



# UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado de Derecho

Con Reconocimiento Oficial ante la Secretaría de Educación Pública,  
bajo acuerdo número 2006205 del 13 de junio de 2006

---

Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales

Un caso práctico

Tesis que para obtener el grado de

**Maestro en Ciencias Jurídicas**

Presenta

Arturo Damm Arnal

Director de Tesis

Dr. Emilio Maus

Ciudad de México, 20 de diciembre de 2018

## INTRODUCCIÓN

El tema central del presente trabajo es el de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, a partir del siguiente caso: Amparo Directo en Revisión 992/2014. Quejosos y recurrentes: RCPM, JMV, AGVR, Asociación por la no Discriminación Laboral por la Edad o Género, Asociación Civil, y Centro Contra la Discriminación, Asociación Civil. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

El trabajo está dividido en dos partes. En la primera presento, de la manera más detallada posible, la cronología de todo el proceso legal, desde la aparición de los hechos que dieron lugar a la demanda por discriminación laboral por motivo de la edad, pasando por todos los momentos por los que atravesó el proceso, hasta llegar al fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la primera parte cuento la historia del proceso.

En la segunda parte analizo, a la luz de la teoría de los Derechos Fundamentales, y de la teoría de la eficacia horizontal de dichos derechos, el caso, aportando algunas reflexiones personales, relacionadas con los tres temas que considero más importantes: 1) el de los Derechos Fundamentales; 2) el del derecho a la no discriminación como un Derecho Fundamental; 3) el de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, centrando la atención en el derecho a la no discriminación, temas y reflexiones relacionadas con el Estado de Derecho, que defino como el gobierno de las leyes justas, siendo tales las que reconocen plenamente, definen puntualmente y garantizan jurídicamente los derechos de las personas, comenzando por los derechos morales subjetivos, a los cuales pertenecen los Derechos Fundamentales, Estado de Derecho que, además de leyes justas, que son responsabilidad del Poder Legislativo, requiere de autoridades honestas y eficaces, comenzando por los jueces, Poder Judicial, quienes, dado el caso, deben corregir, en los

juicios, los excesos y defectos de las leyes con el fin de hacer valer, entre otros, los Derechos Fundamentales de las personas, siendo esta la principal justificación del Estado.

Para la elaboración de este trabajo centré la atención en dos textos. El primero, de la autoría de Carlos Bernal Pulido (*Derechos Fundamentales*; Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho; Vol. II; Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM), que utilicé para el análisis de la importancia de los Derechos Fundamentales. El segundo, cuyo autor es José Juan Anzures Gurría (*La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales*; Revista Mexicana de Derecho Constitucional; Núm. 22; Enero – junio 2010), lo usé para el análisis de la importancia de la eficacia horizontal los Derechos Fundamentales. Buena parte de las citas del trabajo, aparte de las de los dos autores mencionados, fueron extraídas de estos textos.

## PRIMERA PARTE

### Cronología de los Hechos

I.- ANTECEDENTES .....	6
1.- <i>Hechos que dieron origen al presente asunto</i> .....	6
2.- <i>Juicios de primera instancia</i> .....	6
3.- <i>Sentencia de primera instancia</i> .....	8
4.- <i>Recurso de apelación y su correspondiente resolución</i> .....	9
5.- <i>Demanda de amparo directo</i> .....	10
II.- RECURSO DE REVISIÓN.....	13
III.- TRÁMITE EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN .....	14
IV.- COMPETENCIA .....	14
V.- OPORTUNIDAD DEL RECURSO .....	14
VI.- PROCEDENCIA .....	15
VII.- ESTUDIO DE FONDO .....	17
1.- <i>Discriminación por edad: naturaleza, alcances y modo en que se actualiza</i> .....	17
A.- La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad.....	17
B.- La edad como factor de discriminación en el mercado del trabajo .....	20
C.- El juicio de razonabilidad en los casos de discriminación por motivo de la edad.....	22
2.- <i>Análisis de las convocatorias a la luz de los lineamientos de la discriminación por edad</i> .....	25
A.- Puesto de recepcionista .....	25
B.- Puesto de promotor de eventos .....	26
3.- <i>Consecuencias de los actos discriminatorios y efectos de la presente sentencia</i> .....	28
A.- Declaración de nulidad del acto discriminatorio.....	29
B.- Indemnización por los daños causados.....	30
C.- Imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio.....	31
D.- Establecimiento de sanciones penales .....	32
4.- <i>Conclusión</i> .....	32

## SEGUNDA PARTE

### Análisis del Caso

I.- INTRODUCCIÓN .....	34
II.- LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CASO .....	34
III.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	37
1.- <i>Introducción</i> .....	37
2.- <i>Propiedades formales</i> .....	38
3.- <i>Propiedades materiales</i> .....	39

<b>4.- Conclusión</b> .....	42
<b>IV.- EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES</b> .....	43
<b>1.- Introducción</b> .....	43
<b>2.- Justificación de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales</b> .....	44
2.1.- Argumento histórico .....	44
2.2.- Estado social de derecho y la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales .....	46
2.3.- Dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales .....	46
2.4. Surgimiento de nuevos poderes .....	48
<b>3.- Teorías de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales</b> .....	50
3.1.- Eficacia mediata. Mittelbare Drittwirkung.....	50
3.2.- Eficacia inmediata. Unmittelbare Drittwirkung.....	52
3.3.- Conciliación de teorías.....	53
3.6.- La asunción judicial .....	54
<b>V.- CONCLUSIÓN DEL CASO</b> .....	58
<b>1.- Existencia de los Derechos Fundamentales</b> .....	59
<b>2.- El derecho a la no discriminación</b> .....	60
<b>3.- Eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales</b> .....	61
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	64

## PRIMERA PARTE

### Cronología de los Hechos

#### I.- Antecedentes<sup>1</sup>

##### 1.- Hechos que dieron origen al presente asunto

Los días 13, 20 y 24 de agosto del año 2007 CMR, Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable, persona moral mexicana, creada el 22 de noviembre de 1989, dedicada a la administración y operación de establecimientos de la industria restaurantera, publicó en el periódico una convocatoria para los puestos de recepcionista y analista contable, estableciendo, entre otros requisitos, un edad de entre 18 y 25 años para el puesto de recepcionista, y entre 25 y 40 años para el de analista contable.

El día 27 de septiembre del mismo año 2007 el restaurante “La Destilería”, perteneciente a CMR, publicó una convocatoria para el puesto de promotor de eventos, estableciendo entre otros requisitos un edad de entre 18 y 35 años.

##### 2.- Juicios de primera instancia

A causa de las convocatorias mencionadas, tres personas físicas se sintieron agraviadas y por ello presentaron demandas por daño moral contra CMR, afirmando que las mentadas convocatorias resultaban discriminatorias, pues contenían una distinción basada en la edad que afectaba directamente sus sentimientos y afectos.

El día 20 de agosto del 2007 la persona física RCPM, entonces de 54 años de edad, presentó una demanda en contra de la convocatoria para el puesto de recepcionista, publicada el 13 de agosto del 2007.

---

<sup>1</sup> Véase: Amparo Directo en Revisión 992/2014.

El día 8 de noviembre del 2007 la misma persona física, RCPM, presentó una segunda demanda en contra de la convocatoria para el mismo puesto de recepcionista, publicada el 20 de agosto del 2007.

El día 5 de octubre del 2007 la misma persona física, RCPM, presentó una tercera demanda en contra de la convocatoria para el trabajo de promotor de eventos del restaurante "La Destilería", publicada en 27 de septiembre del 2007.

El día 13 de noviembre de 2007 la persona física JMV, entonces de 42 años de edad, presentó una demanda en contra de la convocatoria para el puesto de recepcionista, publicada el 13 de agosto del 2007.

El día 22 de noviembre del 2007 la persona física AGVR, entonces de 40 años de edad, presentó una demanda en contra de la convocatoria para el puesto de recepcionista, publicada el 13 de agosto del 2007.

Sumadas a las tres personas físicas ya mencionadas, y en virtud de las convocatorias hechas por CMR y "La Destilería", dos personas morales, el Centro Contra la Discriminación A.C y la Asociación por la No Discriminación Laboral por la Edad o Género A.C., por considerar que las mentadas convocatorias afectaban su reputación, pues podría considerárselas incapaces de cumplir con su fin, consistente precisamente en combatir la discriminación, también presentaron demandas por daño moral.

El día 8 de noviembre del 2007 el Centro Contra la Discriminación A. C. presentó una demanda contra la convocatoria para el puesto de recepcionista, publicada el 24 de agosto del 2007.

El día 30 de octubre del 2007 la Asociación por la No Discriminación Laboral por la Edad o Género A. C., presentó una demanda contra la convocatoria para el puesto de recepcionista, publicada el 13 de agosto del 2007.

Las dos asociaciones no presentaron demanda, ni en contra del puesto de analista contable, de CMR, ni en contra del puesto de promotor de eventos, de “La Destilería”.

### **3.- Sentencia de primera instancia**

El día 20 de septiembre del 2012, en sentencia de primera instancia, el Juez Vigésimo de lo Civil dictó sentencia definitiva, habiendo declarado que los actores no acreditaron su acción, habiendo sostenido:

1.- Que el objetivo de las convocatorias fue que personas con cierto perfil ocuparan un puesto.

2.- Que dicho perfil no restringía a diversos candidatos que pudieran considerarse aptos para ocupar el puesto.

3.- Que por ello no se trataba de un hecho prohibitivo.

4.- Que 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 contratación.

5.- Dado todo lo anterior el Juez consideró que no se actualizaba el daño moral alegado pues:

5.1.- No existió un hecho ilícito.

5.2.- No se acreditó la generación de algún tipo de daño.

#### **4.- Recurso de apelación y su correspondiente resolución**

El día 5 de octubre del año 2012 los actores, inconformes con la sentencia dictada en primera instancia, promovieron el recurso de apelación, señalando:

1.- Que el derecho a la no discriminación goza de eficacia horizontal, razón por la cual la convocatoria debía analizarse como una exclusión que afectaba su dignidad, pues una distinción en razón de edad no tenía lógica alguna.

2.- Que aunque no solicitaron los empleos, ello no implicaba que la convocatoria no fuera discriminatoria, pues la misma limitó el libre acceso al empleo a un grupo vulnerable, lo cual ocasionó un daño moral.

3.- Que la convocatoria violó varias disposiciones de la Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación.

4.- Que por el simple hecho de que existiera una convocatoria discriminatoria se presumía la actualización de un daño moral, independientemente de que hubiesen cumplido el resto de los requisitos establecidos para acceder al empleo.

5.- Que por todo lo anterior resultaba clara la presencia de un hecho ilícito que no podía ser tolerado en un Estado que tiene la intención de erradicar la discriminación.

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

El día 18 de febrero del 2013 la Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal dictó sentencia definitiva, confirmando la resolución combatida, sosteniendo:

1.- Que una publicación puede ser discriminatoria cuando de su texto se desprende, consecuencia de su difusión pública, impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.

2.- Que cuando un anuncio se dirige a personas indeterminadas, no puede considerarse la existencia de una discriminación de individuos concretos.

3.- Que la discriminación hubiera tenido lugar si los quejosos hubiesen respondido a la convocatoria y hubiesen acreditado que cumplían con el resto de los requisitos exigidos en la misma.

4.- Que no se demostró la pertenencia a un grupo históricamente vulnerable, contemplados en regímenes jurídicos diferenciados, lo que evidenció la ausencia de un hecho ilícito, por lo que se confirmó la sentencia combatida.

#### **5.- Demanda de amparo directo**

El día 14 de marzo del 2013 los actores, con la intención de combatir tal determinación, presentaron una demanda de amparo, a partir de la cual hicieron valer los siguientes conceptos de violación:

1.- Al artículo 1º constitucional, al emitirse una exclusión laboral discriminatoria basada solamente en la edad.

2.- Alegaron que el requisito de edad no resultaba lógico acorde a los empleos mencionados en la convocatoria.

3.- Alegaron que el no haber solicitado los empleos no implicaba que la empresa demandada no hubiera generado un hecho ilícito.

4.- Alegaron que la autoridad responsable pasó por alto la obligación del Estado de erradicar cualquier tipo de discriminación, especialmente por cuestiones de edad.

5.- Afirmaron que se actualizaron todos los elementos de la acción de daño moral, pues al ser discriminatoria la convocatoria era clara la existencia de un hecho ilícito, mismo que vulneraba la dignidad de las personas, al fomentar la exclusión por cuestión de edad, generándose así un grupo vulnerable.

6.- Afirmaron que sí se ocasionó un perjuicio, pues la conducta discriminatoria sí produjo una afectación en los sentimientos, afectos, reputación y consideración que los demás tienen respecto a los quejosos.

7.- Señalaron que no era necesario acreditar que sí se cumplió 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.

8.- Señalaron que tales requisitos servirían para cuantificar la indemnización, pero no para tener por acreditada o no la existencia de una violación a la dignidad.

9.- Concluyeron que la exclusión de personas en virtud de su edad no se advierte de disposición alguna de nuestro sistema jurídico, por lo que sí tuvo lugar la violación a la Constitución y a diversos instrumentos internacionales en la materia.

## **6.- Sentencia de amparo**

El día 13 de febrero del 2014 el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito dictó sentencia negando el amparo a los quejosos, a quienes se les notificó el 24 de febrero de 2014 surtiendo efecto la sentencia a partir del 25 de febrero de 2014. Se negó el amparo en virtud de los siguientes argumentos:

1.- Que el derecho a la no discriminación prohíbe cualquier distinción motivada por las razones que enuncia el artículo 1º constitucional, y que dicha distinción debe atentar contra la dignidad humana.

2.- Que la no discriminación constituye un mandato dirigido específicamente a los poderes del Estado, a efecto de exigir que no se aplique o interprete la ley de manera distinta en casos esencialmente iguales.

3.- Que, por lo tanto, para vulnerar el principio de igualdad se requiere que una distinción injustificada tenga como consecuencia la limitación o violación de un derecho fundamental.

4.- Que la discriminación llevada al terreno del acceso a un empleo u ocupación implica un trato desigual injustificado si dentro del conjunto de personas aptas para el desempeño de determinada labor el motivo de exclusión no incide en las aptitudes ni en la calificación necesaria para tal desempeño.

5.- Que, debido a lo anterior, era necesario comparar la situación de la persona concreta con el conjunto de los demás individuos que reunían tales aptitudes, a efecto de establecer si existía relación de igualdad o desigualdad entre ellas.

6.- Que, en consecuencia, los quejosos partieron de una premisa errónea, pues debían demostrar que reunieron el resto de los requisitos exigidos en la convocatoria, probando que estaban en igualdad de circunstancias. Solo entonces el acto discriminatorio hubiera generado un daño moral.

7.- Que, en efecto, los quejosos tendrían que haber acudido ante la empresa demandada a solicitar el empleo ofertado, o solicitar una entrevista de trabajo, para acreditar el resto de los requisitos fijados en el anuncio. Al no haberlo hecho los quejosos no debían considerarse excluidos.

8.- Que, por todo ello, no se probó el acto discriminatorio alegado por los quejosos, razón por la cual no podía configurarse el daño moral.

9.- Que la sola publicación del anuncio no se traducía en una restricción a personas que ni siquiera formularon la solicitud de empleo.

## **II.- Recurso de Revisión**

El 11 de marzo del 2014, mediante escrito presentado ese mismo día, inconformes con la sentencia dictada por el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, los quejosos interpusieron un recurso de revisión, haciendo valer los siguientes agravios:

- 1.- Que el Tribunal Colegiado no interpretó correctamente el artículo 1º constitucional, ya que limitar el acceso de las personas a un empleo por motivo de la edad representa un acto de discriminación que sí ocasiona daños a su dignidad.
- 2.- Que únicamente era necesario acreditar la existencia de tal hecho sin necesidad de demostrar que se cumplía el resto de los requisitos exigidos en la convocatoria, ya que ello invalidaría el derecho a la no discriminación.
- 3.- Que, adicionalmente, el derecho de libre contratación tiene límites, consistentes en los derechos fundamentales de las personas, como en el presente caso era la no discriminación.
- 4.- Que lo anterior se encuentra previsto en la Ley Federal del Trabajo y en la Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación.
- 5.- 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.
- 6.- Que, debido a lo anterior, resultaba claro que los recurrentes sufrían una afectación directa en sus derechos, pues las convocatorias excluían y restringían el acceso al empleo en igualdad de oportunidades, situación que se traduce en la generación de un

grupo vulnerable. Dado lo anterior, la decisión del Tribunal Colegiado no resultó acorde a los principios constitucionales, ya que no acudió a lo más favorable para las personas.

7.- Que, para terminar, el Tribunal Colegiado pretendió que los recurrentes compitieran por los empleos y demostraran haber cumplido con el resto de los requisitos, situación que resultaba contraria a la dignidad, pues era obvio que no obtendrían los mismos en razón de la clara exclusión realizada en virtud de su edad, ya que ello hubiese implicado rogar o denigrarse ante un empleador que discrimina.

8.- Que es indispensable que el Estado erradique cualquier acto discriminatorio, por lo cual los recurrentes consideran que debe revocarse la sentencia del Tribunal Colegiado.

### **III.- Trámite en la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

El día 19 de marzo del 2014, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación registró el asunto admitiendo a trámite el recurso de revisión interpuesto por los quejosos.

En proveídos de los días 27 y 31 de marzo de 2014 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció del asunto y envió el expediente a la Ponencia del Ministro Arturo Záldívar Lelo de Larrea para su estudio y la formulación del proyecto de resolución correspondiente.

### **IV.- Competencia**

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se consideró competente para conocer del recurso de revisión.

### **V.- Oportunidad del recurso**

Dado que la interposición del recurso se llevó a cabo el 11 de marzo del 2014 se cumplió con los tiempos legales para la interposición del mismo, que corrieron del 26 de febrero de 2014 al 11 de marzo de 2014.

## **VI.- Procedencia**

Dado que se trató de una cuestión preferente la Primera Sala estudió la procedencia del recurso de revisión, para lo cual tomó en cuenta lo siguiente:

- 1.- Que, en principio, las sentencias que dictan los Tribunales Colegiados de Circuito en juicios de amparo directo no admiten recurso alguno.
- 2.- Que, por excepción, tales sentencias pueden ser recurridas en revisión, a condición de que decidan, u omitan decidir, temas constitucionales, entendiendo por éstos la inconstitucionalidad de una norma y/o la interpretación directa de preceptos de la Constitución Federal.
- 3.- Que, además, deben quedar satisfechos los requisitos de importancia y trascendencia que no se surten cuando: existe jurisprudencia sobre el problema de constitucionalidad, hecho valer en la demanda de amparo; cuando no expresan agravios o, en su caso, éstos resultan ineficaces, inoperantes, inatendibles o insuficientes y no hubiera que suplir la deficiencia de la queja, o en casos análogos.
- 4.- Que el análisis definitivo de la procedencia del recurso es competencia, según sea el caso, del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte. El que el Presidente, del Pleno o de la Sala respectiva, lo haya admitido corresponde con un examen preliminar del asunto que no causa estado.

Tomando en cuenta todo lo anterior se procedió al estudio del recurso de revisión, concluyéndose, con relación al tema de la inconstitucionalidad:

- 1.- Que Tribunal Colegiado realizó una interpretación directa del artículo 1º constitucional, señalando que la no discriminación constituye un mandato dirigido específicamente a los poderes del Estado, referido a la aplicación o interpretación de la ley en el mismo sentido en casos esencialmente iguales.

2.- Que la discriminación, llevada al terreno del acceso al empleo, implica un trato desigual injustificado, si dentro del conjunto de personas aptas para el desempeño de determinada labor el motivo de exclusión no incide en las aptitudes ni en la calificación necesaria para tal desempeño.

3.- Que el Tribunal Colegiado realizó una interpretación de los derechos fundamentales involucrados, dotando de contenido a la no discriminación y estableciendo el impacto que tal derecho tiene sobre la libre contratación y el acceso al empleo.

4.- Que el Tribunal Colegiado definió cuál era el contenido esencial del derecho a la no discriminación, concluyendo que el mismo implicaba un mandato directo a las autoridades.

5.- Que dicha interpretación constitucional fue recurrida por los quejosos en el recurso de revisión, por considerar que limitar el acceso a un empleo por razón de la edad vulnera la dignidad, por lo que la existencia de una convocatoria que contenga una exclusión injustificada es el único dato que se requiere señalar para probar la discriminación.

6.- Que los quejosos señalaron que el derecho a la libre contratación encuentra límites en los derechos fundamentales de otras personas, de lo cual se desprende que la no discriminación no se dirige exclusivamente a las autoridades sino a todos los individuos.

7.- Que, por todo lo anterior, los recurrentes estimaron que la interpretación constitucional del Tribunal Colegiado fue contraria a Derecho.

8.- Que los requisitos de importancia y trascendencia del caso se satisfacen, ya que el mismo puede contribuir a la creación de una doctrina sobre los derechos fundamentales involucrados, respecto a los cuales no existen tesis jurisprudenciales, lo cual resulta de importancia y trascendencia.

9.- Que en el presente caso corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, precisar cuál es el contenido de la no discriminación y su incidencia en el ámbito de la libre contratación, para así determinar si la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado fue correcta para el caso concreto.

10.- Que, tomando en cuenta todos los argumentos citados, y existiendo planteamientos de constitucionalidad relevantes y suficientes para colmar los requisitos de procedencia, se determina que el presente recurso de revisión es procedente.

### **VII.- Estudio de Fondo**

A consideración de la Primera Sala, los argumentos vertidos por los recurrentes resultaron fundados por lo que debe revocarse la sentencia combatida. Dicha sentencia se estructuró de la siguiente forma:

- 1.- Se analizó la discriminación por edad, estableciéndose su naturaleza, alcances y la manera de actualizarse.
- 2.- Se analizaron las convocatorias a la luz de los lineamientos establecidos con anterioridad.
- 3.- Se establecieron los efectos de la sentencia, a partir de las consecuencias que acarreó el acto discriminatorio.

#### **1.- Discriminación por edad: naturaleza, alcances y modo en que se actualiza**

##### ***A.- La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad.***

La Primera Sala determinó:

- 1.- Que la formulación clásica de los derechos fundamentales como límites únicamente frente al poder público resulta insuficiente para dar respuesta a las violaciones de dichos derechos por parte de los particulares.
- 2.- Que determinadas normas de derechos fundamentales son susceptibles de regir el actuar de los particulares.
- 3.- Que una de las aristas más complejas de esta cuestión es la posible colisión entre un derecho fundamental: a la no discriminación, y uno de los principios de los sistemas jurídicos: la autonomía de la voluntad.
- 4.- Que lo que está en juego es el equilibrio entre el derecho a la no discriminación y el principio de la autonomía de la voluntad.
- 5.- Que el principio de autonomía de la voluntad, que tiene que ver con el derecho de propiedad y con la libertad de contratación, goza de rango constitucional y no debe ser reconducido a un simple principio que rige el derecho civil.
- 6.- Que la libertad de contratación no tiene carácter absoluto y que su historia es la de su limitación, ya sea por la interacción de los valores superiores del ordenamiento jurídico, plasmados en conceptos como orden público o buenas costumbres, o bien por el desequilibrio político y económico existente entre las partes, como sucede con las normas de protección de los trabajadores o de los consumidores.
- 7.- Que debe preguntarse si a los límites señalados se han de sumar nuevos factores de desequilibrio que deban tomarse en cuenta para limitar la libertad contractual, como podría ser el caso de la edad.
- 8.- Que el caso plantea tal disyuntiva: el principio de libertad de contratación enfrentado al principio de igualdad en el ámbito del empleo.

9.- Que en casos como el presente es necesario un juicio de ponderación y razonabilidad para determinar qué peso tiene cada principio, ya que los mismos, ni rigen sin excepción, ni pretenden exclusividad.

10.- Que, previo al juicio de ponderación y razonabilidad, tendrá que analizarse el tipo de relación entre los particulares y contextualizarla correctamente, ya que i) existe una esfera de actuación privada que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en la que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar a las personas con las que se relacionan, de regular esas relaciones, y de conducirse de una manera que los órganos públicos no deben regular; ya que ii) la Constitución, al establecer el principio de igualdad, no pretende imponer rígidamente a cada persona que trate a los demás con total igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar de forma objetiva cualquier desviación de esa regla; ya que, iii) cuanto más cercana sea una relación interpersonal más limitada debe ser la interferencia en la autonomía individual y, cuanto más nos alejamos de esa esfera íntima de proximidad, mayor alcance tendrá el principio de igualdad.

11.- Que hay que tomar en cuenta tres factores al momento de medir la incidencia de los derechos fundamentales cuando se enfrentan al principio de la autonomía de la voluntad: i) la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra por lo que, cuanto mayor sea la desigualdad entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible: cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación mayor es la necesidad de protección; ii) la repercusión social de la discriminación, es decir, la existencia de un patrón de conducta generalizado, por lo que la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública; iii) la posible afectación a la dignidad de la persona discriminada. La Primera Sala

consideró que no se trata solamente de declarar en abstracto que un derecho es eficaz entre particulares, sino de determinar la medida o intensidad de esa eficacia.

12.- Que es necesario, además de tomar en cuenta los tres factores señalados anteriormente, analizar el tipo de relación jurídica involucrada (civil, comercial, laboral), ya que el papel que juegan el principio de igualdad y de libre contratación es distinto en cada caso. El caso tiene que ver con lo laboral, por lo que será necesario determinar la proyección de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa y el papel que juega la libertad de contratación, así como las facultades con que cuenta el empresario para definir las condiciones de trabajo. Solamente reconociendo que la empresa no es un espacio entregado a la voluntad del patrón, es que los derechos fundamentales tienen cabida en este especial ámbito de la vida social.

13.- Que la Ley Federal de Trabajo reconoce la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en el plano laboral. Los artículos 2º, 3º, 56 y 133 consagran el derecho a la no discriminación en el empleo, en consonancia con el compromiso adquirido por el Estado mexicano al suscribir el Convenio Internacional del Trabajo n° 111, relativo a la discriminación en materia de empleo, reconociendo al trabajador como un sujeto dotado de derechos inherentes a su condición de persona.

#### ***B.- La edad como factor de discriminación en el mercado del trabajo***

Al respecto la Primera Sala determinó:

1.- Que la preocupación por la discriminación por edad en el empleo es calificada por la Organización Internacional del Trabajo como una forma de discriminación polifacética, cambiante y una de las más relevantes en el mercado de trabajo, debido a la creencia de que los trabajadores maduros son de lento aprendizaje, poco adaptables, de salud frágil y representan un costo mayor ya que su productividad disminuye progresivamente debido al deterioro de sus capacidades físicas y mentales.

2.- Que la reforma del 2001 introdujo, en el último párrafo del artículo 1° de la Constitución, la cláusula de no discriminación, que considera a la edad como un posible factor de discriminación.

3.- Que es necesario considerar las singularidades que comporta la edad como criterio de diferenciación en el mercado laboral, ya que la misma puede ser un factor que contribuye a diferenciaciones arbitrarias en materia de contrataciones.

4.- Que, sin embargo, es importante tener en cuenta que la incorporación de la edad al elenco de categorías discriminatorias ofrece peculiaridades muy específicas ya que, a diferencia de los restantes tipos discriminatorios, la edad no permite juicios homogéneos sobre la categoría de sujetos afectados. La edad es un fenómeno altamente individualizado que depende de la singularidad y peculiaridad de cada sujeto por lo que, *a priori*, no existe una unidad de categoría entre las personas que poseen una misma edad.

5.- Que, de manera equivocada, se relaciona la edad con el desarrollo de determinadas habilidades físicas o mentales, afirmándose que con la edad, y por ese único hecho, tienden a disminuir, siendo esta la principal causa del apartamiento de los trabajadores del mundo laboral sin tomar en cuenta que no se trata de una realidad universal para todas las personas, y que ciertas capacidades laborales se perfeccionan con la edad.

6.- Que la discriminación suele apoyarse en prejuicios asociados a la edad. Para los jóvenes: inexperiencia, poca destreza, falta de pericia. Para los mayores: la menor productividad, la falta de adaptación a los cambios, la dificultad de ajustarse a decisiones flexibles o menor capacidad de reacción.

Tomando en cuenta todo lo anterior, la Primera Sala centró la atención en el supuesto de la edad madura como factor de discriminación, señalando:

- 1.- Que la noción de edad es una creación cultural, ya que el hecho de contabilizar el tiempo que transcurre desde el nacimiento, y la manera de realizar la medición, no son aspectos de la vida instintiva sino creaciones culturales.
- 2.- Que hay estudios suficientes que demuestran que no se produce una pérdida, pronunciada y generalizada, de la capacidad laboral en la gente mayor, por lo que es la expectativa de la pérdida de aptitudes lo que lleva a los empleadores a discriminar.
- 3.- Que, como los estudios lo demuestran, la fijación de un determinado límite de edad en una oferta de trabajo puede tener como fin la obtención de una imagen comercial sexista, relacionada por lo general con gente joven.
- 4.- Que es necesario establecer en qué condiciones, y en cuáles no, la edad puede ser un requisito razonable en una oferta de trabajo.

***C.- El juicio de razonabilidad en los casos de discriminación por motivo de la edad***

Con relación al tema la Primera Sala consideró:

- 1.- Que la discriminación por edad consiste en el trato diferenciado hecho a una persona por motivos de su edad sin tomar en cuenta sus capacidades y aptitudes, habiendo discriminación por edad positiva (poca edad) o negativa (mucho edad).
- 2.- Que cuando no se toman en cuenta, ni las características profesionales del trabajador, ni su rendimiento, ni su dedicación, ni la aptitud desarrollada, sino únicamente su edad, se está frente a un actuar arbitrario que actualiza la prohibición constitucional y legal de no discriminar.
- 3.- Que el principio de igualdad no postula la paridad en esta materia, sino la razonabilidad de la diferencia de trato. Esto quiere decir que la prohibición constitucional de no discriminación no obliga a contratar o a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente, no esté capacitada o disponible para desempeñar las

tareas fundamentales del puesto. Al mismo tiempo, en razón de la libertad de contratación, el empresario puede hacer a un lado estas virtudes y excluir a un candidato por los motivos que sean, siempre y cuando la razón que motive la exclusión no sea una de las categorías establecidas en el artículo 1° constitucional, como lo es la edad.

4.- Que una diferencia de trato puede estar justificada cuando la edad, debido a la naturaleza de la actividad profesional de que se trate, o al contexto en que debe realizarse, constituya un requisito profesional esencial en el puesto de trabajo, es decir, cuando la aptitud para realizarlo sí dependa de la edad, lo cual deberá analizarse en cada caso concreto.

5.- Que el concepto de discriminación no implica, necesariamente, una conducta intencional específicamente orientada a producir discriminación, ya que las desigualdades en razón de la edad, como también sucede con las de género, no son solamente consecuencias de actos deliberados de discriminación, sino resultado de dinámicas sociales que funcionan de manera automática reproduciendo las desigualdades preexistentes.

6.- Que si bien es cierto que la primera fase, previa a la contratación, es la más susceptible de consideraciones subjetivas, también lo es que no puede afirmarse que la misma esté exenta de control, argumentando que la relación laboral no se ha materializado al no haberse plasmado la aceptación de las condiciones en el contrato de trabajo, lo cual sería contrario a la obligación que tienen los órganos judiciales de maximizar la interpretación de los derechos fundamentales y nos arrojaría a un escenario absurdo en el cual los aspirantes a un puesto de trabajo se verían despojados de sus derechos en el proceso de selección y solo podrían recobrar dicha protección al momento en el que se transforman en trabajadores. Debe tenerse claro que la prohibición de

discriminación en el mercado laboral es un derecho de los aspirantes o trabajadores, no por ser trabajadores o aspirantes, sino por ser personas.

7.- Que la discriminación ocurre cuando un contrato, desde el principio, es ofrecido marginando a determinados grupos de personas, basándose en los criterios o características excluyentes establecidos en el artículo 1° constitucional, entre ellos la edad.

8.- Que esta conclusión también se contempla en la Ley Federal de Trabajo, tanto en las llamadas “obligaciones de los patrones” (artículo 133), como en las “condiciones de trabajo” (artículo 56), que prohíben a los empresarios a negarse a aceptar a un trabajador por razón de su edad.

9.- Que la fase de reclutamiento y selección incluye todos los procedimientos que permiten captar a las personas potencialmente adecuadas para desempeñar un puesto de trabajo, yendo desde las ofertas que se publicitan en los medios de comunicación hasta aquellas que se realizan en el lugar de trabajo, así como la aplicación de las pruebas de selección, las entrevistas y la calificación de los méritos.

10.- Que debe recordarse que el Tribunal Colegiado negó el amparo a los quejosos por considerar que durante la secuela procesal debieron demostrar que reunían el resto de los requisitos exigidos en la convocatoria, para determinar si la edad fue el motivo por el cual no obtuvieron el empleo, por lo que, para poder determinarlo, el quejoso debió solicitar el empleo, algo que no hizo.

11.- Que, sin embargo, solicitar que quien fue discriminado tuviese que acreditar que reunía el resto de requisitos exigidos mediante la presentación de una solicitud de trabajo, implicaría que la persona se humillara, por lo que el juzgador debe distinguir entre la actualización de un acto discriminatorio y los efectos que dicho acto puede generar.

12.- Que, dado todo lo anterior, contra lo establecido por el Tribunal Colegiado, la Primera Sala estimó que para proceder al análisis del acto señalado como discriminatorio no resulta relevante si el quejoso solicitó o no el puesto de trabajo. Sin embargo, tal aspecto sí deberá tomarse en cuenta en relación a la sanción o efectos producidos por la discriminación, cuestión que se abordó al final de la sentencia.

En virtud de lo anterior la Primera Sala procedió a analizar si las convocatorias en cuestión resultaron discriminatorias, independientemente de que los quejosos no solicitaron los empleos, lo que se tomó en cuenta cuando se fijaron los efectos que tales actos ocasionaron.

## **2.- Análisis de las convocatorias a la luz de los lineamientos de la discriminación por edad**

La Primera Sala procedió al análisis de las convocatorias para determinar si el requisito de edad exigido en cada una respondía a una razonabilidad acorde a las labores que habrían de realizarse.

### ***A.- Puesto de recepcionista***

Con relación al puesto de recepcionista la Primera Sala determinó:

1.- Que no advierte una razonabilidad para establecer un rango de edad necesario de 18 a 25 años, ya que no existe una razón suficiente para considerar que solamente las personas entre 18 a 25 años pueden llevar a cabo tales funciones (dar la bienvenida a los comensales, llevar el registro de las mesas libres, decidir a qué mesa llevarán a los clientes, acompañarlos a la misma, etc.) bajo altos parámetros de eficiencia.

2.- Que un empresario puede estar interesado en que el recepcionistas de un restaurante, como primer contacto con potenciales clientes, tenga una actitud y un manejo personal que facilite e incentive el consumo en el establecimiento, pero ello dependerá de las

habilidades concretas de manejo y trato personal, sin que se advierta una relación directa de tales aptitudes con una edad determinada.

3.- Que toda vez que el margen de edad contenido en la convocatoria no representaba una condición indispensable para realizar las tareas propias de un recepcionista, puede considerarse que el requisito de 18 a 25 años no respondía a una exigencia en torno a las funciones a desempeñar, sino a la búsqueda de una determinada imagen corporativa. Sin embargo, dado que la discriminación por edad está prohibida por la Constitución, es que, en caso de exigir una determinada 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 la razonabilidad.

4.- Que, por todo lo anterior, no se advierte una razonabilidad en la exigencia de un margen de edad para optar por un puesto de recepcionista en el ámbito restaurantero, por lo que tal distinción en la convocatoria combatida se considera discriminatoria en contravención del artículo 1º constitucional.

#### ***B.- Puesto de promotor de eventos***

Con relación al puesto de promotor de eventos la Primera Sala estableció:

1.- Que la planeación de eventos no justifica el establecimiento de un margen de edad, ya que no existe una razón de peso para considerar que solamente las personas entre 18 a 35 años puedan llevar a cabo tales funciones, que no es posible advertir que tales cualidades dependan de manera directa de una cierta edad, y que las habilidades organizacionales y de trato nada tienen que ver con la edad.

2.- Que el requisito de 18 a 35 años respondía a la intención general de la convocatoria, relativo a la imagen corporativa de la empresa demandada.

3.- Que no es posible advertir una razonabilidad en la existencia de un margen de edad para optar por un puesto de promotor de eventos en el ámbito restaurantero, por lo que se estima que tal distinción en la convocatoria combatida es injustificada.

4.- Que si la intención de una empresa en torno a un puesto fuera mejorar la productividad, fijar un rango de edad no representaría la opción idónea, ya que la eficiencia en las labores contiene una conexión más directa e inmediata con las características profesionales, la experiencia y las aptitudes concretas de cada persona al margen de su edad.

5.- Que no puede concluirse que la óptima productividad de los trabajadores se encuentre relacionada únicamente con la edad, siendo consecuencia de las labores específicas requeridas para la labor, cuestión que tampoco se satisface en el presente caso.

6.- Que una diferencia de trato puede estar justificada cuando la edad, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate, o al contexto en que se lleva a cabo, constituya un requisito profesional esencial y determinante de trabajo.

7.- Que el presente caso trata de una discriminación injustificada, pues el requisito de edad no constituye un aspecto esencial y determinante para la realización de las labores involucradas.

8.- Que la imagen corporativa y la productividad posiblemente pretendidas por la empresa no podían constituirse como finalidades legítimas para la limitación al derecho a la no discriminación en razón de edad, aunado a que existían medidas más adecuadas para lograr dichos objetivos.

9.- Que, por lo tanto, en el presente asunto no se tuvieron en cuenta las características profesionales de las personas o sus aptitudes, pues la empresa utilizó la edad como un factor arbitrario que actualizaba la prohibición constitucional a no discriminar.

10.- Que, sin embargo, la Primera Sala no desconoce la protección que merece el derecho de los empresarios a la imagen corporativa que desean proyectar.

11.- Que, tomando en cuenta los elementos anteriores, es que la Primera Sala no compartió las conclusiones del Tribunal Colegiado de Circuito, por lo que procede revocar la sentencia combatida.

### **3.- Consecuencias de los actos discriminatorios y efectos de la presente sentencia**

Una vez que la Primera Sala concluyó que las convocatorias combatidas resultaron discriminatorias procedió a determinar qué efectos puede acarrear un acto discriminatorio, para lo cual señaló:

1.- Que la pretensión contenida en las demandas presentadas consistía en una indemnización por concepto del daño moral que, a consideración de los demandantes, les generó las convocatorias laborales.

2.- Que contrario a lo que sucede con daños físicos, el estudio de los daños morales tiene particularidades dado el elemento de abstracción de los mismos.

3.- Que cuando el daño moral proviene de un acto discriminatorio conviene realizar ciertas precisiones, no relacionadas al daño moral ocasionado, sino a la violación del derecho a la no discriminación contenido en el artículo 1 de la Constitución.

4.- Que se advierten cuatro tipos de consecuencias originadas por tal discriminación: i) la declaración de nulidad del acto discriminatorio; ii) la indemnización de los daños causados; iii) la imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio; y iv) en caso

de que la legislación aplicable lo prevea la imposición de sanciones penales, consecuencias justificadas en el sistema jurídico mexicano. Sin embargo no todos los efectos señalados podrían actualizarse en el presente caso, teniéndose en cuenta que el mismo procede de un juicio ordinario civil de indemnización por daño moral.

5.- Que si bien existe un desarrollo jurisprudencial en torno a diversos aspectos sobre el daño moral, no se ha emitido un marco jurídico que precise las consecuencias que podría acarrear la discriminación, razón por la cual la Primera Sala procedió a la exposición de las mismas, con independencia de que su actualización en el caso concreto tenga que analizarse posteriormente.

La Primera Sala realizó las siguientes precisiones:

***A.- Declaración de nulidad del acto discriminatorio***

1.- Que si bien el acto discriminatorio fue emitido por un particular, los derechos de igualdad y no discriminación gozan de eficacia en las relaciones entre particulares, por lo que generan efectos en las relaciones jurídico - privadas.

2.- Que por ello el acto discriminatorio debe ser declarado nulo, pues de lo contrario se estaría aceptando que a pesar de haberse calificado un acto como discriminatorio y violatorio de la Constitución, el mismo debe subsistir solamente por provenir de la libertad de contratación, a pesar de que los derechos vulnerados gozan de eficacia entre particulares.

3.- Que lo anterior no significa que el acto en su totalidad deba ser declarado nulo, ya que el único aspecto cuya nulidad se decreta es aquél que ocasionó la discriminación, que deberá tenerse por no puesto o sustituirse según lo establezca oportuno el juzgador.

4.- Que un acto discriminatorio, relacionado con la libertad de contratación, que acarrea su nulidad, no se traduce en una obligación de contratación.

5.- Que la nulidad de los actos de los particulares es de naturaleza distinta a la nulidad de los actos emanados por el Estado, ya que en ocasiones la nulidad de los primeros, dependiendo del caso, solamente podrá tener efectos declarativos.

6.- Que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad del acto discriminatorio se encontrarán determinados por el momento en el cual se lleve la impugnación correspondiente, por lo que, suponiendo que 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.

7.- Que en el caso de que el proceso hubiese concluido, la declaratoria de inconstitucionalidad no podrá afectar los derechos adquiridos de terceros involucrados, esto es, que no podrá anularse una contratación ya realizada, ni el efecto podrá consistir en una orden de contratación en favor del demandante.

8.- Que la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos declarativos, que implican un reconocimiento de que las convocatorias laborales fueron discriminatorias y contrarias a la Constitución, y también permiten el análisis de la posible actualización del resto de consecuencias que una discriminación puede acarrear.

#### ***B.- Indemnización por los daños causados***

1.- Que en materia de indemnización el dato clave es la producción de un escenario en el cual se violaron los principios de igualdad y no discriminación.

2.- Que la pretensión de indemnización no prospera si no existe un daño por el cual deba responderse.

3.- Que en caso de presentarse un riesgo de discriminación, que constituya una amenaza, pero que no haya producido daño alguno, no existe obligación de indemnizar, pues un riesgo no tiene el alcance que sí tiene la existencia de un daño, sin el cual el juzgador no cuenta con un dato objetivo para determinar fijar la cuantía de la indemnización.

4.- Que calificar una conducta como discriminatoria no implica necesariamente que se haya ocasionado un daño y que proceda una indemnización, con independencia de que sí proceda la nulidad del acto, así como la imposición de medidas reparatorias de naturaleza disuasoria y la actualización de sanciones penales.

5.- Que si bien queda claro que la primera consecuencia que traen aparejados los actos discriminatorios consiste en la declaración de que los mismos sean nulos, ello no supone que siempre procederá una indemnización, pues dicha postura promovería estrategias de búsqueda de empleo y posterior litigio, con el único objetivo de obtener dinero, tergiversando los fines para los cuales se ha establecido el derecho fundamental a la no discriminación.

### ***C.- Imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio***

1.- Que además de la indemnización es posible establecer medidas reparatorias que tengan efecto disuasorio en quien emitió el acto discriminatorio, o en quienes podrían emitirlo, para que en un futuro se abstengan de hacerlo.

2.- Que deben ser medidas eficaces para alcanzar el fin propuesto.

3.- Que la discrecionalidad a la que responde la medida disuasoria no debe confundirse con una arbitrariedad por parte del juzgador.

4.- Que por medio de la Inspección del Trabajo (artículo 523 de la Ley Federal del Trabajo), el sistema jurídico mexicano establece la posibilidad de adoptar medidas disuasorias en contra de aquellos empleadores que hubiesen violentado las normas

laborales, entre las cuales se encuentra la prohibición expresa de realizar actos discriminatorios en la contratación para puestos de trabajo, por lo que las medidas reparatorias de carácter disuasorio tienen fundamento en el sistema jurídico.

#### ***D.- Establecimiento de sanciones penales***

1.- Que, como última consecuencia posible, está la posibilidad de fincar sanciones penales cuando la legislación aplicable al caso prevea un tipo penal relativo a actos discriminatorios.

2.- Que la discriminación, junto a la vulneración individual que ocasiona, trasciende a la esfera colectiva, imposibilitando el acceso a derechos garantizados a todos los miembros de un colectivo social, que poseen uno o más caracteres comunes, lo cual permite el empleo de medidas de índole penal.

3.- Que los delitos de discriminación sirven como mecanismos de tutela dirigidos a colectivos situados en posiciones sociales desventajosas.

#### **4.- Conclusión**

La Primera Sala dejó sentado:

1.- Que las cuatro consecuencias antes indicadas (declaración de nulidad del acto discriminatorio; indemnización por los daños causados; imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio; establecimiento de sanciones penales), gozan de independencia entre sí, y que pese a que se originan del mismo acto discriminatorio, cada

una responde a una determinada intención en torno a dicho acto, siendo diversos los elementos que generan su actualización.

2.- Que si bien ante la presencia de un acto discriminatorio y, por ende, violatorio del artículo 1º constitucional, el órgano jurisdiccional debe dejar sin efectos el mismo, ello no implica que deba decretar la procedencia de una indemnización por daño moral o la imposición de una medida disuasoria, toda vez que cada consecuencia responde a una dinámica específica y requiere del estudio de elementos diversos.

3.- Que, en consecuencia, y toda vez que los agravios formulados por los recurrentes resultaron fundados, lo procedente es revocar la sentencia combatida y devolver los autos al Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, para que deje sin efectos la misma y en su lugar dicte una nueva, en la cual, a partir de la presente sentencia, reitere los argumentos de esta Primera Sala, decrete la nulidad de las convocatorias analizadas al haber sido calificadas de discriminatorias, y analice el resto de elementos contenidos en el expediente, con el fin de determinar si respecto a cada quejoso procede una indemnización por daño moral así como la imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió revocar la sentencia recurrida.

## **SEGUNDA PARTE**

### **Análisis del Caso**

## **I.- Introducción**

Varios son los temas involucrados en el caso. Menciono los ocho que considero más relevantes, y lo hago según la importancia que les atribuyo:

- 1) El tema de los Derechos Fundamentales.
- 2) El tema del derecho a la no discriminación como un Derecho Fundamental.
- 3) El tema de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales.
- 4) El tema de la autonomía de la voluntad.
- 5) El tema de la libertad de contratación.
- 6) El tema de la colisión de derechos.
- 7) El tema del daño moral, desde su definición hasta su cuantificación.

Centraré la atención en el primero, segundo y tercero de los temas, el de los Derechos Fundamentales, el del derecho a la no discriminación como un Derecho Fundamental, y el de la eficacia horizontal de los mismos, ya que por considerar que los Derechos Fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la no discriminación, gozan de eficacia horizontal, por lo que deben ser respetados tanto por el Estado como por los particulares, es que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió revocar la sentencia recurrida. En la medida en la que resulte conveniente para el mejor desarrollo de este trabajo relacionaré los tres temas elegidos con los demás.

## **II.- La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales en el caso**

En varios momentos del caso aparece el tema de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales. Los cito por orden de aparición, según la cronología de los hechos presentada en la primera parte de este trabajo.

1.- Los actores, inconformes con la sentencia dictada en primera instancia, promovieron el recurso de apelación, argumentando que el derecho a la no discriminación tiene eficacia horizontal, razón por la cual la convocatoria implicaba una exclusión violatoria de tal derecho, que es un Derecho Fundamental, razón por la cual el Estado debía actuar en consecuencia y hacerlo valer.

2.- Los actores, de nueva cuenta inconformes con la sentencia dictada por el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, interpusieron un recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señalando que 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 misma, por lo que el derecho a la no discriminación, como Derecho Fundamental que es, goza de eficacia horizontal.

3.- La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estudió la procedencia del recurso de revisión, para lo cual tomó en cuenta, entre otras cosas, que el Tribunal Colegiado realizó una interpretación directa del artículo 1º constitucional, señalando que la no discriminación constituye un mandato dirigido específicamente a los poderes del Estado, negando la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales.

4.- Los quejosos señalaron que el derecho a la libre contratación (entendida como la libertad del empleador para elegir los términos de la contratación, como puede ser el exigir una determinada edad para un determinado trabajo), encuentra límites en los Derechos Fundamentales de otras personas, por lo que la no discriminación no se dirige únicamente a las autoridades sino a todos los individuos.

5.- La Primera Sala determinó:

5.1.- Que la formulación clásica de los Derechos Fundamentales, como límites únicamente frente al poder público, no da respuesta a las violaciones de dichos derechos por parte de los particulares.

5.2.- Que normas de Derechos Fundamentales deben regir el actuar de los particulares.

5.3.- Que un tema complejo, relacionado con esta cuestión, es la posible colisión entre el Derecho Fundamental a la no discriminación y uno de los principios esenciales de los sistemas jurídicos, la autonomía de la voluntad o libertad contractual.

5.4.- Que no se trata solamente de declarar en abstracto que un derecho es eficaz entre particulares, sino de determinar la medida o intensidad de esa eficacia.

5.6.- Que si bien el acto discriminatorio fue emitido por un particular, los derechos de igualdad y no discriminación gozan de eficacia en las relaciones entre particulares, por lo que generan efectos en las relaciones jurídico - privadas.

Antes de avanzar conviene tener claro que son los Derechos Fundamentales, su importancia y su eficacia, y en qué consiste la eficacia horizontal de los mismos.

### III.- Los Derechos Fundamentales

#### 1.- Introducción

Los Derechos Fundamentales son “una clase especial de derechos subjetivos cuya diferencia específica estriba en su carácter fundamental”<sup>2</sup>, por lo que son “derechos subjetivos que revisten propiedades específicas”<sup>3</sup>, entre las que se encuentran “la validez jurídica (los derechos fundamentales tienen validez de acuerdo con las condiciones específicas del Sistema Jurídico), su carácter abstracto (las disposiciones de derecho fundamental están formuladas mediante conceptos abstractos) y su generalidad (los derechos fundamentales tienen validez antes de su aplicación concreta e independientemente de ella)”<sup>4</sup>. Sin embargo, “la diferencia específica de los derechos fundamentales radica en su carácter fundamental”<sup>5</sup>. ¿En qué consiste el carácter fundamental de los Derechos Fundamentales? ¿Cuáles son sus propiedades?

Para el caso que nos ocupa resulta importante tener en cuenta lo siguiente: “Que un derecho fundamental revista o no ciertas propiedad fundamentales es una razón para conceder a este derecho un peso mayor o menor en la ponderación en la que se enfrenta a otros derechos subjetivos o bienes colectivos”<sup>6</sup>, como es el caso, en el caso que nos ocupa, del derecho a la libre contratación, del principio de la autonomía de la voluntad.

Dos son los tipos de propiedades de los Derechos Fundamentales: formales y materiales.

---

<sup>2</sup> Bernal Pulido, Carlos; *Derechos Fundamentales*; Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho; Vol. II; Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM; p. 1571.

<sup>3</sup> Ídem.

<sup>4</sup> Ídem; p. 1572.

<sup>5</sup> Ídem.

<sup>6</sup> Ídem; p. 1573.

## 2.- Propiedades formales

El primer conjunto de propiedades que determinan el carácter fundamental de ciertos derechos subjetivos son las formales, respecto a las cuales Bernal Pulido apunta que: “No todos los derechos subjetivos del sistema jurídico son ni pueden ser derechos fundamentales (...) Por esta razón estos derechos conforman una clase especial dentro de los derechos subjetivos, a la que solo muy pocos derechos pueden pertenecer”<sup>7</sup>, razón por la cual es prudente circunscribir los derechos fundamentales a solamente ciertos derechos, para lo cual hay que definir sus propiedades formales que son, desde la más restrictiva hasta la menos, “(1) Que la disposición que establece el derecho fundamental pertenezca al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución; (2) Que dicha disposición forme parte del texto constitucional; (3) Que dicha disposición forme parte del texto constitucional o de otra fuente de derecho (sobre todo de los pactos, convenciones o tratados sobre derechos humanos); (4) Que la jurisdicción constitucional reconozca la validez (...) de una norma o de una disposición de derecho fundamental”<sup>8</sup>.

Para que un derecho subjetivo tenga carácter de Derecho Fundamental debe presentar, por lo menos, una de las cuatro propiedades formales antes mencionadas: “Un derecho subjetivo está dotado de carácter fundamental, y por lo tanto, es un derecho fundamental, cuando se cumple una de las siguientes condiciones: ha sido establecido por una disposición que (1) pertenece al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución o (2) pertenece, en general, al texto constitucional o (3) al bloque de constitucionalidad o (4) cuando la norma o posición jurídica relativa al derecho ha sido reconocida como una norma o posición de derecho fundamental por parte de la jurisprudencia”<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Ídem; pp. 1573, 1574.

<sup>8</sup> Ídem; p. 1574.

<sup>9</sup> Ídem; p. 1584.

Las cuatro propiedades formales, si bien basta con una para que un derecho subjetivo tenga carácter de Derecho Fundamental, no tienen la misma jerarquía: “Estas cuatro condiciones revisten un grado creciente de certeza en relación con la pregunta de si un derecho subjetivo tiene carácter fundamental y, por lo tanto, es un derecho fundamental. (Que pertenezca al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución) ostenta el mayor grado de certeza y (que la jurisdicción constitucional reconozca la validez) el menor. Estos grados tienen relevancia para la ponderación”<sup>10</sup>.

### **3.- Propiedades materiales**

El segundo conjunto de propiedades que determinan el carácter fundamental de ciertos derechos subjetivos son las materiales, ya que “las propiedades formales no son suficientes para formar un concepto apropiado y completo del carácter fundamental de los derechos fundamentales. La pregunta de si el texto de la constitución, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia constitucional han establecido y reconocido ya todos los derechos fundamentales, o si aún debería reconocer como fundamentales otros derechos subjetivos, tiene pleno sentido. Para responder esta pregunta (...) es necesario referirse a las propiedades materiales”<sup>11</sup>, tema relacionado con ciertos problemas filosóficos, comenzando por el de la existencia, o no, de derechos subjetivos morales anteriores y superiores al derecho objetivo.

“La pregunta – afirma Bernal Pulido – sobre las propiedades materiales para la definición del carácter fundamental de los derechos fundamentales tiene una estrecha relación con el difícil problema filosófico de si existen derechos subjetivos por fuera del derecho. Formulada de un modo más preciso, esta pregunta filosófica se refiere a si existen o no

---

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> Ídem; p. 1585.

derechos subjetivos morales o si existen derechos fundamentales morales<sup>12</sup>. Los derechos fundamentales morales son un tipo de derechos morales que, en razón de su contenido, el buen moral que protegen, deberían ser reconocidos como derechos fundamentales en el sistema jurídico. Como quiera que sea que estos derechos son una especie del género derechos morales, el reconocimiento de su existencia depende del reconocimiento de la existencia de los derechos morales. Si no existen derechos morales, entonces las propiedades materiales no pueden ser relevantes para definir el carácter fundamental de los derechos fundamentales. Si se parte de esta premisa, entonces los únicos derechos fundamentales que podrían existir serían aquellos que el Constituyente o el Tribunal Constitucional, establecieran con su autoridad. Si, por el contrario, se acepta la existencia de derechos morales, entonces los derechos fundamentales de la Constitución o de la jurisprudencia constitucional sólo serían el producto de una institucionalización de los derechos fundamentales morales (...) Esos derechos revestirían las propiedades materiales de forma anticipada e independiente de su institucionalización en el sistema jurídico. Que un derecho subjetivo ostentara una propiedad material de los derechos fundamentales sería una razón para institucionalizarlo como derecho fundamental<sup>13</sup>.

La pregunta más importante a la hora de darle forma al sistema jurídico no es *cuáles deben ser* los derechos subjetivos morales a considerar, sino *cuáles son* esos derechos que deben ser reconocidos plenamente, definidos puntualmente y garantizados jurídicamente en el, y por el, sistema jurídico. El que la respuesta no sea fácil de encontrar no excusa de su búsqueda. Al respecto Bernal Pulido señala que “las teorías de los derechos morales tienen un objetivo bien claro. Se trata de responder a la pregunta de cuáles deben ser los derechos subjetivos del sistema jurídico. Siempre resulta razonable

---

<sup>12</sup> Que obligan, antes que legalmente, moralmente. Los derechos morales son los derechos humanos, algunos de los cuales revisten carácter de fundamentales.

<sup>13</sup> Bernal Pulido; Op. Cit.; p. 1585.

preguntar si las normas jurídicas que establecen los derechos subjetivos son correctas o si, por el contrario, fracasan porque no protegen los derechos morales de las personas (...) Por esta razón, aquí debe partirse de la existencia de los derechos morales. Entonces, la pregunta relevante es la siguiente: ¿Qué propiedades materiales atribuyen a ciertos derechos morales un carácter fundamental, de tal manera que deban ser reconocidos como derechos fundamentales en los ámbitos de la moral y del derecho?”<sup>14</sup>. ¿Cuáles son las propiedades materiales de los Derechos Fundamentales? ¿De qué derechos, en concreto, se trata?

Bernal Pulido señala que “los derechos fundamentales protegen los intereses fundamentales del individuo frente a la sociedad<sup>15</sup> y el Estado”<sup>16</sup>, y entonces la pregunta es ¿cuáles son esos intereses? Bernal Pulido afirma que “desde los ciernes del Estado Constitucional Democrático los derechos fundamentales han buscado proteger la libertad de la persona frente a las intervenciones del Estado, la participación del individuo en los procedimientos democráticos y la igualdad jurídica. Tras la inclusión del principio del Estado Social en la definición del Estado, los derechos fundamentales adquirieron además la función de garantizar el mínimo vital y la creación de la igualdad real. Los derechos fundamentales caracterizan a la persona política como libre, autónoma en los ámbitos privado y público, igual a otras personas y como titular de ciertas necesidades básicas. La protección de esta libertad, autonomía e igualdad y la satisfacción de dichas necesidades constituyen el fin del Estado”<sup>17</sup>, por lo que “la libertad, la autonomía y la igualdad<sup>18</sup> son los intereses básicos de la persona política (...) Esos intereses deben considerarse como propiedades materiales para la definición de los derechos

---

<sup>14</sup> Ídem; p. 1585.

<sup>15</sup> Por lo que Bernal Pulido reconoce la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, que son exigibles, no solo frente al Estado, sino frente a cualquiera capaz de violarlos, desde una persona hasta una organización.

<sup>16</sup> Bernal Pulido; Op. Cit.; pp. 1585, 1586.

<sup>17</sup> Ídem; p. 1587.

<sup>18</sup> Entre las cuales se encuentra la igualdad de trato y por lo tanto la no discriminación.

fundamentales en la moral y – mediante la institucionalización de la moral – en el derecho”<sup>19</sup>.

Para que un derecho subjetivo tenga carácter de Derecho Fundamental debe participar, por lo menos, de una de las tres propiedades materiales antes citadas. Bernal Pulido lo deja claro: “Un derecho subjetivo debe ostentar por lo menos una propiedad material para ser un derecho fundamental”<sup>20</sup>.

#### **4.- Conclusión**

Para que un derecho subjetivo moral adquiera el carácter de Derecho Fundamental debe participar, por lo menos, de una de las cuatro propiedades formales (pertenecer al capítulo de Derechos Fundamentales de la Constitución; pertenecer al texto constitucional; pertenecer al bloque de constitucionalidad; estar reconocida como norma de Derecho Fundamental por parte de la jurisprudencia), y, como mínimo, de una de las tres propiedades materiales (libertad, autonomía, igualdad).

Bernal Pulido afirma: “El carácter fundamental de los derechos fundamentales consiste en un conjunto de propiedades formales y materiales. Para ser un derecho fundamental, un derecho subjetivo por lo menos debe revestir una propiedad formal y una material. Esta es una condición necesaria. Entre las propiedades formales y materiales existe una relación. Esta relación consiste en que los derechos fundamentales reconocidos por el Constituyente o por el Tribunal Constitucional<sup>21</sup> representa una institucionalización de los derechos fundamentales morales, de tal manera que los derechos fundamentales establecidos por la Constitución y por la jurisprudencia constitucional por lo general también revisten por lo menos una propiedad material”<sup>22</sup>. De hecho, si se trata de verdaderos Derechos Fundamentales deben revestir alguna de las propiedades

---

<sup>19</sup> Bernal Pulido; Op. Cit.; p. 1587.

<sup>20</sup> Ídem; p. 1591.

<sup>21</sup> En el caso de México la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>22</sup> Bernal Pulido; Op. Cit.; p. 1592.

materiales mencionadas. De no ser así no se trataría de verdaderos Derechos Fundamentales y, darles trato de tales, sería un error, que podría conducir a la comisión de injusticias.

#### **IV.- Eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales**

Habiendo presentado brevemente el tema de la naturaleza de los Derechos Fundamentales, doy paso al tema de su eficacia horizontal, relacionado con la pregunta de si el respeto a tales derechos solo es exigible al Estado, teniendo solamente eficacia vertical, o si también es exigible a todos los miembros de la sociedad, incluidos los particulares, teniendo por lo tanto eficacia horizontal.

##### **1.- Introducción**

Anzures Gurría apunta que “los derechos fundamentales contenidos en las nuevas constituciones normativas de los Estados sociales y de derecho que nacen después de la Segunda Guerra Mundial, serán concebidos ya no sólo como límites o prerrogativas frente al poder público sino también frente a los particulares. Es decir, desplegarán su eficacia frente a terceros, también llamada eficacia horizontal”<sup>23</sup>, teoría que cuestiona la concepción clásica de los Derechos Fundamentales, razón por la cual es rechazada por quienes no les reconocen, a tales derechos, más eficacia que la vertical, negándoles la horizontal. Por ello se ha formado un consenso a favor de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, centrándose la atención en la pregunta de cómo hacerla valer, ya que sin la eficacia horizontal el reconocimiento pleno, la definición puntual y la garantía jurídica de los Derechos Fundamentales, y por lo tanto de los derechos subjetivos morales básicos, resultan imperfectas. Al respecto Anzures Gurría señala que “más que teórico, el problema parece ser procesal, pues (...) la dificultad radica en dotar a los derechos fundamentales de una garantía jurisdiccional que les dispense de la debida protección en

---

<sup>23</sup> Anzures Gurría, José Juan; *La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales*; Revista Mexicana de Derecho Constitucional; Núm. 22; enero – junio 2010; p. 4.

el tráfico jurídico privado, o bien, que remedie la agresión del derecho fundamental una vez afectado, tal y como opera el recurso de amparo frente a las actuaciones del poder público. Pero no siendo esto posible, por razones que se explicarán más adelante, la solución parece encontrarse en la teoría de la *asunción judicial* y en el reconocimiento del importante papel que desempeña la jurisdicción ordinaria como garante de los derechos fundamentales en un Estado social y democrático de derecho”<sup>24</sup>.

## **2.- Justificación de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales**

### **2.1.- Argumento histórico**

Como lo apunté anteriormente “existe todavía algún sector académico que, principalmente desde la trinchera del derecho privado, se esfuerza en negar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales acudiendo a su origen histórico; arguyendo que si éstos nacieron como límites al poder del Estado, concebirllos como vinculantes en las relaciones particulares es desvirtuar por completo su naturaleza jurídica”<sup>25</sup>.

Contra esta posición Anzures Gurría presenta dos argumentos: “El primero de ellos sostiene que la función con la que surgieron los derechos fundamentales en las declaraciones de derechos y Constituciones de finales del siglo XVIII obedeció, no sólo a limitar el poder de los Estados naciotes, sino también y principalmente a regular la vida del hombre que ingresaba en el estado de sociedad; el segundo argumento arguye que la noción actual de los derechos fundamentales es producto de su evolución histórica y en consecuencia, la *Drittwirkung*<sup>26</sup> constituye hoy en día una de sus características esenciales”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Ídem; pp. 4,5.

<sup>25</sup> Ídem; p. 5.

<sup>26</sup> El concepto *Drittwirkung der Grundrechte* quiere decir Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales.

<sup>27</sup> Anzures Gurría; Op. Cit.; p. 5.

Al respecto Rivero apunta que “la doctrina liberal nació en realidad con una doble virtualidad: una movida por una desconfianza insuperable hacia el Estado, que lo empuja a una abstención generalizada respecto al ámbito de las relaciones privadas, y otra, que convierte al Estado democrático en el garante y regulador de esas mismas libertades”<sup>28</sup>, por lo que si se trata de Derechos Fundamentales, es decir, de derechos subjetivos morales básicos, estos tienen validez tanto frente al Estado como frente a los demás miembros de la sociedad, validez que debe ser reconocida, definida y garantizada por el Estado, comenzando por el Poder Legislativo (en las leyes) y el Judicial (por los juicios). El reconocimiento de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales no supone, de ninguna manera, negar su eficacia vertical. No es la una o la otra, sino la una y la otra, ya que esos derechos pueden violarlos, tanto el Estado como los particulares (desde personas hasta organizaciones), eficacia vertical y horizontal de los Derechos Fundamentales que es parte esencial del Estado de Derecho, definido como el gobierno de las leyes justas, siendo justas las leyes que prohíben la violación de derechos, independientemente de quién sea el violador: el Estado, una organización privada, una persona. Lo que importa es la violación no la identidad del violador.

Al respecto Anzures Gurría apunta que “se debe aclarar (...) que en ningún momento se está negando que los derechos fundamentales hayan nacido como límites al poder público, pero no creemos que ésta haya sido su única y exclusiva función, sino que aunado a ella, los derechos fueron concebidos también para regular las relaciones particulares, y como tales constituían un mandato de protección hacia el Estado que debía procurar su observancia y respeto por todos los ciudadanos en sus relaciones

---

<sup>28</sup> Rivero, J., “*La protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées*”, en Varios Autores, *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, t. III, *Protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées*, París, Pedone, 1971, p. 316.

sociales. Es más, si el surgimiento del Estado se va a justificar, va a ser en la medida en que salvaguarde y haga efectivos estos derechos”<sup>29</sup>.

Suelmann lo deja muy claro: “De la interpretación histórica de los derechos fundamentales en absoluto se puede concluir que, por principio, los derechos no estén en condiciones de proteger a los sujetos jurídicos privados. Antes al contrario, esta interpretación aboga por la posibilidad de una eficacia horizontal de este tipo”<sup>30</sup>.

## **2.2.- Estado social de derecho y la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales**

El tema de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales está relacionado con el tema del Estado Social de Derecho, en el cual al Estado se le reconoce y demanda, no solo un *no* hacer (por ejemplo: no atentar contra los derechos de las personas), sino un *sí* hacer (por ejemplo: garantizar el respeto a los derechos de las personas, destacando entre ellos los Derechos Fundamentales). Por ello es que Anzures Gurría apunta que el Estado social de derecho “es el Estado en el que la sociedad se protege por él y no frente a él”<sup>31</sup>, por lo que “si la noción actual de los derechos fundamentales se da en el marco de un Estado social de derecho, se deduce que su vigencia surte efectos no sólo en las relaciones verticales (del particular con el Estado), sino también en las relaciones sociales (de particulares con particulares)<sup>32</sup>, y que el Estado debe garantizarlos”<sup>33</sup>.

## **2.3.- Dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales**

Anzures Gurría afirma que “los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones normativas de los Estados sociales y democráticos de derecho, que nacen después de la Segunda Guerra Mundial, ya no son concebidos únicamente como límites, prerrogativas o

---

<sup>29</sup> Anzures Gurría; Op. Cit.; p. 7.

<sup>30</sup> Suelmann, H. G.; *Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 65.

<sup>31</sup> Anzures Gurría; Op. Cit.; p. 10.

<sup>32</sup> Paréntesis mío.

<sup>33</sup> Anzures Gurría; Op. Cit.; p. 11.

potestades del titular del derecho respecto al poder del Estado, sino también como principios y valores objetivos de todo el ordenamiento jurídico”<sup>34</sup>. Al respecto Alexy apunta que “si *a* tiene frente al Estado (*e*) un derecho a *G* (...), entonces *e* tiene frente a *a* un deber con respecto a *G* (...)”<sup>35</sup>, de tal manera que “el reconocimiento de los derechos como valores objetivos impone al Estado mandatos de actuación y deberes de protección respecto a todos los destinatarios de la Constitución, ya sean públicos o privados”<sup>36</sup>.

El reconocimiento de la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales fue la respuesta que se le dio, al término de la Segunda Guerra Mundial, a las dictaduras nacionalsocialistas, en las cuales se manifestaron, de maneras por demás injustas, los excesos y defectos del positivismo jurídico (es justo lo que la ley, y por lo tanto el legislador, dice que es justo, equiparándose justicia con legalidad). Dicho reconocimiento ocasionó consecuencias para los ordenamientos jurídicos, mismas que Anzures Gurría enlista: “el efecto irradiación o expansión de los derechos; el deber de protección, y la que interesa a efectos de este trabajo (y al caso que se analiza en esta tesis)<sup>37</sup>: la eficacia frente a terceros”<sup>38</sup>, siendo que “el efecto *de expansión de los derechos fundamentales* significa que las potestades fundamentales en tanto normas objetivas de principio influyen amplia y materialmente en todas las esferas del sistema jurídico, por tanto, son normas que no se limitan a regular la relación inmediata Estado-ciudadano, sino que rigen con validez universal, en todas direcciones; aún más, su contenido jurídico fundamental impone parámetros al Estado y a la sociedad en su conjunto”<sup>39</sup>, por lo que, “si hemos dicho que los derechos fundamentales en su dimensión objetiva son valores de toda la sociedad y legitiman la existencia del Estado, éste debe en consecuencia dar efectividad

---

<sup>34</sup> Ídem; p. 12.

<sup>35</sup> Alexy, R; *Teoría de los derechos fundamentales*; Madrid; Centro de Estudios Constitucionales; 1993; p. 509.

<sup>36</sup> Anzures Gurría; Op. Cit.; p. 13.

<sup>37</sup> Paréntesis mío.

<sup>38</sup> Anzures Gurría; Op. Cit.; p. 13.

<sup>39</sup> Ídem; pp. 13, 14.

a su contenido. Obligación que se hace exigible tanto al legislador como a la administración y a los jueces, de acuerdo al ámbito de sus competencias<sup>40</sup>. A los Derechos Fundamentales debe reconocérsele, porque la tienen, eficacia horizontal. No se les otorga, se les reconoce, y el Estado debe actuar en consecuencia.

#### **2.4. Surgimiento de nuevos poderes**

Si bien el Estado puede ser la principal amenaza para los Derechos Fundamentales de las personas, razón por la cual hay que establecerle límites, no es la única amenaza que enfrentan, por lo que hay que garantizarlos, tanto frente al poder del Estado (eficacia vertical) como frente a las violaciones de cualquiera (eficacia horizontal), como podría ser el caso de una empresa. Vieira de Andrade señala que “los sujetos privados poderosos no pueden ser tratados como cualquier otro individuo y que se deben considerar ilícitas en las relaciones privadas las diferencias de trato (como es el caso de la discriminación laboral)<sup>41</sup> con las restricciones que atenten contra la dignidad de las personas<sup>42</sup>.”

Anzures Gurría señala que “la realidad de hoy nos muestra que además del Estado, existen otros entes detentadores de poderes sociales y económicos capaces, por esa razón, de violar los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran de facto en una situación desfavorable o de indefensión<sup>43</sup>, agregando que “el contexto social del mundo en el que vivimos, con la aparición de la sociedad industrial y la estructura económica que ella conlleva, ha dado lugar al nacimiento de una tercera categoría de sujetos, como los sindicatos, las asociaciones profesionales o las grandes empresas que acumulan casi siempre un enorme poderío material y/o económico. El creciente protagonismo de estos grupos en la vida actual ha reorientado el centro de gravedad del

---

<sup>40</sup> Ídem; p. 14.

<sup>41</sup> Paréntesis mío.

<sup>42</sup> Vieira de Andrade, J. C.; *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*; Coimbra, Librería Almedina; 1987; p. 285.

<sup>43</sup> Anzures Gurría; Op. Cit.; p. 15.

poder y consiguientemente de los peligros para los derechos fundamentales”<sup>44</sup>, concluyendo que “en este sentido, la autonomía de la voluntad que tanto se preconiza como ejercicio de la libertad individual, no se ejerce con plenitud a la hora de obligarse”<sup>45</sup>.

Con relación a la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales Prieto Sanchís apunta que “ha sido la quiebra de esta convicción igualitaria la que ha promovido la extensión de los derechos fundamentales al ámbito privado, la que ha permitido preguntarse si acaso los derechos no deben ser también preferentes o, al menos, protegibles en el entramado de las relaciones jurídicas nacidas de la autonomía privada; pues si la resistencia de los derechos humanos se explica por la exigencia de preservar los derechos naturales una vez constituido el Estado y, por tanto, un poder superior al de cualquier individuo, la constatación de que esa desigualdad es característica también de la sociedad civil parece postular asimismo la formulación de unos derechos resistentes que sirvan como barrera protectora de la libertad frente a los sujetos privados”<sup>46</sup>. Al respecto García Torres y Jiménez-Blanco afirman que “la protección de los individuos frente al ejercicio del poder social, suele ser el punto de partida usual de todo trabajo bien educado en materia de *Drittwirkung*”<sup>47</sup>.

Si los Derechos Fundamentales fueron reconocidos y aceptados originalmente como límites al poder, y hoy el poder abarca mucho más que el poder del Estado, los Derechos Fundamentales deben garantizarse frente al abuso de cualquier poder (eficacia horizontal) y no solo del estatal (eficacia vertical), siendo el Estado, tanto desde el Poder Legislativo, como desde el Judicial, el encargado de garantizarlos. “Al hacerlo no se está

---

<sup>44</sup> Ídem.

<sup>45</sup> Ídem; pp. 15, 16.

<sup>46</sup> Prieto Sanchís, L.; *Estudios sobre derechos fundamentales*; Madrid; Debate; 1990; nota 8, pp. 208, 209.

<sup>47</sup> García Torres, J. y Jiménez-Blanco, A.; *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; Madrid; Civitas; 1986; nota 10; p. 142.

desvirtuando, sino llevando hasta sus últimas consecuencias el significado de los derechos como barreras al poder – frente a todo poder –, o dicho de otra forma, si el Estado ya no es el único detentador el poder (y nunca ha sido el único)<sup>48</sup>, no es tampoco el único destinatario de los derechos fundamentales<sup>49</sup>.

### **3.- Teorías de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales**

Dos son las teorías de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales: la teoría de la eficacia mediata y teoría de la eficacia inmediata, teorías que, bien entendidas, resultan, dependiendo del caso del que se trate, no sustitutas sino complementarias.

Al respecto Anzures Gurría afirma que “la problemática que ha acaparado la discusión doctrinal de los últimos 60 años, se ha centrado más bien en determinar la modalidad o tipo de eficacia que los derechos fundamentales han de desplegar en el tráfico jurídico privado, si lo han de hacer de manera mediata (teoría de la *mittelbare Drittwirkung*), o bien, de manera inmediata (teoría de la *unmittelbare Drittwirkung*). Y resulta preciso analizar ambas teorías, pues parece ser que, más que contraponerse, como hasta el momento se ha predicado, pudieran ser complementarias<sup>50</sup>.”

#### **3.1.- Eficacia mediata. *Mittelbare Drittwirkung***

Reconocida y aceptada la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales, el Estado tiene la obligación de garantizar su respeto en las relaciones entre particulares, lo cual puede hacer de manera mediata, por medio de los órganos que le son propios: mediante el legislador (la ley) en primer lugar, mediante el juez (los juicios) en segundo término.

---

<sup>48</sup> Paréntesis mío.

<sup>49</sup> Anzures Gurría; Op. Cit.; p. 17

<sup>50</sup> Ídem; p. 18.

Al respecto Anzures Gurría apunta que “la forma en que el Estado concretizará este deber de hacer efectivos los derechos fundamentales (como valores objetivos) en las relaciones privadas, será mediante sus órganos. En primer lugar a través del legislador y de manera subsidiaria con la intervención del juez. Así, cuando ocurra la violación de un derecho fundamental en una relación particular, la infracción será imputable al Estado, ya sea en su órgano legislativo o judicial, por no haber dispensado la protección esperada (...) En otras palabras, lo que propone la *Drittwirkung* mediata, es que el legislador (...) regule el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, y en caso de ausencia legislativa, el juez resuelva el caso concreto teniendo en cuenta la influencia de los derechos fundamentales entendidos como valores sobre las normas de derecho privado”<sup>51</sup>.

Es importante destacar que, desde el punto de vista de la eficacia mediata de los Derechos Fundamentales, es el Estado el que se encuentra obligado por los mismos, obligación que encontramos, tanto en el Poder Legislativo como en el Judicial. “Quien en realidad está directamente constreñido por los derechos fundamentales es el poder público y no el particular. Si este último se encuentra vinculado a los derechos fundamentales es de forma indirecta, es decir, en la medida en que los derechos son decisiones valorativas objetivas (...) y no derechos subjetivos que un particular ostenta frente a otro”<sup>52</sup>, y que “el órgano público a través del cual el Estado responde con su mandato constitucional de proteger los derechos fundamentales garantizándolos como valores y bienes jurídicos del ordenamiento jurídico, es el legislativo”<sup>53</sup>, siendo “la ley (...) el medio idóneo para configurar la vinculación de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, según sostienen los partidarios de la *mittelbare Drittwirkung*, pero

---

<sup>51</sup> Ídem; p. 19.

<sup>52</sup> Ídem; p. 19.

<sup>53</sup> Ídem; p. 20.

ellos mismos reconocen (...) que el legislador no puede prever todas las circunstancias, por lo que ante la falta de legislación, o en caso de una ley imprecisa, el juez, de manera subsidiaria, resolverá los conflictos de derechos fundamentales que se susciten entre particulares”<sup>54</sup>.

Por último, y para que no haya duda, error o confusión, Anzures Gurría apunta que “la teoría de la eficacia mediata, no es tal (mediata) debido a la intervención de un órgano del Estado, ya sea el legislativo o el judicial, sino en atención a la interpretación que éste órgano hace de los derechos fundamentales como valores objetivos del ordenamiento jurídico y por la influencia que como tales despliegan en las relaciones jurídico-privadas”<sup>55</sup>.

### **3.2.- Eficacia inmediata. *Unmittelbare Drittwirkung***

Según la teoría de la eficacia horizontal mediata de los Derechos Fundamentales, los mismos son exigibles al Estado, por ser éste quien se encuentra obligado por los mismos, y por cuya mediación se hacen valer frente a terceros. Conforme a la teoría de la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales estos son exigibles directamente por las personas, sin necesidad de que medie el Estado, aunque al final de cuentas es el Estado quien debe hacerlos valer ante los particulares que los violen o no reconozcan la violación.

Anzures Gurría afirma que “en contraposición a la teoría de la eficacia horizontal mediata, la *unmittelbare Drittwirkung* defiende que los derechos fundamentales no son valores sino verdaderos derechos subjetivos contenidos en la Constitución y, como tales, exigibles directamente por el individuo que los ostenta frente a sus semejantes, sin que sea

---

<sup>54</sup> Ídem; p. 21.

<sup>55</sup> Ídem; p. 23.

necesaria la mediación de un órgano estatal”<sup>56</sup>, pero que “no se trata de negar la intervención del legislador para que configure el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, sino que (...) no puede considerarse que un derecho no existe, o no surte efectos frente a particulares, simplemente porque no haya una ley que así que lo establezca”<sup>57</sup>, teniendo los ciudadanos la obligación, de entrada ética, de respetarlos, haya o no una ley al respecto, y estén o no contenidos en la Constitución; teniendo los jueces la responsabilidad de hacerlos valer, estén o no contenidos en la Constitución, haya o no una ley al respecto. “Al concebir los derechos fundamentales como derechos subjetivos que el individuo ostenta directamente frente a sus semejantes en sus relaciones particulares, ya sea con mediación legal o sin ella, se está otorgando al juez una capacidad concretizadora de éstos que pertenece en principio al legislador”<sup>58</sup>.

### **3.3.- Conciliación de teorías**

Las dos teorías –eficacia mediata y eficacia inmediata– ¿son sustitutas o complementarias? ¿Es la una o la otra o es la una y la otra?

Al respecto Anzures Gurría explica que “más que discutir sobre cuál de las dos teorías debe prevalecer, es mejor considerar que ambas se complementan. Tanto una como la otra concuerdan en que la ley es el medio idóneo para la proyección horizontal de los derechos fundamentales, y que en caso de ausencia legislativa ambas teorías recurren a la mediación judicial. En la eficacia mediata, el juez considerará a los derechos como valores objetivos y desde ahí deducirá la influencia que como tales despliegan en el caso particular; en el caso de la eficacia inmediata, el juez interpretará los derechos como verdaderos derechos subjetivos y los ponderará con base en los principios de idoneidad, necesidad y ponderación *stricto sensu*. Pero en última instancia lo que importa es que el

---

<sup>56</sup> Ídem; p. 23.

<sup>57</sup> Ídem; p. 24.

<sup>58</sup> Ídem; p. 26.

juez declare el derecho de uno u otro litigante”<sup>59</sup>, por lo que “en un caso concreto, independientemente de cuál sea la teoría que se defienda, el conflicto se deberá resolver a través de una ponderación de los derechos enfrentados (...) Así, ante un pacto privado que vulnere un derecho fundamental, generalmente se declarará la nulidad del acuerdo, tanto si se considerase que lo pactado atenta contra un derecho fundamental específico, como si al violar ese derecho fundamental se esté conculcando algún valor objetivo, como la buena costumbre”<sup>60</sup>.

Más allá de las discusiones teóricas en torno a los Derechos Fundamentales, (¿se trata de verdaderos derechos subjetivos o solo de valores del ordenamiento jurídico?; ¿tienen solo eficacia vertical o también horizontal?; ¿esa eficacia es mediata o inmediata?; etc.), el problema práctico es hacerlos valer en las relaciones entre particulares, o, como lo señala Anzures Gurría, “encontrar la solución que evite dichas violaciones, o que las remedie una vez cometidas”<sup>61</sup>, lo cual nos lleva al tema, no del juicio de amparo, sino de la asunción judicial.

### ***3.6.- La asunción judicial***

Apunta Anzures Gurría que “el remedio judicial por antonomasia para proteger los derechos fundamentales ha sido el recurso de amparo, por lo que parece lógico acudir a él cuando se está alegando la defensa de estos en las relaciones privadas (...) De tal modo que la pregunta que debe hacerse es si cabe o si debería haber el recurso de amparo contra las violaciones a los derechos fundamentales cometidas por los particulares. La respuesta es negativa, pues (...) el recurso de amparo está concebido para proteger al ciudadano de las infracciones que, contra tales derechos, pueda cometer

---

<sup>59</sup> Ídem; pp. 27,28.

<sup>60</sup> Ídem; p. 28.

<sup>61</sup> Ídem; p. 36.

el Estado”<sup>62</sup>, por lo que “debemos aceptar que el recurso de amparo no puede proceder contra las violaciones de derechos fundamentales procedentes de particulares, pues se caería en el absurdo de que toda controversia privada sería residenciable ante el Tribunal Constitucional”<sup>63,64</sup>. Entonces, ¿qué opción queda? La asunción judicial.

La asunción judicial “consiste en imputar la violación de un derecho fundamental que tuvo su origen en una relación privada al Poder Judicial. Todo conflicto entre particulares es residenciable ante los tribunales ordinarios; éstos son parte del poder público (...) por lo que si el juez en su actuación no protege debidamente un derecho fundamental, se entiende que lo ha violado, y su resolución, como actuación del Estado, es recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional. Éste conocerá del recurso y declarará, si así lo considera, la nulidad del acto judicial por haber transgredido el derecho en cuestión, en tanto que no lo protegió, obligando al órgano judicial a reparar dicha violación, y así en última instancia se reparará la violación del derecho fundamental que se cometió en una relación privada”<sup>65</sup>. La primera violación, la del Poder Judicial, se repara directamente. La segunda, la del particular, la que dio origen a todo el proceso, indirectamente.

Importante para el caso que nos ocupa (Amparo Directo en Revisión 992/2014) es que “la *asunción judicial* supone la obligación de jueces y tribunales ordinarios de prestar una protección efectiva a los derechos fundamentales frente a violaciones cometidas por sujetos privados. Como no puede imputarse directamente la actividad de un particular como violación de un derecho fundamental, el presupuesto necesario para activar el mecanismo de la *asunción judicial* es justamente la complicidad de un poder público, su pasividad ante una determinada lesión es la violación que se denuncia. Se imputa la

---

<sup>62</sup> Ídem.

<sup>63</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de México.

<sup>64</sup> Anzures Gurría; Op. Cit.; p 38.

<sup>65</sup> Ídem; pp. 38, 39.

violación de dicho derecho al órgano judicial en la medida en que, a juicio del perjudicado, no se reparó la infracción sometida a su conocimiento, aunque la infracción del derecho fundamental tiene su origen en una conducta privada”<sup>66</sup>.

Quadra-Salcedo explica la teoría de la *asunción judicial* en los siguientes términos: “Puesto que todo conflicto entre particulares puede acceder libremente a los tribunales ordinarios y éstos son parte de los poderes públicos, del Poder Judicial, las decisiones de los tribunales, si se entiende que no protegen adecuadamente y correctamente los derechos y libertades, pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional por la vía de amparo, puesto que aquí ya tenemos un acto del poder público que ha desconocido un derecho fundamental. Por este medio podrían acceder al TC todas las violaciones de derechos fundamentales originadas en las relaciones entre particulares y formalizadas procesalmente ante un tribunal”<sup>67</sup>, pero no mediante el juicio de amparo, por todos los inconvenientes que ello traería consigo, sino por medio de la asunción judicial, que para estos casos resulta más eficaz.

Por su parte J. García Murillo afirma que “los ciudadanos están sujetos a la Constitución y, por tanto, a los derechos fundamentales, que tienen obligación de respetar; los jueces y tribunales, por su parte, están obligados a respetar los derechos fundamentales, de suerte que el incumplimiento, por parte de los particulares, de su obligación de respetarlos puede dar lugar a una acción sin pretensión de tutela o reparación ante los

---

<sup>66</sup> Ídem; pp. 39, 40.

<sup>67</sup> Quadra-Salcedo, T; *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*; Madrid; Civitas; nota 51, pp. 14 y 15.

órganos jurisdiccionales; por último, el eventual incumplimiento por los órganos judiciales de su obligación de amparar el derecho permite acudir al amparo constitucional”<sup>68</sup>.

Por último, García Torres y Jiménez-Blanco apuntan que “todas las controversias sobre derechos de los particulares son residenciables ante el juez; y el juez es, ahora ya sin duda, un poder público que puede violar derechos fundamentales y por tanto se justifica un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”<sup>69</sup>.

Con relación a la asunción judicial hay que tomar en cuenta tres cosas.

Primera: por medio de la asunción judicial La Suprema Corte de Justicia de la Nación emite un juicio en torno a la actuación de un órgano judicial, que no reconoció como violación de un Derecho Fundamental la conducta reclamada por el quejoso, por lo que, en realidad, lo que hace la Suprema Corte es conocer de la violación de un Derecho Fundamental por parte de un particular. Anzures Gurría señala que “aunque el Tribunal Constitucional enjuicia la actuación del órgano judicial, lo que conoce en el fondo es la existencia de una violación por parte de un particular”<sup>70</sup>.

Segunda: cualquier violación de Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares se debe a una falta de protección del juez ordinario, de tal manera que,

---

<sup>68</sup> García Murillo, J.; *La protección judicial de los derechos fundamentales*; Valencia; Tirant lo Blanch; 1994; nota 27; p. 201.

<sup>69</sup> García Torres, J. y Jiménez-Blanco, A.; Op. Cit.; nota 29, p. 37.

<sup>70</sup> Anzures Gurría; Op. Cit., p. 45.

nuevamente Anzures Gurría, “lo que controla el Tribunal Constitucional es la violación del deber de protección de los derechos fundamentales por parte de los órganos judiciales”<sup>71</sup>.

Tercera: quienes deben remediar las violaciones a los Derechos Fundamentales son, en primera instancia, y de manera natural, los jueces ordinarios. Para Anzures Gurría queda claro que “el juez ordinario es el juez de los derechos fundamentales, el garante común, natural de los derechos fundamentales”<sup>72</sup>, y que, “ya sea en presencia de ley, o en ausencia de ella, si la protección concedida por el juez ordinario a determinado derecho fundamental en un caso concreto, no fue suficiente, la sentencia será recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional, que conocerá del caso y determinará si concede o no la protección pedida anulando la sentencia del juez ordinario”<sup>73</sup>, por lo que “el Tribunal Constitucional no es el único competente para apreciar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas (...) Más bien, su función es subsidiaria y extraordinaria de la jurisdicción ordinaria”<sup>74</sup>, quedando claro que “la protección de los derechos fundamentales es, entonces, una función jurisdiccional compartida de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional”<sup>75</sup>.

## **V.- Conclusión del caso**

Al inicio de esta segunda parte apunté que varios son los temas involucrados en el caso, entre los que destacan: el de los Derechos Fundamentales; el de la no discriminación como un Derecho Fundamental; el de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales; el de la autonomía de la voluntad; el de la libertad de contratación; el de la colisión de derechos, y el del daño moral, y señalé que centraría la atención en el

---

<sup>71</sup> Ídem.

<sup>72</sup> Ídem; p. 49.

<sup>73</sup> Ídem; p. 50.

<sup>74</sup> Ídem.

<sup>75</sup> Ídem; p. 51.

primero, segundo y tercero, dado que el tema central de este trabajo es el de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales.

### **1.- Existencia de los Derechos Fundamentales**

A.- Las personas sí tienen derechos subjetivos morales, que les corresponden por el hecho de ser personas, mismos que son anteriores y superiores a los derechos objetivos, cuya tarea es reconocerlos plenamente, definirlos puntualmente y garantizarlos jurídicamente.

B.- Entre los derechos subjetivos morales hay algunos que son básicos (vida, libertad y propiedad) con relación a los cuales el resto de los derechos subjetivos morales son manifestaciones concretas. Esos derechos subjetivos morales básicos forman el conjunto de los Derechos Fundamentales.

C.- Los Derechos Fundamentales deben estar protegidos contra cualquier poder, ya sea del Estado (eficacia vertical), ya de los particulares (eficacia horizontal), ya que lo que es grave es la agresión en su contra no la identidad del agresor.

D.- Los Derechos Fundamentales tienen propiedades formales y materiales. Las cuatro propiedades formales son: que la disposición que establece el Derecho Fundamental forme parte del capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución; o que forme parte del texto constitucional; o que forme parte de otra fuente de derecho; o que la jurisdicción constitucional otorgue validez a normas o disposiciones de Derecho Fundamental. Las tres propiedades materiales son: libertad, autonomía, igualdad (que no es solo igualdad ante ley sino también trato igual, tanto frente al Estado como ante los particulares, tema éste relacionado con el de la discriminación laboral por motivo de la

edad). Para que un derecho subjetivo moral revista carácter de Derecho Fundamental debe tener, por lo menos, una de las propiedades formales y una de las materiales.

E.- Los Derechos Fundamentales deben estar reconocidos por la ley y ser garantizados por los jueces. En caso de que un Derecho Fundamental no esté reconocido por la ley, y sea violado por un particular, el juez tendrá la responsabilidad de hacerlo valer, corrigiendo el defecto de la ley.

F.- Son los jueces ordinarios los responsables de hacer valer los Derechos Fundamentales. Si no lo hace, entonces es responsabilidad de la Suprema Corte Justicia de la Nación, no mediante el amparo, pero sí por medio de la asunción judicial, el hacerlos valer. Que alguna instancia de gobierno, de una u otra manera, haga valer los derechos de las personas es la parte esencial del Estado de Derecho.

## **2.- El derecho a la no discriminación**

A.- Entre los Derechos Fundamentales se encuentra el derecho a la no discriminación, es decir, el derecho a no ser “hecho de lado” por circunstancias accidentales como pueden ser el género, la raza, la preferencia sexual, la nacionalidad, la religión, la edad, y todo aquello que no debería tomarse en cuenta para “ser aceptado”.

B.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho a la no discriminación, que es un derecho subjetivo moral. En el párrafo quinto del Art.1 leemos: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, *la edad*<sup>76</sup>, 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

---

<sup>76</sup> Cursivas mías.

dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

C.- Dado que el derecho subjetivo moral a la no discriminación pertenece al capítulo de los Derechos Fundamentales de la Constitución (cuyo título es “De los Derechos Humanos y sus garantías”), y dado que está relacionado con el tema de la igualdad, cumple con la condición para ser revestido del carácter de Derecho Fundamental: tiene una de las cuatro propiedades formales (forma parte del capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución) y una de las tres materiales (la relacionada con la igualdad).

### **3.- Eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales**

A.- Las convocatorias de CMR para el puesto de recepcionista y analista contable, así como la de La Destilería para el puesto de promotor de eventos, al establecer como requisito para acceder al puesto una edad máxima, siendo que una edad mayor que la establecida por ese máximo requerido no necesariamente afecta el desempeño laboral del empleado, resulta claramente discriminatoria, violadora del Derecho Fundamental a la no discriminación, reconocido en el Art. 1 constitucional.

B.- Por este motivo es que tres personas físicas (RCPM, JMV y AGVR), así como dos morales (Centro Contra la Discriminación A.C. y Asociación por la No Discriminación Laboral por la Edad o Género A. C.) presentaron demandas por daño moral.

C.- Como se relata en la primera parte de este trabajo, en sentencia de primera instancia, el Juez Vigésimo de lo Civil, del Tribunal Superior de Justicia del distrito Federal, el juez

ordinario al cual hay que recurrir en primer lugar cuando de la violación de Derechos Fundamentales se trata, declaró que los actores no acreditaron su acción, que no se actualizó el daño moral alegado, pues no existió hecho ilícito alguno.

D.- Inconformes con la sentencia de primera instancia los actores promovieron un recurso de apelación, señalando que el derecho a la no discriminación goza de eficacia horizontal, ¡aunque la sentencia de primera instancia no se basó en considerar que los Derechos Fundamentales gozan solo de eficacia vertical!, por lo que la convocatoria debía analizarse como una exclusión que afectaba su dignidad, pues la distinción en función de la edad no tiene lógica, se haya o no solicitado el puesto de trabajo. La resolución del recurso de apelación confirmó la resolución combatida.

E.- Inconformes con dicha resolución los actores presentaron una demanda de amparo directo, a partir de la cual hicieron valer varios conceptos de violación, ya mencionados en la primera parte de este trabajo, y de los cuales cito el relevante en este momento: que la autoridad responsable pasó por alto la obligación del Estado de erradicar cualquier tipo de discriminación, especialmente por cuestiones de edad, es decir, que pasó por alto el deber de hacer valer los Derechos Fundamentales, por lo que terminó violándolos, lo cual da pie a la asunción judicial, es decir, a imputarle al Poder Judicial, en este caso al Juez Vigésimo de lo Civil, del Tribunal Superior de Justicia del distrito Federal, la violación de un Derecho Fundamental que tuvo su origen en una relación privada.

F.- Dicho asunto lo conoció el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, mismo que decidió negar el amparo a los quejosos en virtud, entre otros, del siguiente argumento: que la no discriminación constituye un mandato destinado privativamente al Estado, con el fin de que la ley no se aplique o interprete de manera

distinta en casos iguales, por lo cual dicho tribunal le reconoce a los Derechos Fundamentales solamente eficacia vertical.

G.- Inconformes los quejosos interpusieron, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, un recurso de revisión esgrimiendo, entre otras razones, que el Tribunal Colegiado interpretó de manera errónea 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, recociéndole al Derecho Fundamental a la no discriminación eficacia horizontal.

H.- Al final de cuentas la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, como ya se vio al inicio de esta segunda parte del trabajo, que la formulación clásica de los Derechos Fundamentales, como límites únicamente frente al poder público, no da respuesta a las violaciones de dichos derechos por parte de los particulares; que las normas de Derechos Fundamentales deben regir el actuar de los particulares; que no se trata solamente de declarar en abstracto que un derecho es eficaz entre particulares, sino de determinar la medida o intensidad de esa eficacia; que si bien el acto discriminatorio fue emitido por un particular, los derechos de igualdad y no discriminación gozan de eficacia en las relaciones entre particulares, ¡tienen eficacia horizontal!, por lo que generan efectos en las relaciones jurídicas entre los particulares.

Sintetizando: los derechos, por serlo, deben respetarlos todos, el Estado y los particulares. Lo grave es su violación, no la identidad del violador. La tarea del Estado es doble: no violar los derechos y prohibir que otros los violen. Los derechos tienen eficacia vertical y horizontal, y así debe reconocerse y actuarse en consecuencia. Lo anterior es doblemente válido cuando de los Derechos Fundamentales se trata.

Por último. Si se define al Estado de Derecho, al cual hago mención en la introducción a este trabajo, como el gobierno de las leyes justas, siendo justas las leyes que reconocen plenamente, definen puntualmente y garantizan jurídicamente los derechos de las personas, de los cuales los más importantes son los Derechos Fundamentales, entonces la eficacia vertical y horizontal de los mismos es parte esencial del Estado de Derecho, por lo que, allí donde a los Derechos Fundamentales solo se les reconoce eficacia vertical, no hay Estado de Derecho, sino “de chueco”: se le reconoce a la persona un derecho, que además es un Derecho Fundamental, frente al Estado pero no frente los particulares.

## BIBLIOGRAFÍA

**Alexy, R.;** *Teoría de los derechos fundamentales*; Madrid; Centro de Estudios Constitucionales; 1993.

**Anzures Gurría, José Juan;** *La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales*; Revista Mexicana de Derecho Constitucional; Núm. 22; Enero – junio 2010.

**Bernal Pulido, Carlos;** *Derechos Fundamentales*; Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho; Vol. II; Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM.

**García Murillo, J.;** *La protección judicial de los derechos fundamentales*; Valencia; Tirant lo Blanch; 1994.

**García Torres, J. y Jiménez-Blanco, A.;** *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; Madrid; Civitas; 1986.

**Prieto Sanchís, L.;** *Estudios sobre derechos fundamentales*; Madrid; Debate; 1990.

**Quadra-Salcedo, T.;** *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*; Madrid; Civitas.

**Rivero, J.;** “*La protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées*”, en Varios Autores, *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, t. III, *Protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées*, París, Pedone, 1971.

**Suelmann, H. G.;** *Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994.

**Vieira de Andrade, J. C.;** *Os Deritos fundamentais na Constituicao Portuguesa de 1976*; Coimbra, Librería Almedina; 1987.

