que “la consecuencia directa e inmediata de la calificativa de un acto como discriminatorio, es la nulidad del mismo”⁵⁴, así como la persecución del delito de discriminación⁵⁵. De esta manera, la sentencia posibilita al juez a establecer las reparaciones del daño que considere más adecuadas, estableciendo así un precedente importante en el tema de reparaciones, que podrá ser usado en casos subsecuentes. En todo caso, consideramos que lo más correcto hubiese sido que se señalase que el uso de la teoría de los derechos humanos entre particulares se relacionaba con la justificación de los efectos de la sentencia. Lo contrario desde nuestro punto de vista, se presta a confusión, pues se podría pensar que todos los casos en los que existe una violación de derechos humanos entre particulares podrían estudiarse de esa forma por el juez de control de constitucionalidad. Cosa que no es así, pues la protección de los derechos humanos se traduce en leyes secundarias que garanticen su ejercicio. Por tanto, es el legislador el que, en primera instancia, está obligado crear la protección legal requerida⁵⁶, y sólo en el caso de una falta de legislación

⁵⁴ *Ibíd.*, foja 78. Se señala entonces que la declaratoria de inconstitucionalidad tiene por un lado efectos declarativos, que implican un reconocimiento de que las convocatorias laborales fueron discriminatorias y, por tanto, contrarias a la Constitución, pero, por el otro, permiten el análisis de la posible actualización del resto de consecuencias que una discriminación puede acarrear.

⁵⁵ En el caso del Distrito Federal, la legislación aplicable al presente asunto es el Código Penal, que establece en su artículo 206, dentro del Título Décimo, llamado “Delitos contra la dignidad de las personas”, el delito de discriminación.

⁵⁶ Para Juan María Bilbao Ubillos “[A]l legislador le incumbe, en primer término, la función de concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones ‘horizontales’ mediante la regulación del conte-

secundaria adecuada o una antinomia entre la legislación y la norma constitucional es útil la aplicación de dicha técnica de protección judicial⁵⁷.

Respecto al anuncio que hace la Corte del uso de la técnica de ponderación de derechos, como hemos visto, no se concretó durante el desarrollo de los argumentos en la sentencia, pues se constriñe al uso del juicio de razonabilidad. Por tanto, consideramos que es importante que en la redacción de este tipo de sentencias se medite con más cuidado el tipo de análisis que se pretende realizar, pues de esta forma se da una impresión de certidumbre, siempre necesaria en el ámbito de la justicia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2009): “Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, (2/2009).
- BILBAO UBILLOS, Juan María. Voz: “Eficacia de derechos”, [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015] [Disponible en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/index/0/].
- JÜRGEN SCHWABE (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes*, (México, Konrad Adenauer Stiftung e.v.).
- MIJANGOS, Javier (2007). *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, (México, Porrúa).
- MIJANGOS, Javier (2008) “La doctrina de la *drittwirkung der grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La ciencia del derecho procesal constitucional”, en AA.VV. (2008). *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM), t. IV. Derechos fundamentales y tutela constitucional.

nido y las condiciones de ejercicio de los mismos en ese ámbito. La ley es el instrumento más apropiado para esta función, el que ofrece más garantías desde el punto de vista de la Seguridad Jurídica”. Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales. BILBAO UBILLOS, Juan María. Voz: “Eficacia de derechos”, [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015] [Disponible en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/index/0/].

⁵⁷ El derecho humano a la libertad personal, por ejemplo, es garantizado en la Ciudad de México frente a los particulares en el Título Quinto “Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el Normal desarrollo psicosexual.” De ahí que no sería necesario realizar una interpretación de la norma constitucional que sustituyera las consecuencias jurídicas de la legislación penal.

- PORAT, Ido (2006): “The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing in constitutional law”, *Cardozo Law Review*, (Vol. 27, N° 3). p. 1397.
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario (2007): *Igualdad y acciones afirmativas*. (México, IJ-UNAM /Conapred).
- SANTIAGO NINO, Carlos (1989): *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, (México, UNAM).
- SAPAG, Mariano A (2008): “El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: estudio comparado”, *Dikaion*, año 22, número 17, pp. 157-198.
- SCHLINK, Bernhard (2012): “Proportionality in constitutional law: Why everywhere but here?”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, (Vol 22, N° 291).
- STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud. “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Scholarship Series*. Paper 14. [Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015]. [Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14].
- TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia. “Discriminación por razón de edad y derecho al trabajo” [Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015] [Disponible en: <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/nataliat@ugr.es/TCNatalia.pdf>].

SENTENCIAS

MÉXICO:

SCJN. Amparo directo en revisión 968/2010.

SCJN. Amparo directo en revisión 1387/201222.

Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo civil 415/2013.

ALEMANIA:

Sentencia BVerfGE 96, 56 [Investigación de la paternidad].

Sentencia BVerfGE 101, 361 [Carolina de Mónaco].

Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth].

ESTADOS UNIDOS:

Schneider v. New jersey, 308 U.S. 147 (1939).

United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938).