



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo

acuerdo número 2006205 del 13 de junio de 2006

“La No Discriminación Laboral por Edad.
Amparo en Revisión 992/2014: Estudio del Caso”

Tesis que para obtener el grado de

Maestra en Ciencias Jurídicas

Presenta:

Mtra. Yadhira Yvette Tamayo Herrera

Director de Tesis:

Dr. Juan Manuel Otero

Dedico este logro:

*A mi esposo **Carlos***

*A mis hijos **Carlitos** y **Max***

*A mis papás **Rodrigo** y **María Luisa***

*A mis hermanos **Rodrigo, Cinthia, René, César** y **Edgar***

A cada uno de ustedes les dedico este trabajo como ofrenda de amor infinito en gratitud eterna por el amor y sentido de familia que me regalan: este sentido de pertenencia que llevo a todos lados y me hace sentir completa y bien amada.

*A mis amigos **Armida, Juan Antonio** y **Óscar**, abogados e investigadores que siempre brillantes y generosos me acompañaron y me acompañan en mi camino por la Universidad Panamericana.*

*A la **Universidad Panamericana** y mis **profesores y profesoras del Doctorado en Derecho UP** que me llevaron de la mano por una emocionante cosmovisión humanista, científica y ordenada de todas las cosas.*

*A lo **Sagrado**, que siempre propone planes perfectos, sorprendentes y amorosos.*

Ciudad de México, 2019.

ÍNDICE

Índice	1
Introducción	2
I. Reflexión académica del tema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares	7
II. Análisis de la sentencia del amparo directo en revisión 992/2014	29
2.1 Parte descriptiva	29
2.2. Análisis crítico	47
2.3. Conclusiones respecto del caso	60
III. Conclusiones finales	63
Bibliografía	66

INTRODUCCIÓN

¿Porqué es socialmente aceptado que los jóvenes son irresponsables y los adultos mayores son de lenta reacción, se enferman mucho y son poco adaptables? ¿Porqué tales prejuicios con respecto a la edad son tan parte íntima del inconsciente colectivo que en tales estereotipos no notamos serios actos discriminatorios totalmente anticonstitucionales que atentan contra la dignidad humana del prójimo?

El presente estudio del caso referido a la sentencia de amparo directo en revisión 992/2014 comienza con un cuadro bastante típico entre la población económicamente activa: personas buscando trabajo en los periódicos o las redes sociales donde los empleadores ponen requisitos de contratación basados en particularidades como sexo, edad, carrera profesional u oficio, disponibilidad de horario o de viajar, incluso características de altura, peso o de cualidades del carácter. Parece “normal”, legal, y que el empleador/a está en su derecho de pedir por lo que va a pagar a cambio. Error garrafal. Es un acto discriminatorio protegido por la Constitución y todo mundo está obligado a respetar ese derecho a la igualdad y no discriminación en las convocatorias de trabajo y en los empleos en general.

El periplo de nuestro caso comienza con unas personas físicas y morales inconformes por unas convocatorias de trabajo donde se estipulan límites de edad. Estas personas acuden a los tribunales civiles a presentar demanda por daño moral y solicitando una indemnización pecuniaria en atención a que se les está discriminando por su edad, contraviniendo el principio de igualdad y no discriminación, así como lo estipulado en el artículo 1 constitucional y las leyes federales aplicables, como la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, normatividades que también sancionan el hecho ilícito de discriminación laboral por edad. La parte demandada, una

empresa restaurantera, argumentó que gozaba del derecho de libre contratación amparado en el principio de autonomía de la voluntad.

El caso llegó hasta la última instancia posible, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vía el Amparo directo en Revisión 992/2014. En la primera y la segunda instancias, así como el amparo ante el Tribunal Colegiado los órganos jurisdiccionales le dieron la razón a la demandada. Inconformes, los quejosos presentaron un recurso de revisión contra el amparo directo desfavorable ante la SCJN.

Este recurso fue admitido por la Primera Sala de la Corte, amparando la Justicia de la Unión finalmente a los quejosos bajo el argumento de que ante la colisión de dos principios como el principio de igualdad y de no discriminación contra el principio de la autonomía de la voluntad y de libre contratación, prevalecía el primero a favor de los trabajadores, incluso desde fases antes que se diera la contratación.

Este caso fue resuelto con base en la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, lo cual es un paradigma nacido a mediados del siglo XX en Alemania con el caso Lüth, que rompe con el esquema de que los derechos fundamentales eran límites al poder público, siendo a partir de entonces exigibles horizontalmente, es decir, a los particulares.

Los derechos fundamentales poseen una función objetiva y una función subjetiva. La función subjetiva es la más conocida en nuestro sistema jurídico, contempla nuestros derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos. Por su parte, la función objetiva refiere que los derechos fundamentales son normas objetivas de principio y decisiones axiológicas que tienen valor en todo el sistema jurídico mexicano, siendo su fuente original la Constitución mexicana. Es en esta función objetiva donde surge el ámbito de validez de los principios como mandatos de optimización que son reconocidos por la Constitución, de los derechos

fundamentales y por ende, de su eficacia horizontal. Los derechos fundamentales no se limitan en su ámbito de acción con las autoridades sino que como valores supremos obligan a todo el sistema jurídico hasta las relaciones entre particulares, poniendo límites a la autonomía de la voluntad de la ciudadanía, -como sucedió en el caso que analizamos en este momento-, siendo también mandatos de actuación y deberes de protección del Estado mexicano.

Esta forma interpretativa del derecho en clave *Drittwirkung* (como se denomina en alemán a la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares) es muy saludable para la vigencia de los derechos fundamentales en nuestro país, para la corrección del derecho vía la interpretación jurisdiccional del Tribunal Constitucional mexicano y por ende, para la consolidación de la democracia.

Este asunto presenta un problema de colisión de dos principios como son el principio de igualdad y de no discriminación contra el principio de la autonomía de la voluntad y de libre contratación. Atendiendo a la argumentación de la Corte, prevalece el primero a favor de los/as trabajadores/as, aún antes de que se de la relación laboral.

La Constitución mexicana tiene un contenido material que no es otro más que los derechos fundamentales. Y tales derechos fundamentales no son otra cosa más que derecho humano constitucionalizado. Un derecho humano es derecho y persona. La persona humana es el centro de toda organización política y social, la persona vale por lo que es, es un fin en sí misma, es un valor absoluto.

El poder judicial crea derecho constitucional adscripto. Es también la función del derecho que Robert Alexy llama “corrección del derecho”.

En la teoría neoconstitucionalista podemos encontrar mucho fundamento teórico del criterio de la Corte que sustenta el caso que analizamos: los principios como

exigencia de justicia, de equidad o de otra dimensión de moralidad, ponderación de principios, razonabilidad, argumentación, la razón práctica, etc.

Los derechos fundamentales son hoy por hoy, la expresión racional del derecho. Todos los derechos humanos tienen un sentido que es alcanzar y promover el bien humano. Fundamentando los derechos humanos a partir de valores, se acota la banalización de los mismos.

La Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017 (ENADIS) arroja datos preocupantes sobre la discriminación por edad en nuestro país. En esta se evidenció que las personas mayores declaran los centros de trabajo como un ámbito de discriminación recurrente. Un 26% de la población entre 12 y 29 años manifiesta haber experimentado al menos una situación de discriminación en los últimos cinco años; un 17% de adultos mayores expresa lo mismo. Se demostró que existen prejuicios claros por la edad en la población mexicana tanto para los jóvenes como para los adultos mayores.

La resolución del Amparo Directo en Revisión 992/2014 fue correcta, justa y oportuna, ya que sienta las bases para un sistema de praxis de derechos humanos a todo el sistema jurídico mexicano. Dicha sentencia resalta por:

- a) sentar precedentes de justicia social y respeto a los derechos fundamentales en materia de discriminación laboral por edad;
- b) reconocer la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares;
- c) sentar precedentes en la técnica de ponderación de derechos y del juicio de razonabilidad;
- d) sentar precedentes en cuanto a las consecuencias jurídicas de los actos discriminatorios.

La sociedad mexicana requiere más sensibilización, formación, conocimiento de los derechos fundamentales y de la existencia un sistema jurídico mexicano regido por derechos fundamentales exigibles a autoridades y particulares.

I. REFLEXIÓN ACADÉMICA DEL TEMA DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES

La igualdad se constituye hoy en una condición general de validez de las leyes y en un derecho subjetivo público de las personas. La garantía de la igualdad es precisa para el Estado de derecho y las democracias.

Nogueira Alcalá, establece: “el derecho a la igualdad ante la ley y en la ley constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias. La discriminación es así la diferencia arbitraria, es la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable, como asimismo, es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado. El derecho a la igualdad tiene un núcleo duro que es toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva hecha en base al sexo, la raza, la creencias religiosas, las opiniones políticas, o otro criterios prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario. Tal diferenciación es sospechosa de inconstitucionalidad, debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad, el cual en última instancia, debe ser determinado por parte de la jurisdicción constitucional, o la corte internacional de derechos humanos competente, en su caso. En los demás casos, la diferenciación realizada por la ley en base a elementos objetivos es legítima, siempre que se acredite: a) La relevancia de la diferenciación. b) La acreditación de un objetivo o finalidad constitucionalmente legítima que fundamente o valide la diferenciación, dotándola de razonabilidad. c) La aplicación en su caso del principio de proporcionalidad, con sus subprincipios de idoneidad o adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. e) la prohibición de afectar el contenido esencial del derecho. d) El respeto del contenido esencial del derecho. Sobre dicha base puede concretarse luego el principio de protección, que está diseñado con el objeto de lograr, a través de acciones positivas, una igualdad

efectiva de oportunidades y la remoción de los obstáculos que se oponen a ella. La igualdad deja de ser así un principio puramente formal, debiendo considerar las situaciones concretas y reales en que se encuentra cada grupo social, buscando lograr una igualdad efectiva de oportunidades.¹”

Estas son los presupuestos doctrinarios generales sobre los que la igualdad y el principio de no discriminación operan en los sistemas jurídicos como el nuestro. Sin embargo, una perspectiva más cercana de la teoría de los derechos humanos nos va a permitir una exigibilidad horizontal (entre particulares) del los derechos humanos misma que ya existen precedentes en nuestro sistema jurisprudencial mexicano, así como la teoría de que el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación no constituyen precisamente una unidad.

Para continuar con nuestro análisis, exploraremos primero la naturaleza filosófico jurídica del problema que nos ocupa. Hay cuatro problemas de la filosofía del derecho, a saber:

1. Concepto del Derecho. Problema ontológico-jurídico. ¿Qué ser tiene el Derecho? Aquí podemos inscribir nuestro análisis del caso Amparo directo en revisión 992/2014 desde la perspectiva de la diferencia entre principios y normas: en este caso, de principio de igualdad, de principio de no discriminación laboral, de principio de autonomía de la voluntad, de principio de libertad de contratación.
2. Problema gnoseológico-jurídico. ¿Qué tipo de saber es el saber jurídico? ¿Qué característica tiene el jurista cuando sabe Derecho? ¿Qué tipo de saberes jurídicos sabe?
3. Problemas de la lógica del Derecho. ¿Cuáles estructuras que nos enseña la lógica el jurista puede identifica en el Derecho? Por ejemplo, concepto, juicio, razonamiento y sistema. En este caso hablamos de un sistema

¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, 2006, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, p. 828 y ss.

constitucional de protección de los derechos humanos, sistema de derechos fundamentales entre particulares, juicio de razonabilidad, juicio de ponderación, un sistema de corrección del derecho, etc.

4. Problemas axiológico-jurídicos. Hay criterios desde los cuales podemos reconocer si un derecho vale mucho, poco o nada. Es en esta categoría específicamente desde donde enmarcaremos el estudio del caso 922/2014 y la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en México para analizar a la luz de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) cuánto vale el derecho a la igualdad de una persona o cuánto vale la autonomía de la voluntad de una empresa.

Partimos de una antropología jurídica con la persona humana como centro del Estado de Derecho, y como dice Felipe Rotondo:

1. "... una persona humana cuyo régimen jurídico le reconoce derechos que son fundamentales porque provienen de la dignidad que le es inherente; de ahí que se le califique de *Estado de derechos*. La referida dignidad es un atributo que se relaciona con su propia condición y que vale con independencia de la dignidad moral de cada individuo de la especie.

2. Los derechos de las personas reciben diversas denominaciones (derechos humanos, fundamentales, etc.), pero lo que importa es que, con cualesquiera de ellas, "se aspira noblemente a realizar la dignidad y la autonomía de la persona humana, para insertarla decorosamente en el marco de convivencia social y del régimen político: hay derechos humanos porque el hombre, cada hombre y todo hombre, tiene una naturaleza en virtud de la cual hay exigencias que provienen del orbe del valor, a las que debe darse recepción en ese ámbito cultural de la vida humana, que es el mundo jurídico-político.

Tales derechos no son creados, pues, por la normativa, la cual sólo es un medio para expresarlos y garantizar su efectividad. Tienen una doble dimensión: una

subjetiva, según la cual constituyen una posición jurídica en relación a la alteridad, y una objetiva, al configurarse como normas de principio que explicitan un sistema de valores, válido para todas las esferas del derecho²”.

La organización política tiene razón de ser porque detrás esta la persona humana, su dignidad. Esa es la piedra angular del Estado. Pero cabe recordar, que el Estado Moderno es una redundancia, no ha existido siempre, y hoy en los tiempos posmodernos está en retroceso, de acuerdo a algunos criterios nada descabellados. Los conceptos de ciudadanía, demarcación territorial están laxos. Hay una superestructura que ya no es el Estado, pero éste sigue siendo un modo de cómo se gestiona el poder público.

Definiciones del Estado hay muchas, y pueden clasificarse como ontológicas, teleológicas, etc., pero ¿qué es lo definitorio de Estado para ver si históricamente se ha dado? Una realidad conformada por la unión de todos los individuos. Hay necesidades que no se predicen del individuo, hay exigencias que se predicen del grupo. Pero la persona humana sigue siendo la condición sine qua non del Estado.

Luego entonces, ¿qué es la persona? y ¿cuál es el fin de la persona? Estos conceptos determinan el concepto de Estado, Derecho, etc. Un Derecho al margen de la justicia no parece ser Derecho. Por eso afirmamos que la Constitución tiene un contenido material que no es otro más que los derechos humanos. El derecho fundamental no es otra cosa más que derecho humano constitucionalizado, un derecho humano es derecho y persona.

Los derechos humanos son bienes humanos debidos a la persona y cuyo goce o adquisición supondrá un grado de realización. En este caso que analizamos estos derechos humanos, estos bienes humanos debidos a la persona son el derecho a la igualdad, el derecho a la no discriminación laboral, el derecho a la autonomía de

² ROTONDO, Felipe. Derechos fundamentales y derecho administrativo. *Revista de Derecho Público*, Montevideo, núm. 47, Año 24, julio 2015, pp. 88.

la voluntad, el derecho a la libre contratación. Encontramos la teoría de Finnis de los bienes humanos básicos en su "Natural Law and Natural Rights"³: la vida, la amistad, el juego, el saber práctico, el conocimiento, la experiencia estética y la religiosidad.

El concepto de Persona para estos fines es: *realidad compleja que tiende a la perfección, con una dimensión material y otra espiritual*. Somos realidades individuales que nos sentimos distintas a las demás, tenemos una vocación esencial por la convivencia. La persona constituye una realidad compleja. Esa pluralidad de dimensiones es esa unidad totalitaria, no son compartimentos estancos. La persona vale por lo que es, es un fin en si misma, es un valor absoluto.

Con este marco teórico analizamos el amparo directo en revisión 992/2014, aclarando que para saber derecho constitucional es preciso saber jurisprudencia constitucional porque el Poder Judicial crea derecho constitucional adscripto. Rober Alexy sostiene: *“una norma adscripta vale (materialmente) y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta”*⁴.

El profesor Juan Cianciardo, en su libro "La interpretación en la era del neoconstitucionalismo"⁵, menciona la teoría de Sergio Cotta, donde habla del sujeto y el obrar y esta calidad frente a otros. Afirma *"el reconocimiento del otro abre la puerta a una solución razonable de la colisión de pretensiones, y hace de cada una de las pretensiones contrapuestas derechos que se complementan en armonía. Ese reconocimiento supone la admisión de una verdad objetiva en las*

³ Cfr. FINNIS, John. Natural Law and Natural Rights, 2ed., New York, Oxford University Press, p. 23.

⁴ Cfr. ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁵ Cfr. CIANCIARDO, J. (Coord.). La interpretación en la era del Neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinar. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

relaciones con otros, que parte de la inevitable consideración de la co-presencia de pretensiones subjetivas”.

Según Cotta, esta primera verdad significa el reconocimiento de que:

- a) El otro es igual al yo en la capacidad de pretender para sí, según la propia verdad.
- b) El otro es igual al yo en su capacidad de intentar la pretensión.
- c) El otro es igual al yo en su capacidad de intentar una verdad común.
- d) El otro es igual al yo en la capacidad de intentar la obligatoriedad de la regla fundada sobre la verdad común.

La verdad común no es otra que una solución razonable de las diferencias...la vía jurídica no es una alternativa indiferente para el sujeto, incluso más: es obligatoria, porque es la única que trata al otro como fin, y no como medio, porque sólo ella, en definitiva, respeta su dignidad. Negar la pretensión del otro, no tenerla en cuenta, significa, no respetarlo... La única alternativa humana, entonces, es la jurídica, que trata al otro y al propio sujeto como un fin, no meramente como un medio, y permite al individuo hacer de su pretensión un bien que le proporcione un aumento a su ser.

Por otro lado, las relaciones con otros solo son aparentemente conflictivas. A posteriori del conflicto de pretensiones, no habrá más que convergencia o complementariedad en la relación inicialmente divergente.

La vía jurídica parte del reconocimiento mutuo. Dicho reconocimiento no lo es sólo respecto del carácter digno del otro, sino que se extiende también al carácter intangible de algunos bienes, merecedores de un respeto absoluto. Estos bienes que surgen del reconocimiento constituyen, junto con otros que son creados mediante un acuerdo, el contenido de la alternativa jurídica.... Cada solución de una oposición de pretensiones supondrá, por tanto, además del reconocimiento de

la igual capacidad de pretensión del otro, ya aludido, la aceptación del carácter cognoscible o racional de determinados bienes y la capacidad de llegar a acuerdos necesarios respecto de todas las pretensiones restantes en las que haya oposición o colisión. En la dinámica de estos conflictos, por tanto, se reitera la secuencia circular mencionada antes (ser-obrar (hacer-tener) pretender-colisión-solución.) Frente a cualquier conflicto, la solución será verdaderamente tal si es razonable; a partir de ahí, cabe erigirla como norma de conducta conforme a la cual se arreglarán conflictos similares al resuelto.

Estas ideas propias de los neoconstitucionalistas⁶ que hablan de principios, ponderación de los principios, argumentación, la crisis del sistema jurídico, la razón práctica son temas con una versación iusfilosófica que adivinamos en el caso de análisis que nos ocupa relativo al Amparo directo en revisión 992/2014.

Para seguir en ésta tónica de reflexión académica del tema, traemos a Alexy y su concepto de Derecho, en particular el elemento de “corrección del derecho”, que puede corresponder a la actividad jurisdiccional del poder judicial mexicano de ir corrigiendo el derecho y actualizando el Estado social democrático y de derecho. Y luego seguimos con la diferencia entre principios y normas a través de las teorías de Robert Alexy y Ronald Dworkin, e, ineludible mencionarlo, como se vinculan con la moral.

El concepto de Derecho de Alexy está compuesto por tres elementos:

- 1) Legitimidad o creación sistémica autoritativa del derecho
- 2) El derecho para reconocerlo requiere que tenga eficacia, vigencia
- 3) Corrección del derecho: Alexy está de acuerdo con los elementos propuestos por juristas como Ross, Kelsen y Hart refiriéndose al sistema y la autoridad, pero añade un tercero, al señalar además de la misma eficacia del derecho, éste requiere cierta corrección.

⁶ Cfr. VIGO, Luis Rodolfo. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias. En <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3845/33.pdf>, consultado el 2 de septiembre de 2018.

Según Alexy, el derecho surge de actos de afirmación, vivir incluye hacer afirmaciones. Quien hace afirmaciones, para que pueda reconocerse que hace afirmaciones, incluye implícitamente la pretensión de corrección. Te puedes exponer a que alguien rechace lo que has afirmado. Eso me puede poner en un conflicto que puede dirimirse de diferentes maneras, por la fuerza o a través de un diálogo racional. El derecho viene a suplir las debilidades del diálogo racional. Tres debilidades del diálogo racional son: a) puedes durar mucho tiempo en ello; b) más allá de lo que hemos acordado a través del diálogo, no está garantizado que se haga lo que hemos acordado, por eso es necesario el derecho; c) hay diálogos racionales muy complicados. El derecho ha sido creado para suplir las debilidades del diálogo racional, y no se aparta de él. El jurista cuando afirma algo, lo afirma con pretensión de corrección, de que es lo que corresponde. Lo que corresponde es lo que exige la justicia y la moral. Aún el abogado afirma en una pretensión de corrección. Corrección es un sinónimo de moral. El tercer elemento en la corrección, significa que el derecho pretende ser un intento. El derecho tolera que se haya equivocado más o menos en ese derecho. La injusticia extrema, eso no es derecho.

Pone tres ejemplos de lo que no son derecho: una comunidad donde las normas se cambian en cada segundo. Donde no hay ninguna racionalidad, ahí no hay derecho. Tampoco cuando se instalan con pretensiones de ser derecho a los caprichos. Lo injusto se asocia a lo inmoral, a lo extremadamente irracional.

Primera tesis de Alexy: la moral limita al derecho. Cuando la autoridad hace algo muy gravemente inmoral no existe el derecho.

Segunda tesis de Alexy: conexión del derecho y la moral. Parte del objetivismo y cognitivismo. Dentro del derecho que está limitado por la moral, circula la moral. Significa que hay mejores y peores. Ninguna llega a ser asquerosamente inmoral, pero hay mejores y peores respuestas. Porque dentro del derecho no solamente hay reglas, sino hay principios. Mientras las reglas son mandatos definitivos,

mandan conductas definidas. Pero también hay principios que no definen conducta determinada. “los principios son mandatos de optimización”, porque los principios son muy pretenciosos, muy pedigüños, piden la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas en el caso. Dentro del derecho también está la moral porque los principios también son contenido moral y forma jurídica.

Tercera tesis de Alexy: el derecho encuentra un límite en la moral del destinatario cuando el cumplimiento del derecho le ocasiona un daño al destinatario y que de no obligarlo a cumplir, no tiene mayores consecuencias. Ejemplos: objeción de conciencia, testigo de Jehová y transfusión sanguínea, servicio militar y ser católico, etc.

Aquí han aparecido dos afirmaciones muy fuertes:

El límite moral del derecho y los principios. El hecho que haya principios en el derecho, supone que hay no respuestas jurídicas explícitas, hay respuestas jurídicas en potencia, que se tienen que proyectar, derivar, inferir para el caso. Y ¿quién la deriva? ¿Sólo el legislador? ¡No! ¡Todos la derivan! Estas afirmaciones ponen al derecho en conexión con la moral de manera muy fuerte. Los principios son derechos concentrados en potencia, que los juristas luego le sacan respuestas, incluso inéditas.

Ronald Dworkin sostiene que podríamos dar dos definiciones de principios de derecho:

- a) exigencia de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad. Los principios tienen contenido moral.
- b) Los principios coinciden con los DH los derechos individuales.

Primera tesis de Dworkin que permite reconocerlo como no positivista: los principios están en el derecho no porque han sido puestos por una autoridad, están

en el derecho per se, propio vigore, por su contenido, no por lo quedaría Hart, regla de reconocimiento. El principio que viene del derecho romano que no se puede obtener un beneficio de un ilícito cometido por mi, caso Palmer en NYC. Estos principios son inventados por estos jueces, puestos por su autoridad o son descubiertos? Estos principios están en el derecho, uno podría glosar, que esto pasa con los principios aun cuando son por primera vez descubiertos. Hay un intrínseca exigencia de justicia o equidad en los principios. Es un conocimiento que requiere de un oficio, de una razón, no es evidente, inmediato.

Segunda tesis de Dworkin: dentro del derecho está la moral. Por ende, aquí aparece superada y afirmada la tesis no positivista que hay conexiones necesarias entre derecho y moral.

Tercera tesis de Dworkin: claramente afirma Dworkin que su concepto del derecho es interpretativo. Significa que si yo quiero conocer el derecho, no lo puedo lograr solo describiéndolo, contemplándolo, yo sólo sé lo que es el derecho cuando lo opero. Ex. Yo no sé lo que es la pintura simplemente contemplándola, o no sé lo que es el fútbol mirando partidos por televisión. Esto luego se convertirá en razón práctica. El que opera está en condiciones de definir mejor el derecho, lo tiene más claro. Operar es aplicar el derecho como juez, abogado, docente, legislador, también opera el filósofo del derecho, etc. Cuando el filósofo del derecho critica una ley o sentencia, propone una reforma, eso también es operar el derecho. La distinción tajante entre creación y aplicación fue el Constituyente, el legislador crea y aplica; el juez crea (el deber que le impone a la parte) y aplica. Esto es kelseniano, a lo largo de la pirámide hay creación y aplicación, y Kelsen afirma “entre el legislador y el juez no hay diferencia cualitativa, solo cuantitativa”.

Toda teoría de los Derechos Humanos, necesita una base, un cimiento racional, para convencer. De lo contrario, no tenemos porqué aceptar los derechos humanos. Debemos estar convencidos de que los derechos fundamentales existen y que es una cosa valiosa que fortalece las libertades y la vida en sociedad

y por tanto no sólo son límites al poder públicos, sino deben hacerse efectivos ante los particulares.

Entre los estudiosos actuales del derecho, podemos encontrar cuatro modos de aproximarse al estudio de los derechos humanos⁷:

- Conceptual o teórico: busca saber qué cosa son los derechos humanos.
- Ético-normativa o ético-práctica: nos dicen cuáles deben ser los derechos humanos y por qué.
- Dogmática o jurídico-positiva: qué dicen los textos positivos de derechos humanos. Un estudio de ciencia jurídica.
- Sociológica o empírico-social: responde a la pregunta qué vigencia real tienen los derechos humanos.

Así, nos ayudan a comenzar a plantear el problema que nos ocupa: ¿Qué cosa es la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares? ¿Qué comprende la doctrina alemana de *Drittwirkung der Grundrechte*? ¿Dónde encuentra su justificación su aplicación en la jurisprudencia mexicana?

Según Robert Alexy, el fenómeno jurídico tiene una naturaleza dual: una dimensión factual, compuesta de hechos, instituciones; pero también es razón, ética y valoración (dimensión ideal o crítica). El derecho no depende solo de los hechos sociales, sino de qué es eso que el derecho debe ser⁸. Por su parte, John Finnis, define el derecho como el modo de mantener el dominio o gobierno de la razón, no reducir el derecho a hechos sociales sino también a su justificación racional. Aristóteles de Estagira, para muchos el primer filósofo del derecho, en su Libro quinto de la *Ética a Nicómaco*, “La Justicia”, capítulo VII, distingue entre dos

⁷ FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del fundamento de los Derechos Humanos. Anuario de los Derechos Humanos. Vol. 1. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1982, p. 76 y ss.

⁸ ALEXY, Robert. El concepto y la naturaleza del Derecho. Trad. Carlos Bernal Pulido. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 19 y ss.

tipos de fundamentos de la justicia: justo legal positivo, y lo justo *phisei*, justo natural, por sí mismo. Estas dos formas conviven.

A la luz de estos autores, podemos esbozar una clave de interpretación para los Derechos Humanos: los Derechos Humanos son en nuestros días son la expresión racional del derecho. El argumento crítico racional del derecho se expresa en los derechos humanos. Hablar de Derechos Humanos es el elemento racional, valorativo, ético que todo derecho tiene.

Para fundamentar los Derechos Humanos, y en concreto la teoría de la los derechos fundamentales entre particulares correctamente se precisan varios elementos.

- Un fundamento metafísico, aceptar la naturaleza humana tal como es: el hombre es un ser viviente, un ser inteligente, un ser social, un ser libre. Partir de una concepción antropológica es ineludible para justificar el contenido de los Derechos Humanos. Al hablar de “fundamento metafísico” nos referimos a la realidad intrínseca de las cosas, propio, en la realidad misma.
- Debe ser cognitivista en el sentido de aceptar la posibilidad de que existe un conocimiento de las realidades ético práctico jurídicas. Supone una referencia a la experiencia moral, la experiencia práctica humana.
- Debe estar directa o indirectamente basado en ciertos bienes humanos, que son los que dan razones para lograr. El hombre actúa buscando ciertos bienes. Definimos Bien humano como una completitud, una perfección de alguna de las dimensiones de la persona humana. Aquí nos remitimos a la obra de Tomás de Aquino.

- Debe tener lógica (sistémica): las consecuencias se deben seguir de las premisas.

Hoy estamos frente a un fenómeno de crisis de los Derechos Humanos, por tres causas:

1. La banalización de los Derechos Humanos, porque hay muchísimos y siguen creciendo día a día.
2. La utilización sectaria para causas políticas no siempre legítimas. Una utilización espuria. La línea está en la utilización para el bien común o para intereses particulares.
3. Las ideas posmodernas:
 - a. No es posible lograr una fundamentación fuerte de ninguna realidad contundente de ningún concepto o institución, ya sea Derechos Humanos, democracia, liberalismo económico, etc. Así lo predica el antifundacionalismo, hablada por Gian Vattimo.
 - b. Desparece el sentido de la realidad, el sujeto que daba el sentido también desaparece. Solo existen estructuras de lenguaje, de dominación. Lo que no existe es un sujeto⁹.

Por esta crisis es importante repensar los Derechos Humanos, como lo expone Janne Haaland Matlary¹⁰. Esta autora denuncia que hay una depredación de los Derechos Humanos por lo que hoy hay una inminente necesidad de reformular los Derechos Humanos con seriedad y validez.

Para evitar que la bandera de los Derechos Humanos sea utilizada para fines espurios, su fundamentación debe partir de los valores, los deberes, los derechos naturales. Todos los Derechos Humanos tienen un sentido que es alcanzar,

⁹ GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Ed. Trotta. Madrid, 2003. p. 44.

¹⁰ MATLARY, Janne Haaland. *Derechos Humanos Depredados. Hacia un dictadura del relativismo*. Ed. Cristiandad, Madrid, 2008, p. 231.

promover, facilitar EL Bien Humano¹¹. Este es el sentido de las instituciones, de la democracia, etc. Esto significa que una fundamentación seria, rigurosa de la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares la cual debe tener una explicación en clave principios y en clave del bien humano que es un concepto universal. El bien humano se realiza de múltiples maneras, el bien humano es múltiple. No hay uno único, ni tampoco uno preponderante.

John Finnis en su obra “Natural Law and Natural Rights¹²”, sostiene que al hablar del Bien Humano podrían hablar de ocho dimensiones básicas. Estos Bienes Humanos Básicos que tienen valor en sí mismo, son inteligibles:

- Vida, salud, integridad física.
- Conocimiento teórico y práctico.
- Experiencia estética: disfrute de la belleza.
- La socialidad y la amistad (la mas perfecta forma de socialidad).
- La razonabilidad práctica o vida ética: uso de la razón para dirigir la conducta.
- Vida familiar: forma de amistad que incluye la procreación. Amor procreativo.
- Religión: vinculación con la trascendencia.
- La excelencia en el trabajo y en el ocio: el hombre tiende a trabajar.

Esta lista ha sido ampliamente cuestionada por importantes autores, alargada y reducida. Pero afirma Finnis, que estos Bienes Humanos Básicos son indiscutibles porque nadie puede proponerse un plan de vida razonable sin incluir al menos alguno de estos bienes. La felicidad humana, vida lograda, requiere la realización de estos bienes.

¹¹ FINNIS, John. *Derecho Natural y Razonamiento Jurídico. Persona y Derecho*. Pamplona, núm. 33, trad. C. I. Massini Correas., 1995, p. 39.

¹² FINNIS, John. *ibidem*.

Ya hablamos supra cómo la teoría neoconstitucionalista aporta elementos para sustentar la teoría de los derechos fundamentales entre particulares, para hablar del paradigma extenso de la teoría de los derechos humanos, es preciso puntualizar que sólo a través del marco iusnaturalista contemporáneo podemos abordar debidamente nuestro tema y en concreto, hacer el estudio del caso de la sentencia de amparo directo en revisión 992/2014.

Para cerrar este capítulo de reflexión académica del tema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, damos una mirada al fenómeno de la discriminación en nuestro país, a través de la primera Encuesta Nacional de Discriminación 2017 (ENADIS).

Sabemos que para los valores constitucionales es indeseable cualquier situación que atente contra la dignidad humana, que vulnere el principio de igualdad de la ciudadanía y en particular contra la discriminación laboral por edad.

Los precedentes judiciales que se analizarán alrededor en el presente estudio del caso son sobre discriminación laboral por edad, discriminación y sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Los cuerpos normativos y la doctrina que estudiamos para este caso, versan también alrededor de éstos temas. ¿Pero cómo cuantificar, hacer más palpable al problema que nos enfrentamos?

Para ayudar a enmarcar la problemática de la discriminación por edad en nuestro país, recurrimos a la Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS). El pasado 6 de agosto del 2018 el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información (INEGI) hizo públicos los resultados de esta encuesta. Este ejercicio es muy importante porque permite reconocer la prevalencia de la discriminación y sus diversas manifestaciones. Es la primera vez que se hace esta ENADIS en México.

“La ENADIS capta actitudes, prejuicios y opiniones hacia distintos grupos de la población discriminados por motivos étnicos, etarios, de orientación sexual, entre otros. Identifica también las experiencias de discriminación en distintos ámbitos de la vida social, así como la discriminación y desigualdad que enfrentan la población indígena, con discapacidad, diversidad religiosa, niñas y niños, mujeres, personas mayores, adolescentes y jóvenes.

La encuesta se realizó en coordinación con el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) y en sociedad con la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT)¹³”.

Con respecto a la discriminación por edad, la ENADIS nos arroja los siguientes datos:

- Una de cada 5 personas de 18 años y más declaró haber sido discriminada en el último año.
- Tono de piel, manera de hablar, peso, estatura, forma de vestir o arreglo personal, clase social, creencias religiosas, sexo, edad y orientación sexual, motivos indagados.
- El 23.3% de la población de 18 años y más considera que en los últimos cinco años se le negó injustificadamente algún derecho.
- El 20.2% de la población de 18 años y más declaró haber sido discriminada en el último año por alguna característica o condición personal, tono de piel, manera de hablar, peso o estatura, forma de vestir o arreglo personal, clase social, lugar donde vive, creencias religiosas, sexo, edad y orientación sexual. ^[1] Los motivos que destacan son principalmente forma de vestir o arreglo personal, peso o estatura, creencias religiosas y la edad.
- Prejuicios. Las principales características por las que en general la población de 18 años y más no le rentaría un cuarto de su vivienda a

¹³ ENCUESTA NACIONAL DE DISCRIMINACIÓN 2017. INEGI/CONAPRED.
http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSociodemo/ENADIS2017_08.pdf consultado el 10 de septiembre 2018.

alguna persona, sería por: ser extranjera (39.1%), ser joven (38.6%), ser una persona trans (36.4%), tener VIH o SIDA (35.9%), o ser gay o lesbiana (32.3%).

- Prejuicios. Poco más del 60% de la población de 18 años y más está de acuerdo con que “la mayoría de las y los jóvenes son irresponsables”.
- La ENADIS captó que las personas mayores declaran “el trabajo” como un ámbito de discriminación recurrente, particularmente entre los adultos mayores.
- Un 26.3% de la población entre 12 y 29 años manifiesta haber experimentado al menos una situación de discriminación en los últimos cinco años. La población de 60 años y más, un 17%.
- Ante la pregunta: En su opinión, ¿cuánto se respetan en el país los derechos de...? El porcentaje de población de 18 años y más que opina que se respetan poco o nada responde:
 - Personas mayores 56.8%
 - Adolescentes y jóvenes 41.7%
- Porcentaje de la población, por grupo, que opina que en el país sus derechos se respetan poco o nada:
 - Personas mayores 44.9%
 - Adolescentes y jóvenes 36%
- La falta de oportunidades para encontrar trabajo (22.5%) está en la segunda de tres problemáticas principales declaradas para las personas mayores. Los jóvenes mencionan falta de empleo (14.5%) como su tercera problemática principal.

Estos datos nos permiten hacer visible una problemática de discriminación por edad que afecta a importantes grupos de la población. Esto vuelve más imperativo aún, el respeto de los derechos fundamentales tanto por las autoridades como por los particulares, a través de la actividad legislativa como a través del control de constitucionalidad que hace el poder judicial federal.

Porque como dice Hugo Ramírez y Sánchez Barroso: “el concepto ‘derechos humanos’ ofrece ventajas que más allá de ser semánticas son eminentemente prácticas, pues posibilitan una relación entre personas no condicionada por los ordenamientos legales. Es decir, todo lo relacionado a la protección, defensa y promoción de los derechos humanos no está limitado por texto jurídico alguno; por tanto, no son tareas que sólo competan a las autoridades estatales, sino también, y de modo muy especial, a la sociedad en su conjunto. La praxis de la dignidad de todo ser humano, y en esta medida el respeto y promoción de los derechos que en ella se fundamentan, a partir de la reforma constitucional ya no sólo es vertical o de subordinación (gobernante-gobernado), sino de horizontal o de corresponsabilidad (entre todo individuo).¹⁴”

Este principio de respeto de derechos humanos exigible de manera horizontal también se fortalece con la teoría dogmática de que el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación no constituyen precisamente una unidad. Tal como lo establece Martínez-Pujalte¹⁵: “la prohibición de discriminación tiene una significación propia y precisa, con ciertos rasgos que lo caracterizan y que lo diferencian del principio de igualdad de trato, como vamos a ver seguidamente. El primer rasgo distintivo entre uno y otro principio constitucional se refiere al ámbito personal sobre el que incide uno y otro, tanto en lo que se refiere a los sujetos pasivos como a los sujetos activos de la conducta desigual y discriminatoria.

Así mientras el principio constitucional de igualdad de trato, incluyendo su vertiente negativa de prohibición de desigualdad de trato, es un límite impuesto, en principio, a los poderes públicos, la prohibición de discriminación no tiene como destinatarios únicamente a éstos. La propia naturaleza de la conducta

¹⁴ RAMÍREZ, Hugo y SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio. “La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 27, julio-diciembre 2012.

¹⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen Cerdá. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación.” *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no 50, 2005, p. 215 y ss.

discriminatoria obliga a no limitar como sujetos activos de la misma al campo de lo público sino también incluir aquellos casos de discriminaciones privadas o sociales, donde los fenómenos discriminatorios son más intensos y peligrosos, de forma que el Estado no debe sólo de velar por impedir la discriminación en actos o normas propios de los poderes públicos sino también debe de adoptar medidas complementarias para evitar las conductas discriminatorias privadas.

En cuanto a los sujetos pasivos existen también diferencias, ya que en el caso del principio de igualdad de trato abarca todos los sujetos y los campos en los que pueda aparecer una diferencia de trato, incluyendo no sólo la desigualdad entre individuos sino también entre empresas, sociedades, productos, etc. Por el contrario, la prohibición de discriminación tiene un especial carácter personal, por lo que los sujetos pasivos de la discriminación podrán ser sólo seres humanos, individualmente o en grupos. Es evidente que también podrán serlo grupos organizados con personalidad jurídica, en cuanto sean los componentes de los mismos los que sufran la discriminación. Piénsese por ejemplo, en una iglesia, una asociación de inmigrantes, etc.

Una segunda distinción entre el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación se refiere al significado para uno y otro de la exigencia de paridad. La igualdad de trato no implica un mandato de parificación, ya que respeta la discrecionalidad de los poderes públicos: lo que prohíbe es la arbitrariedad. Es decir, la mera igualdad no veda las diferenciaciones mientras las mismas sean razonables o no arbitrarias. Sin embargo, la prohibición discriminatoria prohíbe todas las distinciones por las razones específicas vedadas, esto es, supone un mandato de parificación. Cuando se habla de igualdad entre sexos, o entre razas, realmente se entiende como una paridad o identidad de trato.

En tercer lugar, existe también un contraste en cuanto al elemento o criterio tomado en cuenta para determinar la existencia de una diferenciación de trato o una discriminación. La igualdad de trato se refiere a actos puntuales de

diferenciaciones formales de trato entre sujetos u objetos concretos cuya razonabilidad comparativamente se cuestiona. Las situaciones de desigualdad de trato son muy heterogéneas, como lo son las razones de la arbitrariedad que las impulsan, y la igualdad lo que impone es una comprobación de la arbitrariedad o no de los motivos utilizados para la diferenciación entre las relaciones concretas que se comparan. La prohibición de discriminación también parte de una diferenciación puntual entre sujetos, pero estas diferencias son elementos de un fenómeno discriminatorio más complejo, que siempre implica cierta sistematicidad y, por ello, para comprobar su existencia no se limita sólo a examinar el momento de realización de la diferenciación sino también el resultado, esto es, que dicha conducta origine una situación objetiva discriminatoria. Como consecuencia de ello, la prohibición de discriminación «alguna» se refiere no sólo a la discriminación *directa* sino también a la llamada discriminación *indirecta* o *disimulada*, en la que sobre la base de la elección de criterios de diferenciación aparentemente neutros se llega realmente a un resultado discriminatorio.

En último término, la distinción entre la igualdad de trato y la prohibición discriminatoria vendría por el carácter unilateral de ésta. Mientras que el principio de igualdad de trato va a tutelar indistintamente a cualquier sujeto al cual irrazonablemente o arbitrariamente se le haya otorgado un trato distinto con respecto a otro en una situación equiparable, la prohibición tiene objetivos claramente unilaterales en el sentido que va a tutelar sólo a determinados colectivos que están en situación de inferioridad respecto a otros, es decir, pone el énfasis en la existencia de un sexo discriminado frente a otro, de unas razas discriminadas frente a otras, etc. Y por ello este principio no sólo va a invalidar los actos discriminatorios, sino que asimismo exige remediar y suprimir esas situaciones fácticas discriminatorias, consistentes en desigualdades de hecho entre individuos y grupos sobre la base de uno de los criterios de discriminación prohibidos, mediante medidas que promuevan la integración y la igualdad de esos individuos con los demás.”

Sin duda, seguiremos teniendo conocimiento de cada vez más *Drittwirkung* en la SCJN en clave protección de derechos fundamentales. Cabe recordar que esta práctica es una de las maneras en que nuestro Tribunal Constitucional mexicano contribuye a la construcción del estado social y democrático de derecho mexicano.

La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundchte* se refiere a la polémica acerca de la eficacia de los derechos fundamentales de derecho privado, dice Francisco J. Campos Zamora. “Este tema surgido durante la segunda mitad del siglo XX pretende determinar si tales derechos vinculan a los particulares de la misma forma que lo hacen con los poderes públicos. Dicha afirmación podría parecer poco problemática, sin embargo, su surgimiento como derechos de defensa frente al Estado (*Abwehrrechte*) hace que su aceptación resulta, en principio, conflictiva y obliga a considerarlos también como deberes de protección (*Schutzpflichten*). El debate de enmarca dentro de la reflexión acerca de la influencia constitucional sobre el derecho privado y suscita una serie de interrogantes sobre el concepto de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, específicamente, en las sociedades contemporáneas. [] Desde el planteamiento inicial por parte de la jurisprudencia alemana de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, el reconocimiento de la irradiación de tales derechos a todo el ordenamiento jurídico se ha ido extendiendo hasta ser aceptada tanto por los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, como por distintas legislaciones nacionales, las cuales a través de distintos instrumentos brindan a sus ciudadanos tutela por acciones provenientes ya no sólo del Estado, sino de otros sujetos privados. El reconocimiento la eficacia de los derechos fundamentales es las relaciones de derecho privado es un reflejo de la voluntad de armonizar el ejercicio de tales derechos en las relaciones jurídicas. Negar lo anterior supone ignorar la evolución de la *Drittwirkung*, misma que se enmarca en una nueva forma de comprender los derechos fundamentales caracterizada por rechazar el maniqueísmo entre lo individual y lo colectivo que condujo a ver los derechos individuales como esferas de libertad frente al poder y que se tradujo en el sometimiento de los derechos a la ley. Si se pretende que los derechos

fundamentales sean la base de la convivencia es necesario reconocerles eficacia también en las relaciones entre particulares”¹⁶.

Por su parte, Anzures Gurría lo explica del siguiente modo: “Si se entiende que los derechos fundamentales son límites al poder, y hoy en día el poder (económico o social) se ostenta no sólo por el Estado, sino también por los particulares, resulta razonable expandir la eficacia de estos derechos a las relaciones privadas, según predica la teoría del *Drittwirkung*. La cual se divide en dos corrientes, la mediata y la inmediata; la primera sostiene que la forma en que los derechos fundamentales despliegan sus efectos en las relaciones privadas será mediante la intervención de un órgano del Estado, concibiendo a los derechos como valores objetivos; la segunda, entiende que los derechos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos y por ello no hace falta la intervención de ningún otro órgano estatal. Pero más que teórico, el problema es procesal y radica el hallar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ante su posible vulneración, en las relaciones particulares; problema que el Tribunal Constitucional español ha resuelto imputando la violación de los derechos fundamentales que tuvo origen en una relación privada, al Poder Judicial, pues éste tiene por mandato constitucional el deber de protegerlos”¹⁷.

¹⁶ CAMPOS ZAMORA, Francisco J., “La eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado sobre la doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte*”, en *Revista Judicial*, Costa Rica, Núm. 119, junio 2016, pp. 81 y ss.

¹⁷ ANZURES GURRÍA, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 22, enero-junio 2010, p. 3.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 992/2014.

2.1 .PARTE DESCRIPTIVA

2.1.1. *Hechos del caso.*

En agosto 2007, una empresa restaurantera publica en un periódico una convocatoria para ofrecer los puestos de recepcionista y analista contable para la Ciudad de México.

Los términos de la convocatoria que incluía los requisitos para el puesto de recepcionista eran:

- Escolaridad: preparatoria o carrera técnica
- Edad: 18 a 25 años
- Sexo: femenino
- Experiencia: 1 año en recepción o relaciones públicas
- Sueldo: \$5000 pesos mexicanos
- Con excelente presentación, estatura 1.60, talla 30, disponibilidad de horario, para trabajar en zona de Polanco.

Por su parte, la convocatoria para el puesto de analista contable, los requisitos eran:

- Escolaridad: técnico en contabilidad o lic. en contaduría pública, trunco, pasante o titulado
- Edad: 25 a 40 años
- Sexo: indistinto
- Experiencia: 1 año en contabilidad general
- Sueldo: \$5000 pesos mexicanos
- Disponibilidad de horario para trabajar en zona Centro.

Al mes siguiente, septiembre del mismo año, la empresa referida publicó una tercera convocatoria ofreciendo el puesto de promotor de eventos bajo los siguientes requisitos:

- “Buscamos una Joven alegre, vinculada a las Relaciones Públicas. Con buena presentación, que le guste el medio restaurantero. Edad de 18 a 35 años. Sexo Femenino. Vinculada a ventas, organización de banquetes. Puesto por temporada (Octubre-Enero).

La publicación de estas tres convocatorias dieron pie a la presentación de demandas por daño moral en contra de la empresa restaurantera, fundando su acción en que dichas convocatorias eran discriminatorias al contener distinciones basadas en la edad y que por tanto afectaba directamente en sus sentimientos y afectos.

Al mismo tiempo, dos asociaciones civiles presentaron también demandas de daño moral por la misma causa de las convocatorias para empleo mencionadas, afirmando que la publicación de tales convocatorias menoscababa su reputación, pues otras personas pensarían que adolecen de capacidad de cumplir su objeto social consistente en combatir la discriminación y que por ende, su objeto social sería imposible de realizar.

Dichas demandas fueron resueltas por un órgano jurisdiccional civil del Tribunal de Justicia del Distrito Federal, este afirmó en su sentencia que los actores no acreditaron su acción, en virtud de que, el objetivo de las convocatorias era fijar un parámetro de las características que buscaba en la contratación y dicho perfil no restringía a diversos candidatos que pudieran considerarse aptos para ocuparlo, es decir, no se trataba de un hecho prohibitivo.

Los actores promovieron recurso de apelación, argumentando que el derecho a la no discriminación goza de eficacia horizontal, por lo que la convocatoria debía ser analizada como una exclusión que afectaba su dignidad humana porque una distinción en razón de la edad en esas circunstancias no tenía lógica ninguna.

Los actores dejaron claro que aunque no acudieron a solicitar el empleo, ello no implicaba que la convocatoria no fuera discriminatoria, toda vez que ésta limitaba el libre acceso al empleo a un grupo vulnerable, lo cual en sí mismo actualizó el daño moral y vulneró diversas disposiciones de la Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación.

No obstante, el 18 de febrero de 2013, una Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, confirma la resolución combatida sosteniendo que cuando un anuncio se dirige a personas indeterminadas no puede considerarse que exista una discriminación en específico, por tanto, la discriminación no se materializó en razón de que los quejosos no respondieron a la convocatoria de empleo acreditando que cumplían con el resto de los requisitos de la convocatoria.

Inconformes con dicha resolución, los actores presentan demanda de amparo, bajo los siguientes conceptos de violación:

- a) Se viola el artículo 1 constitucional con una convocatoria que hace una exclusión laboral discriminatoria con base en la edad de las personas; dicha razón de edad no resulta acorde a los empleos mencionados en la convocatoria, ni tampoco el no haberlos solicitado implica que no se genere el hecho ilícito;
- b) Se pasa por alto la obligación de los Estados de erradicar cualquier tipo de discriminación, especialmente por cuestiones de edad;
- c) 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
- d) No era indispensable demostrar el cumplimiento de los requisitos de la convocatoria, dado que sólo con realizar la exclusión injustificada se vulnera el principio de no discriminación;

El 13 de febrero de 2014, un Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, dictó sentencia negando el amparo a los quejosos bajo los siguientes argumentos:

- a) El derecho a la no discriminación prohíbe cualquier distinción motivada por las razones que enuncia el artículo 1º constitucional, pero dicha distinción requiere atentar contra la dignidad humana. Para vulnerar el principio de igualdad se requiere que una distinción injustificada tenga como consecuencia la limitación o violación de un derecho fundamental;
- b) Así, la discriminación llevada al terreno del acceso a un empleo u ocupación, implica que habrá 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; por ello era necesario comparar la situación de la persona concreta con el conjunto de demás individuos que reúnen tales aptitudes, a efecto de establecer si existe relación de igualdad o desigualdad entre ellas;
- c) En consecuencia, los quejosos debieron demostrar que reunieron el resto de los requisitos exigidos en la convocatoria, a fin de probar que estaban en igualdad de circunstancias, y por tanto, el acto discriminatorio hubiera generado un daño moral.
- d) Entonces, no se probó el acto discriminatorio alegado, por lo cual no pudo configurarse el daño moral. Así, la sola publicación del anuncio no podría traducirse en una restricción a personas que ni siquiera formularon una solicitud de empleo.

Inconformes con la sentencia anterior, los quejosos interpusieron recurso de revisión, haciendo valer los siguientes agravios:

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

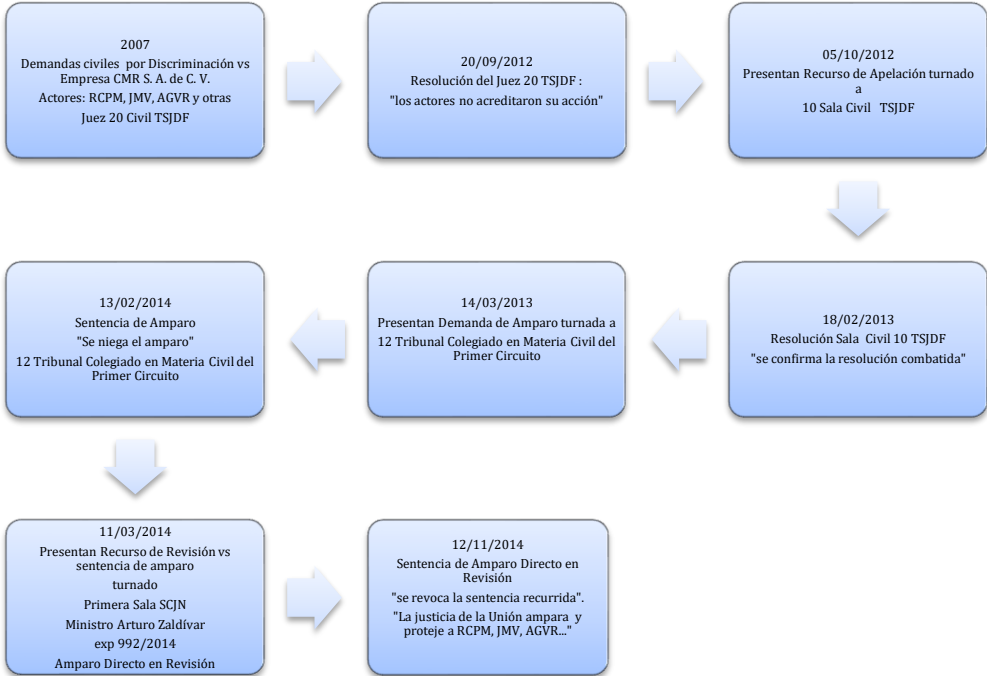
2. El derecho de libre contratación tiene ciertos límites, consistentes en los derechos fundamentales de las otras personas, como era en este caso, el derecho a la no discriminación; asimismo, la no discriminación no se dirige exclusivamente a las autoridades, sino a todos los individuos, ya que la Constitución establece una prohibición absoluta en contra de la no discriminación;
3. Debido a lo anterior, resultaba claro que los recurrentes sufrían una afectación directa en sus derechos, toda vez que las convocatorias excluían y restringían al acceso al empleo en igualdad de oportunidades, situación que se traduce en la generación de un grupo en situación vulnerable;
4. Finalmente, el Tribunal Colegiado pretendió que los recurrentes compitieran por los empleos y demostraran haber cumplido con el resto de los requisitos, circunstancia que resultaba contraria a la dignidad, pues era obvio que no obtendrían los mismos en razón de la clara exclusión realizada en virtud de la edad, ya que ello hubiese implicado rogar o denigrarse por un empleador que realiza prácticas discriminatorias.

Por ello, el 19 de marzo del 2014, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) admite a trámite el recurso de revisión y lo registra con el número de expediente 992/2014, turnándolo a la Primera Sala por tratarse de un asunto de su especialidad.

La Sala lo turna al Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para la formulación del proyecto de resolución respectivo, presentándole para su análisis en sesión celebrada el 12 de noviembre de 2014 proponiendo revocar la sentencia recurrida, conceder el amparo solicitado y devolver los autos al tribunal colegiado de origen, para dejar sin efectos la sentencia combatida y que dicte una nueva.

Resultando fundados los agravios formulados por los recurrentes, la Primera Sala de la SCJN revocó la sentencia combatida por mayoría de 4 votos de los Ministros de la Primera Sala: José Ramón Cossío, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (ponente) y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en contra del emitido por el señor Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

2.1.2. Itinerario procesal



Primera instancia

A finales del año 2007, varias demandas civiles por discriminación fueron interpuestas por tres personas físicas (RCPM, JVM, AGVR) y dos personas morales (Asociación por la No Discriminación Laboral por la Edad o Género – ANDLEG- y el Centro contra la Discriminación) vs Empresa CMR S. A. de C. V con motivo de convocatorias de empleo publicadas en el Periódico Reforma, donde entre otros requisitos, se determinaba un rango de edad para los

aspirantes. En sus demandas los actores argüían que tales convocatorias les discriminaban por causas prohibidas por la Constitución; dichas demandas fueron turnadas al Juez Vigésimo Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (TSJDF).

El 20 de septiembre del 2012, se dicta sentencia a favor de la empresa demandada, aduciendo que “los actores no acreditaron su acción”.

Segunda instancia

A fin de inconformarse con la sentencia, el 5 de octubre del 2012, los actores presentan recurso de apelación, mismo que fue turnado a la Décima Sala Civil del TSJDF. Dicho órgano jurisdiccional emite resolución el 18 de febrero del 2013, confirmando la resolución combatida.

Juicio de Amparo

El 14 de marzo de 2013, la parte actora, inconforme con la resolución del tribunal de apelación, presenta demanda de amparo, mismo que es turnado ante el Duodécimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (Tribunal Colegiado), mismo que con fecha 13 de febrero de 2014 no otorga el amparo.

Recurso de Revisión

Los demandantes presentan recurso de revisión contra la sentencia del juicio de amparo que no les favorece, mismo que al cumplir los requisitos legales resulta procedente su admisión ya que la resolución del *a quo* realiza una interpretación directa de las normas constitucionales, particularmente, del artículo 1º constitucional. Por ello, el 19 de marzo del 2014, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) admite a trámite el recurso de revisión y lo registra con el número de expediente 992/2014, turnándolo al Ministro Arturo

Zaldívar Lelo de Larrea y radicándolo a la Sala de su adscripción para la formulación del proyecto de resolución respectivo, presentándole para su análisis en sesión celebrada el 12 de noviembre de 2014 proponiendo revocar la sentencia recurrida, conceder el amparo solicitado y devolver los autos al tribunal colegiado de origen, para dejar sin efectos la sentencia combatida y que dicte una nueva.

Resultando fundados los agravios formulados por los recurrentes, la Primera Sala de la SCJN revocó la sentencia combatida por mayoría de 4 votos de los Ministros de la Primera Sala: José Ramón Cossío, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (ponente) y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en contra del emitido por el señor Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

2.1.3. Pretensiones de las partes

La parte actora –tanto las personas físicas como las asociaciones civiles– pretenden en un principio, a través de su demanda inicial, que por la vía ordinaria civil se determine un daño moral contra su persona por motivo de discriminación laboral por edad y en consecuencia haya una indemnización. A lo largo de todas las instancias y ante todos los órganos jurisdiccionales, la parte actora va reclamando su derecho a la igualdad, su derecho a la no discriminación en el empleo, su derecho a la aplicación de la eficacia horizontal de sus derechos fundamentales.

La demandada por su parte, aduce que la Constitución protege la autonomía de la voluntad de los gobernados y la libertad de contratación, y que tales requisitos de edad son en concordancia a la naturaleza de la actividad que se realiza en el empleo y a las condiciones de trabajo y que es facultad de patrón la selección del personal.

2.1.4. Principales problemas jurídicos

Hay una necesidad de solución donde dos principios fundamentales o dos bienes constitucionales parecen oponerse, a saber: el principio de igualdad y el principio de no discriminación contra el principio de autonomía de la voluntad y el principio de libertad de contratación. Así lo considera también la SCJN afirmando que “el principio de libertad de contratación se ve enfrentado al principio de igualdad en el ámbito del empleo”¹⁸

Otra cuestión jurídica que puede resultar problemática es la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, aunque ya la SCJN se ha pronunciado al respecto de que determinadas normas de derechos fundamentales son susceptibles de regir el actuar entre los particulares.

También se pone de manifiesto cuáles pueden ser las consecuencias de los actos discriminatorios y los efectos de la sentencia.

Por último, cabe traer a colación una problemática que encontramos en un texto de Santiago Núñez: la aplicación de una norma constitucional al caso concreto, cuando no parece existir una norma secundaria que adecuadamente garantice el derecho sustantivo. Santiago Núñez, considera que la sentencia debe estar fundamentada en normas que prohíben la discriminación laboral, concretamente que “la Corte se hubiera constreñido a interpretar el caso de acuerdo a la prohibición de discriminar contenido en la Ley Federal del Trabajo y en la Ley Federal para prevenir y erradicar la Discriminación, las consecuencias jurídicas hubieran estado supeditadas a las consecuencias jurídicas señaladas en las leyes respectivas. Construir argumentos para sostener la existencia de un derecho humano de libre contratación fue ir demasiado lejos de forma innecesaria, pues en México se cuenta con restricciones legales a la libertad contractual que son parte

¹⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 992/2014, foja 31.

fundamental de los derechos sociales”¹⁹. Ya veremos más adelante que el juez, de manera subsidiaria puede resolver los conflictos de los derechos fundamentales que se den entre particulares, al modo del caso Lüth-Urteil y sobre todo, como una perspectiva positivista de resolución del problema arroja otros resultados distintos de una perspectiva en clave derechos fundamentales.

2.1.5. Reseña de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Los demandantes presentan recurso de revisión contra la sentencia del juicio de amparo que no les favorece, mismo que al cumplir los requisitos legales resulta procedente su admisión ya que la resolución del *a quo* realiza una interpretación directa de las normas constitucionales, particularmente, del artículo 1º constitucional. Por ello, el 19 de marzo del 2014, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) admite a trámite el recurso de revisión y lo registra con el número de expediente 992/2014, turnándolo al Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y radicándolo a la Sala de su adscripción para la formulación del proyecto de resolución respectivo, presentándole para su análisis en sesión celebrada el 12 de noviembre de 2014 proponiendo revocar la sentencia recurrida, conceder el amparo solicitado y devolver los autos al tribunal colegiado de origen, para dejar sin efectos la sentencia combatida y que dicte una nueva.

Resultando fundados los agravios formulados por los recurrentes, la Primera Sala de la SCJN revocó la sentencia combatida por mayoría de 4 votos de los Ministros de la Primera Sala: José Ramón Cossío, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (ponente) y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en contra del emitido por el señor Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

¹⁹ SANTIAGO JUÁREZ, Mario. “Comentario a la sentencia recaída al amparo directo en revisión 992/2014 de la Suprema Corte de México. No discriminación en las convocatorias de empleo”, en *Estudios Constitucionales*, Talca, año 14, núm. 1, 2016, p. 335.

MOTIVOS EN QUE FUNDA SCJN RESOLUCIÓN AMPARO EN REVISIÓN 992/2014		
I. DISCRIMINACIÓN POR EDAD: NATURALEZA, ALCANCES Y MODO EN QUE SE ACTUALIZA	II. ANÁLISIS DE LAS CONVOCATORIAS A LA LUZ DE LOS LINEAMIENTOS DE DISCRIMINACIÓN POR EDAD	III. CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS DISCRIMINATORIOS Y EFECTOS DE LA SENTENCIA
<p>a) Vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de la autonomía de la voluntad:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Existen normas de derechos fundamentales susceptibles de regir el actuar de los particulares. - Este caso en un enfrentamiento de derechos fundamentales: el principio de igualdad y no discriminación vs. la autonomía de la voluntad. - Las leyes laborales mexicanas y los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano también reconocen la plena eficacia de los derechos fundamentales del trabajador. <p>b) La edad como factor de discriminación en el mercado de trabajo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Desde 2001, que se establece en la Constitución la cláusula de no discriminación se contempla la edad como un factor de discriminación. - 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 de una misma edad. - La discriminación se apoya en estereotipos asociados a la edad. - El prejuicio en torno a la edad del trabajador está relacionado con una concepción de rentabilidad económica. <p>b) El juicio de razonabilidad en los casos de discriminación por edad:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Concepto de discriminación por edad: es el trato diferencial hecho a una persona sin considerar de antemano sus capacidades y aptitudes. En materia laboral se discrimina por edad a jóvenes y adultos. - Cuando hay categorías profesionales o puestos de trabajo con denominación en masculino o femenino y/o exaltan un ideal de juventud en detrimento de la madurez, se considera que se relaciona con una asignación tradicional de roles y no con características profesionales. - Las conductas discriminatorias pueden abarcar diferentes fases del trabajo, incluida la fase previa a la contratación. Contrario a lo dicho por el Colegiado, no resulta relevante si el quejoso solicitó o no el puesto de trabajo, ya que el acto discriminatorio se dio independientemente haya relación laboral o no. 	<p>a) Puesto de recepcionista</p> <ul style="list-style-type: none"> - No se advierte razonabilidad en que exista un margen de edad para desempeñar un puesto de recepcionista en el ámbito restaurantero, dado que personas mayores de 25 años si pueden encargarse de la recepción de un restaurante. - Por tanto, se determinó que el requisito de 18 a 25 años no respondía como tal a una exigencia en torno a las funciones por desempeñarse, sino que dicho requisito correspondía al contexto general de la convocatoria: buscar una determinada imagen corporativa. - No se advierte razonabilidad en los requisitos de la convocatoria, por tanto esta se considera injustificada y por ende, discriminatoria, contraviniendo al artículo 1 constitucional. <p>b) Puesto de promotor de eventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Al igual de en el caso anterior, no se advierte razonabilidad en la edad solicitada para desempeñar el puesto de promotor de eventos. - En consecuencia a partir del análisis de ambas convocatorias, del contexto que fueron emitidas, del objeto social de la empresa demandada, los puestos solicitados y las funciones, la Primera Sala consideró que existía discriminación de trato injustificada, ya que el requisito de edad no constituía un aspecto esencial y determinante acorde a las labores a realizarse, esto es, tal previsión adolecía de razonabilidad. - La imagen corporativa y la productividad no constituyen finalidades legítimas para la limitación al derecho de no discriminación en razón de edad. - La empresa demandada utilizaba la edad como un factor arbitrario que actualizaba la prohibición constitucional a no discriminar. - Por tanto, las convocatorias emitidas fueron discriminatorias, cuestión que acorde al entramado constitucional, convencional y legal mexicano, implica una violación a los derechos fundamentales cuya protección constituye la labor del a SCJN. 	<p>Se advierten cuatro tipos de consecuencias que puede acarrear la discriminación, aunque no necesariamente podían actualizarse, dado que el asunto procede de un juicio ordinario civil de indemnización por daño moral. La Primera Sala encuentra preciso emitir un marco jurídico que precise las diversas consecuencias que puede acarrear una acto discriminatorio. Dichas consecuencias son:</p> <p>a) Declaración de nulidad del acto discriminatorio:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Porque el acto discriminatorio no puede generar los efectos jurídicos que hubiese producido en caso de haberse respetado los principios de igualdad y no discriminación, dado que viola la Constitución. Y la Primera Sala resalta, que en este caso, no se traduce necesariamente en una obligación de contratación, no puede afectar derechos adquiridos de terceros involucrados y que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad del acto discriminatorio se encuentran determinados por el momento en que se lleve a cabo la impugnación correspondiente. <p>b) Indemnización de los daños causados:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La indemnización constituye la consecuencia tradicional en contra de actos que han generado un daño. - Se advierte que el derecho de no discriminación no puede generar escenarios que permitan el litigio desmedido con la única finalidad de obtener indemnizaciones monetarias dado que desnaturalizaría la búsqueda de empleos y la labor de los tribunales. <p>c) Imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio</p> <ul style="list-style-type: none"> - Las medidas reparatorias disuasorias busca lograr una igualdad efectiva de oportunidades, misma que requiere el establecimiento de medidas apropiadas, esto es, que desincentive la implementación de ese tipo de actos en un futuro. <p>d) Establecimiento de sanciones penales</p> <ul style="list-style-type: none"> - Existe la posibilidad de que las conductas discriminatorias estén tipificadas como delito y que haya en consecuencia, sanciones penales.

2.1.6. Motivos en los que se funda el tribunal para su resolución

A fin de fundar su resolución, la Primera Sala de la SCJN dividió por temas su resolución. A saber:

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
 - b. La edad como factor de discriminación en el mercado de trabajo
 - c. El juicio de razonabilidad en los casos de discriminación por edad
2. Análisis de las convocatorias a la luz de los lineamientos de la discriminación por edad
 - i. Puesto de recepcionista
 - ii. Puesto de promotor de eventos
3. Consecuencias de los actos discriminatorios y efectos de las sentencias
 - i. Nulidad del acto
 - ii. Indemnización de los daños causados
 - iii. Imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio
 - iv. Establecimiento de sanciones penales

2.1.6.1. 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 sentencia comienza su análisis señalando que no es la primera ocasión que la Primera Sala se enfrenta a una posible violación de derechos fundamentales entre particulares y “que la formulación clásica de los derechos fundamentales dirigidos únicamente frente al poder público resulta insuficiente para dar respuesta a las violaciones de dichos derechos por parte de los actos de particulares”²⁰. Afirma la

²⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 992/2014, foja 18 y 19.

sentencia que es innegable que las relaciones de desigualdad de las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil²¹”.

La Primera Sala afirma en la resolución que nos ocupa que: “una de las aristas más complejas de esta cuestión: [es] la posible colisión entre un derecho fundamental –en el caso que nos ocupa el principio de igualdad y no discriminación- y uno de los principios nucleares de cualquier sistema jurídico: la autonomía de la voluntad²²”. El principio de libertad de contratación se opone al principio de igualdad en el ámbito del empleo.

En consecuencia, afirma la SCJN en nuestra resolución que este caso exige de los órganos judiciales un juicio de ponderación y razonabilidad a fin de esclarecer qué peso específico tiene cada principio en el caso concreto.

Se destaca particularmente una regla que puede resultar muy útil y que la Primera Sala menciona en la resolución que analizamos: “cuánto más cercana es una relación interpersonal, más limitada debe ser la interferencia en la autonomía individual. Por el contrario, cuánto más nos alejamos de esa esfera íntima de proximidad, mayor alcance tendrá el principio de igualdad²³”.

Esto es particularmente importante porque por que enmarca los tres factores, que a consideración de la Primera Sala, tienen utilidad para hacer la medición de la incidencia de los derechos fundamentales, especialmente, la prohibición de no discriminación en el ámbito jurídico-privado, cuando se opone al principio de la autonomía de la voluntad, a saber: a) la presencia de una relación asimétrica, cuanto menor será la libertad de la parte débil de la relación, mayor es la necesidad de protección; b) la repercusión social de la discriminación, es decir, la

²¹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 992/2014, foja 19.

²² SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 992/2014, foja 20.

²³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 992/2014, foja 23.

existencia de un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico; y c) valorar la posible afectación al núcleo esencial de la dignidad de la persona discriminada.

Por tanto, dice la Sala; “no se trata solo de declarar en abstracto que un derecho es eficaz entre particulares, sino más, bien, determinar la medida o intensidad de esa eficacia”²⁴. Por lo que la Sala sostiene que en este caso encontró indispensable determinar la proyección de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa y el rol que desempeña la libertad de contratación, y específicamente, el ámbito de atribuciones que tiene el patrón o empresario para determinar las condiciones de trabajo.

Nuestra resolución hace la importante mención de una Ley Federal de Trabajo vigente que se ha orientado a reconocer expresamente la eficacia de los derechos fundamentales de trabajador en el ámbito de las relaciones laborales. Mencionando los artículos 2, 3, 56 y 133 de dicha Ley como normas claves, mismas que se encuentran en consonancia con el Convenio Internacional del Trabajo 111, suscrito por el Estado mexicano relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación;

b. La edad como factor de discriminación en el mercado de trabajo

La Sala establece que la discriminación hace mucho uso de estereotipos o estigmas asociados a la edad: si eres joven, entonces eres inexperto, poco diestro o con falta de pericia; si eres mayor, eres menos productivo, no sabes adaptarte a los cambios o hay menos capacidad de flexibilidad o reacción.

Desde 2001, que se establece en la Constitución la cláusula de no discriminación se contempla la edad como un factor de discriminación.

²⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 992/2014, foja 25.

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 de una misma edad.

La discriminación se apoya en estereotipos asociados a la edad: jóvenes inexpertos, mayores menos productivos, dificultad de adaptación a los cambios, a flexibilidad de decisiones o a buena capacidad de reacción. El prejuicio en torno a la edad del trabajador está relacionado con una concepción de rentabilidad económica.

c. El juicio de razonabilidad en los casos de discriminación por edad

Concepto de ***discriminación por edad***: es el trato diferencial hecho a una persona sin considerar de antemano sus capacidades y aptitudes. En materia laboral se discrimina por edad a jóvenes y adultos.

Hay casos donde se justifica diferencias de trato en cuanto a la edad, por ejemplo, de acuerdo a la naturaleza de la actividad profesional o al contexto en que se lleve a cabo, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Otros elementos que permiten determinar si una oferta de trabajo es discriminatoria por razón de edad son la nomenclatura de los puestos, asignación de funciones y la definición del salario para trabajos de igual valor y nivel de responsabilidad.

Cuando hay categorías profesionales o puestos de trabajo con denominación en masculino o femenino, y más concretamente que exaltan un ideal de juventud en detrimento de la madurez, se considera que se relaciona con una asignación tradicional de roles y no con características profesionales.

Las conductas discriminatorias pueden abarcar diferentes fases del trabajo. La fase primera, previa a la contratación también está sujeta a control –autoridades que garantizan la eficacia de los derechos fundamentales- a pesar de que la relación laboral no se haya materializado.

Por lo tanto, contrario a lo establecido por el Tribunal Colegiado, no resulta relevante si el quejoso solicitó o no el puesto de trabajo, ya que el acto discriminatorio se dio independientemente haya relación laboral o no.

2.1.6.2. Análisis de las convocatorias a la luz de los lineamientos de la discriminación por edad

c) Puesto de recepcionista

No se advierte razonabilidad en que exista un margen de edad para desempeñar un puesto de recepcionista en el ámbito restaurantero, dado que personas mayores de 25 años si pueden encargarse de la recepción de un restaurante.

Por tanto, se determinó que el requisito de 18 a 25 años no respondía como tal a una exigencia en torno a las funciones por desempeñarse, sino que dicho requisito correspondía al contexto general de la convocatoria: buscar una determinada imagen corporativa. Y como la discriminación por edad está prohibida por la Constitución, esta debe encontrar un vínculo justificable con las funciones a realizarse, de lo contrario, tal exigencia es ajena a la razonabilidad mencionada.

Y dado que no se advierte razonabilidad en los requisitos de la convocatoria, por tanto esta se considera injustificada y por ende, discriminatoria, contraviniendo lo que establece el artículo 1 constitucional.

d) ***Puesto de promotor de eventos:***

Al igual de en el caso anterior, no se advierte razonabilidad en la edad solicitada para desempeñar el puesto de promotor de eventos.

En consecuencia a partir del análisis de ambas convocatorias, del contexto que fueron emitidas, del objeto social de la empresa demandada, los puestos solicitados y las funciones, la Primera Sala consideró que existía discriminación de trato injustificada, ya que el requisito de edad no constituía un aspecto esencial y determinante acorde a las labores a realizarse, esto es, tal previsión adolecía de razonabilidad. La imagen corporativa y la productividad no constituyen finalidades legítimas para la limitación al derecho de no discriminación en razón de edad. La empresa demandada utilizaba la edad como un factor arbitrario que actualizaba la prohibición constitucional a no discriminar.

Por tanto, las convocatorias emitidas fueron discriminatorias, cuestión que acorde al entramado constitucional, convencional y legal mexicano, implica una violación a los derechos fundamentales cuya protección constituye la labor del a SCJN.

2.1.6.3. Consecuencias de los actos discriminatorios y efectos de la sentencia

Se advierten cuatro tipos de consecuencias que puede acarrear la discriminación, aunque se advierte que no necesariamente podían actualizarse, dado que el asunto procede de un juicio ordinario civil de indemnización por daño moral. La Primera Sala encuentra preciso emitir un marco jurídico que precise las diversas consecuencias que puede acarrear una acto discriminatorio. Dichas consecuencias son:

a) Declaración de nulidad del acto discriminatorio:

Porque el acto discriminatorio no puede generar los efectos jurídicos que hubiese producido en caso de haberse respetado los principios de igualdad y no discriminación, dado que viola la Constitución. Y la Primera Sala resalta, que en este caso, no se traduce necesariamente en una obligación de contratación, no puede afectar derechos adquiridos de terceros involucrados y que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad del acto discriminatorio se encuentran determinados por el momento en que se lleve a cabo la impugnación correspondiente.

b) Indemnización de los daños causados:

La indemnización constituye la consecuencia tradicional en contra de actos que han generado un daño.

Se advierte que el derecho de no discriminación no puede generar escenarios que permitan el litigio desmedido con la única finalidad de obtener indemnizaciones monetarias dado que desnaturalizaría la búsqueda de empleos y la labor de los tribunales.

c) Imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio

Las medidas reparatorias disuasorias busca lograr una igualdad efectiva de oportunidades, misma que requiere el establecimiento de medidas apropiadas, esto es, que desincentive la implementación de ese tipo de actos en un futuro.

d) Establecimiento de sanciones penales

Existe la posibilidad de que las conductas discriminatorias estén tipificadas como delito y que haya en consecuencia, sanciones penales.

2.2. ANÁLISIS CRÍTICO

2.2.1. Contexto jurídico del caso

Del estudio del caso que nos ocupa, los siguientes aspectos enmarcan su respectivo contexto jurídico:

- Una sociedad mexicana más familiarizada con la exigencia de los derechos humanos, autoridades obligadas a ser garantistas y ciudadanos/as atentos/as a la tutela efectiva de sus derechos.
- Sociedad civil organizada en la defensa de los derechos humanos de la población mexicana.
- Una SCJN que decide entrar a estudiar y sentar precedentes en materia de discriminación en acceso al empleo por edad, insistiendo en la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y juicio de razonabilidad en materia de derecho a la igualdad y prohibición de discriminar.

2.2.2. Relevancia de la sentencia

La sentencia resultado del amparo directo en revisión 993/2014 de la SCJN es relevante por varias razones, entre ellas:

- Es una de las escasas resoluciones en la SCJN a través de la cual encuentra ocasión de analizar asuntos relativos a la discriminación en acceso al empleo por edad;
- Es un caso donde se resuelve a través del paradigma de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares;
- La Corte establece que aunque no haya relación laboral antes de la contratación, de cualquier manera el/la trabajador/a goza de las garantías inherentes a sus derechos fundamentales.

- Es pertinente este caso para revisar los criterios de la SCJN relativos a la técnica judicial de ponderación de derechos, el juicio de razonabilidad en materia de derecho a la igualdad y la prohibición de discriminar;
- La Corte hace un diseño institucional en abanico de posibilidades jurídicas consecuencia de los actos discriminatorios.

2.2.3. Análisis de la resolución del problema jurídico

- Fortalezas y debilidades del fallo.

La principal fortaleza es que la SCJN decidió circunscribir su fallo en clave derechos fundamentales. La Corte reconoció este vacío jurídico que existía en materia de derecho a la igualdad y prohibición de discriminar en nuestro sistema normativo mexicano y tomó la responsabilidad de darle contenido en congruencia con el Estado social democrático de derecho que aspira a ser el Estado mexicano.

El entramado jurídico que construyó la sentencia como respuesta al contexto planteado fue oportuno y respondió a los principios constitucionales a los que aspiramos: un Estado que defiende los derechos fundamentales de los gobernados/as, y para eso va cubriendo con un gran paraguas aspectos como *los particulares pueden ser obligados por el Estado a reconocer derechos fundamentales*, el empleador/a o aspirante a empleador/a tiene la obligación a respetar los derechos humanos del trabajador/a o aspirante a trabajador/a, la presencia de una relación laboral asimétrica o la repercusión social de la discriminación, entre otras.

Como consecuencia de solucionar el caso en clave eficacia de los derechos fundamentales de los particulares, la SCJN deja de lado hacer uso de un andamiaje normativo ya existente en el sistema jurídico mexicano en materia de discriminación que encontramos en la Ley Federal del Trabajo, en la Ley Federal para prevenir y erradicar la Discriminación, en incluso, en el Código Penal del

Distrito Federal que contiene en su catálogo de tipos penales el delito de discriminación.

Otras de las debilidades del fallo es que la SCJN avisa que aplicará la técnica de ponderación de derechos, misma que termina no aplicando, suscribiéndose solo a la aplicación del juicio de razonabilidad.

Desde el análisis que hacemos sí existió congruencia entre los hechos y la solución que adoptó la SCJN. El estudio que hizo de los antecedentes del caso y la argumentación jurídica que hace a lo largo de toda la resolución le permite llevar el caso hasta el punto de concluir que el Tribunal Colegiado hizo “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”²⁵.

También existió congruencia entre las pretensiones de las partes con respecto a la resolución. Si bien, la quejosa en su demanda inicial pretendía la indemnización por daño moral ante los tribunales civiles, a lo largo de todas las instancias va amparándose en el principio de no discriminación laboral y en el artículo 1º constitucional. Por su lado, la empresa demandada también invoca el principio de autonomía de la voluntad y su derecho a la libre contratación. Por ello, bien hace la Primera Sala en su resolución en afirmar que se está ante una colisión de derechos: el principio de libertad de contratación se ve enfrentado al principio de igualdad en el ámbito del empleo.

El razonamiento que hace la SCJN a lo largo de su resolución es coherente y se encuentra debidamente fundamentado. Llegó a su veredicto haciendo una interpretación sistemática y teleológica en clave derechos humanos fundamentándose una serie de conceptos jurídicos que funcionan como engranajes de un sistema mayor, mencionamos los más importantes de ellos:

²⁵ SCJN, Amparo Directo en Revisión 992/2014, foja 15.

- La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares como la piedra angular del presente caso.
- El principio de igualdad
- El principio de no discriminación laboral
- El principio de la autonomía de la voluntad
- El principio de la libertad de contratación laboral
- La asimetría en las relaciones laborales
- La repercusión social de la discriminación
- La plena eficacia de los derechos fundamentales del derecho laboral mexicano a favor del trabajador/a
- El criterio de la Corte de que *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 la misma edad.*
- Estereotipos y estigmas con respecto a la edad
- Juicio de razonabilidad
- Juicio de ponderación
- Concepto de discriminación por edad: *es el trato diferencial hecho a una persona por motivos de su edad sin considerar de antemano sus capacidades y aptitudes.*
- El criterio de la Corte que *los puestos de trabajo con denominación en femenino o masculino, y/o que, exaltan un ideal de juventud en detrimento de la madurez se considera que corresponden más a una asignación tradicional de roles que a una relación de características profesionales.*
- Que la protección de los derechos fundamentales del trabajador abarca desde antes de la contratación laboral.
- La imagen corporativa de una empresa ni la productividad podrán ser nunca finalidades legítimas para limitar al derecho a la no discriminación por razón de edad.
- Consecuencias de los actos discriminatorios

- Declaración de nulidad del acto discriminatorio
- Indemnización de los daños causado
- Medidas reparatorias de carácter disuasorio
- Sanciones penales.

Observamos que existían otras posibilidades a explorar en la resolución del amparo en revisión 992/2014, o más concretamente, consideramos importante apuntar que los derechos de los quejosos estaban ya tutelados por otras instituciones en el sistema jurídico mexicano como el sistema laboral, que comprende el artículo 123 constitucional, su respectiva ley reglamentaria la Ley Federal del Trabajo y o el sistema antidiscriminación, que se origina en el artículo 1º constitucional y su respectiva ley reglamentaria al Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación o incluso el sistema penal del Distrito Federal que, aunque se persigue por querrela, contempla el tipo penal de *delito de discriminación*, a saber:

ARTÍCULO 206. Se impondrán de uno a tres años de prisión o de veinticinco a cien días de trabajo en favor de la comunidad y multa de cincuenta a doscientos días al que, por razón de edad, sexo, estado civil, embarazo, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:

I.- Provoque o incite al odio o a la violencia;

II.- Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho. Para los efectos de esta fracción, se considera que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general;

III.- Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas;

o IV.- Niegue o restrinja derechos laborales.

Desde la perspectiva laboral y de derecho social, la Ley Federal del Trabajo en sus numerales 2, 3, 56 y 133 tutelan la no discriminación del trabajador.

Concretamente el artículo 133 fracción I, establece:

“Queda prohibido a los patrones o sus representantes:

I. Negarse a aceptar trabajadores por razón de su origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil

o cualquier otro criterio que pueda dar lugar a un acto discriminatorio;...”

Importante mencionar además, que en el marco de los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano podemos encontrar obligaciones en materia de no discriminación en más de medio centenar de marcos normativos internacionales. Específicamente la Corte menciona el Convenio Internacional del Trabajo número 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

No obstante la existencia de estas otras fuentes de tutela de los derechos de los quejosos, que apenas la Corte menciona en la sentencia, terminan por ser subsumidas por la Teoría paraguas de los derechos fundamentales entre particulares. Lo que estamos describiendo son dos paradigmas jurídicos diferentes para resolver el problema que nos ocupa: un paradigma positivista vs un paradigma en clave derechos fundamentales y neoconstitucionalismo. Sin duda, seguir este método a través de dichas vías garantistas laborales y antidiscriminatorias a través de la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación hubiera resultado en consecuencias jurídicas constreñidas a tales leyes reglamentarias que serían útiles como precedente para casos futuros, en un país donde los operadores/as jurídicos aún funcionan con esos cánones.

Al final, la solución vía derechos fundamentales entre particulares que da la sentencia que estudiamos es justa y da largo aliento para que el Estado

constitucional democrático y de derecho mexicano vaya consolidándose a través del ejercicio del Poder judicial federal.

2.2.4. Situación de la sentencia en el contexto de la jurisprudencia

Esta sentencia es relevante porque es una de las sentencias más acabadas en materia de discriminación por edad en el empleo y acceso al trabajo. Hay otras sentencias también resultado de amparos en revisión que versan sobre el tema – más adelante se comentan- pero esta es la primera que resuelve de manera más fina, al grado que da un contexto de las consecuencias de actos discriminatorios.

Se destaca también que reconoce la existencia de violaciones a derechos humanos en el ámbito laboral entre particulares; asimismo contempla un juicio de razonabilidad en materia de derecho a la igualdad y prohibición de discriminar.

a) Comparación con otras jurisprudencias

Amparo directo en revisión 968/2010

Este caso tiene muchas analogías con nuestro caso 992/2010. También inicia contra una persona moral que publica convocatorias de trabajo con límites de edad. La quejosa también acude a los tribunales civiles a solicitar pago indemnizatorio por daño moral. De la misma forma, el juez civil le otorga la razón a la empresa, así también sucede en la segunda instancia y en el juicio de amparo respectivo quien sostiene que la quejosa no probó la existencia de un acto ilegal (discriminatorio).

Finalmente, al llegar como Amparo en revisión a la misma Primera Sala de la SCJN, estos deciden no otorgar a la quejosa el amparo y protección de la Justicia de la Unión en virtud de que los agravios de la recurrente son parcialmente fundados pero inoperantes y que no se vulnera el derecho a no ser discriminado consagrado en el artículo 1 constitucional ni tampoco la libertad al trabajo protegida en el artículo 5 de la Carta Magna dado que a su juicio:

- Que efectivamente esas prácticas sociales (las convocatorias de empleo con límites de edad) contribuyen a la desigualdad y ello es constitucionalmente reprochable, pero la recurrente no puede derivar directamente de ese hecho que le otorguen una determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización por el daño moral derivado de ver un anuncio en el que la empresa solicita trabajadores que no superen una cierta edad máxima.
- La Sala establece que no puede revocar la sentencia civil impugnada porque la recurrente no intentó una vía jurídica encaminada simplemente a declarar la existencia de la discriminación y la emisión de medidas recomendarorias o de reforma legal.

Esta resolución del amparo directo en revisión 968/2010 contrasta con el amparo directo en revisión 922/2014 que nos ocupa en que:

- La recurrente no obtuvo el amparo y protección de la justicia de la Unión porque su litis versa más de indemnizaciones pecuniarias que de reconocimiento a su derecho a la no discriminación, a pesar de que los hechos son bastante parecidos.

Amparo directo en revisión 1387/2012

En este caso, también se refiere a discriminación laboral pero no por edad, sino por discapacidad. Fue una convocatoria de empleo que dentro de los diversos requisitos que se señalaban en la oferta, expresamente se establecía que: “La vacante contempla la contratación de personas con discapacidades: No”.

La también Primera Sala de la SCJN resolvió el amparo directo en revisión 1387/2012 revocando la negativa de amparo a una persona que fue rechazada por su discapacidad en esta oferta de trabajo publicada, en nombre de una cadena hotelera, en la página electrónica de una universidad privada.

Dicha resolución afirma que se revocó la sentencia del tribunal colegiado por que se omitió realizar el análisis de constitucionalidad, solicitado por la quejosa, respecto de la libertad de acceso al empleo contenida en el artículo 5 constitucional y, por otra, que interpretó erróneamente el artículo 1 constitucional y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, señalando que conforme a tal Convención la quejosa tenía la carga de la prueba de demostrar que se encontraba en igualdad de condiciones frente a las demás personas a quienes se dirigió la oferta de trabajo.

La sola publicación de la oferta de trabajo conlleva a la exclusión de quienes forman parte del sector que padece una discapacidad, y tal exclusión implica una discriminación en términos del artículo 1° constitucional.

La Primera Sala también hace alusión a que no es razonable la exclusión de personas con discapacidad para tal convocatoria de empleo ya que la actividad que se hace en dicho empleo es de carácter académico, intelectual y no físico.

Por tanto, se determina que es procedente revocar la sentencia del Colegiado y devolver los autos para que se resuelva y determine en términos del artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal, el monto de la indemnización correspondiente por daño moral provocado por la empresa demandada.

Comparando ambas resoluciones encontramos que tienen en común que la Primera Sala hace un análisis para determinar si es lógica y razonable la exclusión que hace el empleador de candidatos/as de cierta edad en un caso, y candidato/as con discapacidades en otra. En ambas, la Sala resuelve que no es lógico ni razonable y que por tanto dichas convocatorias son discriminatorias y anticonstitucionales.

Caso Lüth-Urteil

El profesor Anzures Gurría nos cuenta el contexto de este caso tan paradigmático en el ámbito de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares: “El Tribunal Constitucional alemán recurrió a esta teoría por primera vez en el caso Lüth-Urteil, en el que un periodista llamado Eric Lüth llamó al boicot contra una película realizada por un productor simpatizante, en su tiempo, con el régimen nacional socialista. El productor (Urteil) reaccionó y consiguió del juez una orden para que el periodista se abstuviese de seguir llamando al boicot. Ante esa decisión, el periodista apeló la decisión ante el Tribunal Constitucional, que recordó que la libertad de expresión no se aplica directamente a las relaciones entre particulares; no obstante, consideró que la sentencia del juez ordinario vulneraba el derecho fundamental del señor Lüth toda vez que éste (el juez) se encontraba vinculado por los derechos fundamentales en el sentido que debía tener en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas de derecho privado, la influencia de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones de carácter civil o laboral, al no hacerlo, al no valorar en su justa medida el efecto de irradiación de un determinado derecho fundamental despliega en una relación jurídica privada concreta, el juez incurrió en su vulneración. Así, el Tribunal de Karlsruhe reconoció la vinculación de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado.²⁶”

La sentencia BVefGE 7, 198 de la Primera Sala del 15 de enero de 1958, afirma: “los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano contra el Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho²⁷”.

²⁶ ANZURES GURRÍA, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 22, enero-junio 2010, pp. 21 y 22.

²⁷ SCHWABE, Jürgen (comp.). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*. Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2009. Traducción Marcela Anzola y Emilio Maus, p. 202.

Es importante mencionar la aportación de Luis Fernando Zuñiga Padilla, al hablar de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y del proceso evolutivo que se gesta de la *Drittwirkung* (como se le denomina en alemán a la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, término que ha extendido su uso en otros idiomas, incluido el español para referirse a dicha teoría) en la jurisprudencia mexicana.

Este autor, “refiere a cinco fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los que de alguna forma u otra el Tribunal Constitucional mexicano da un paso adelante en el reconocimiento de la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”²⁸.

Tales casos son:

Acción de inconstitucionalidad 6/98

Esta acción de inconstitucionalidad fue promovida por el Partido de la Revolución Democrática contra el artículo 229 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Quintana Roo, por considerarlo violatorio del principio de representación proporcional contemplado en la Constitución mexicana.

Esta acción de inconstitucionalidad se destaca porque sustenta una parte esencial de su argumentación en la idea de que la SCJN debía empezar a reconocer la existencia de valores esenciales de la Ley fundamental.

Controversia constitucional 91/2003

Esta controversia constitucional fue promovida por el Ejecutivo Federal contra actos de la Cámara de Diputados y de la Auditoría Superior de la Federación, relativas a un conjunto de recomendaciones para el seguimiento y fiscalización de las operaciones financieras del Fobaproa. El Ejecutivo Federal argumentaba que

²⁸ ZUÑIGA PADILLA, Luis Fernando. “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en la jurisprudencia mexicana”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 28, p. 275.

tales recomendaciones iban en contra del principio de división de poderes, así como en los principios de fundamentación y motivación.

El pleno de la SCJN consideró que los principios de fundamentación y motivación, así como de irretroactividad de la ley, contenidos en la Constitución, no son únicamente normas dirigidas a tutelar la esfera jurídica del gobernado, sino que también constituyen fundamentos constitucionales de carácter objetivo.

Acción de constitucionalidad 4/2005

Surge con la demanda presentada por 14 diputados integrantes de la 70ª legislatura local del Congreso de Michoacán de Ocampo contra el artículo 34 de la Ley Orgánica y de Procedimientos para el Congreso de Michoacán de Ocampo, con motivo de que, según los promoventes, tal numeral 34 violaba los principios de igualdad y no retroactividad de la ley contenidos en la Constitución, dado que eliminó de la Junta de Coordinación Política a los diputados únicos de partido.

En la sentencia, la Corte argumentó que las normas jurídicas contenidas en los preceptos constitucionales aludidos, “tienen eficacia normativa no sólo en la esfera jurídica de los gobernados, sino también en el ámbito de la libre configuración del Congreso de Michoacán de Ocampo, al emitir normas que formal y materialmente cumplen las características de la ley²⁹”.

El amparo en revisión 2/2000

Los antecedentes de este proceso es un juicio ordinario civil de divorcio necesario donde la demanda ofrece entre otras, una prueba testimonial. En relación con esta testimonial, la parte contraria, promueve incidente de tachas, donde ofrece como pruebas registros fonográficos y la pericial fonética, para demostrar, que la testigo sí conocía de las relaciones extramaritales de la demandada, dado que así se lo externó en diferentes conversaciones.

²⁹ Amparo en revisión 4/2005, Segunda Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El juez de primera instancia no admitió las pruebas, la parte actora acudió al recurso de apelación en contra de esa determinación, el cual fue declarado fundado y fueron admitidas las pruebas ofrecidas en el incidente de tachas.

La Segunda Sala de la SCJN determinó que cuando algún particular interviene en una conversación privada, se da un hecho ilícito que viola la Constitución.

Contradicción de tesis 153/2009

En este asunto se reconoce la posibilidad de ponderar la validez de un acto celebrado entre particulares, en este caso un contrato colectivo de trabajo, a la luz de la eficacia de los derechos fundamentales.

2.3. CONCLUSIONES RESPECTO DEL CASO

2.3.1. Recapitulación y síntesis

1. La sentencia de amparo directo en revisión 992/2014 comienza con unas personas físicas y morales inconformes por unas convocatorias de trabajo donde se estipulan límites de edad. Estas personas acuden a los tribunales civiles a presentar demanda por daño moral y solicitando una indemnización pecuniaria en atención a que se les está discriminando por su edad, contraviniendo el principio de igualdad y no discriminación, así como lo estipulado en el artículo 1 constitucional y las leyes federales aplicables, como la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, normatividades que también sancionan el hecho ilícito de discriminación laboral por edad. La parte demandada, una empresa restaurantera, argumentó que gozaba del derecho de libre contratación amparado en el principio de autonomía de la voluntad.
2. El caso llegó hasta la última instancia posible, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, vía el Amparo directo en Revisión 992/2014. En la primera y la segunda instancias, así como el amparo ante el Tribunal Colegiado los órganos jurisdiccionales le dieron la razón a la demandada. Inconformes, los quejosos presentaron un recurso de revisión contra el amparo directo desfavorable ante la SCJN.
3. Este recurso fue admitido por la Primera Sala de la Corte, amparando la Justicia de la Unión finalmente a los quejosos bajo el argumento de que ante la colisión de dos principios como el principio de igualdad y de no discriminación contra el principio de la autonomía de la voluntad y de libre contratación, prevalecía el primero a favor de los trabajadores, incluso desde fases antes que se diera la contratación.
4. Este caso fue resuelto con base en la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, lo cual es un paradigma relativamente nuevo, nacido a mediados del siglo XX en Alemania con el caso Lüth, que rompe con el esquema de que los derechos fundamentales eran límites al

poder público, siendo a partir de entonces exigibles horizontalmente, es decir, a los particulares.

5. Esta forma interpretativa del derecho en clave *Drittwirkung* (como se denomina en alemán a la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares) es muy saludable para la vigencia de los derechos fundamentales en nuestro país, para la corrección del derecho vía la interpretación jurisdiccional del Tribunal Constitucional mexicano y por ende, para la consolidación de la democracia.

2.3.2. Propuestas

Es imperioso que este nuevo paradigma de derechos fundamentales, principios y normas y eficacia horizontal se difunda entre las/os operadores/as del derecho y de alguna forma elemental, entre la ciudadanía en general.

Las reformas del año 2001 para el artículo 1 constitucional, y del año 2011 para todo el nuevo paradigma de derechos humanos, son muy recientes aún en términos de la historia del sistema jurídico mexicano. No pasa por alto todos los esfuerzos que se hacen en ese sentido, sin embargo, hace falta mayor insistencia, mayor precisión, mayor difusión no sólo en las universidades, en el sistema educativo mexicano, en los operadores/as jurídicos sino en la población en general.

Particularmente el tema de la función subjetiva que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema normativo, que contempla nuestros derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos y que opaca la otra función de los derechos fundamentales, la objetiva, dado que la función subjetiva es la que ha recibido mayor atención en México por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora bien, recordemos que la función objetiva de los derechos fundamentales pone su nota preponderante en que estos son normas objetivas de principio y

decisiones axiológicas que tienen valor en todo el sistema jurídico mexicano, siendo su fuente original la Constitución mexicana. La comprensión de este modelo es parte de la tarea de difusión que tenemos, ya que desde este punto de vista, los derechos fundamentales no se limitan en su ámbito de acción con las autoridades sino que como valores supremos obligan a todo el sistema jurídico hasta las relaciones entre particulares, poniendo límites a la autonomía de la voluntad de la ciudadanía, -como sucedió en el caso que analizamos en este momento-, siendo también mandatos de actuación y deberes de protección del Estado mexicano.

III. CONCLUSIONES FINALES

Primera.- Este caso fue resuelto con base en la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, lo cual es un paradigma nacido a mediados del siglo XX en Alemania con el caso Lüth, que rompe con el esquema de que los derechos fundamentales eran límites al poder público, siendo a partir de entonces exigibles horizontalmente, es decir, a los particulares.

Segunda.- Los derechos fundamentales poseen una función objetiva y una función subjetiva. La función subjetiva es la más conocida en nuestro sistema jurídico, contempla nuestros derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos. Por su parte, la función objetiva refiere que los derechos fundamentales son normas objetivas de principio y decisiones axiológicas que tienen valor en todo el sistema jurídico mexicano, siendo su fuente original la Constitución mexicana. Es en esta función objetiva donde surge el ámbito de validez de los principios como mandatos de optimización que son reconocidos por la Constitución, de los derechos fundamentales y por ende, de su eficacia horizontal. Los derechos fundamentales no se limitan en su ámbito de acción con las autoridades sino que como valores supremos obligan a todo el sistema jurídico hasta las relaciones entre particulares, poniendo límites a la autonomía de la voluntad de la ciudadanía, -como sucedió en el caso que analizamos en este momento-, siendo también mandatos de actuación y deberes de protección del Estado mexicano.

Tercera.- Esta forma interpretativa del derecho en clave Drittwirkung (como se denomina en alemán a la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares) es muy saludable para la vigencia de los derechos fundamentales en nuestro país, para la corrección del derecho vía la interpretación jurisdiccional del Tribunal Constitucional mexicano y por ende, para la consolidación de la democracia.

Cuarta.- Este asunto presenta un problema de colisión de dos principios como son el principio de igualdad y de no discriminación contra el principio de la autonomía de la voluntad y de libre contratación. Atendiendo a la argumentación de la Corte, prevalece el primero a favor de los/as trabajadores/as, aún antes de que se de la relación laboral.

Quinta.- La Constitución mexicana tiene un contenido material que no es otro más que los derechos fundamentales. Y tales derechos fundamentales no son otra cosa más que derecho humano constitucionalizado. Un derecho humano es derecho y persona. La persona humana es el centro de toda organización política y social, la persona vale por lo que es, es un fin en sí misma, es un valor absoluto.

Sexta.- El poder judicial crea derecho constitucional adscripto. Es también la función del derecho que Robert Alexy llama “corrección del derecho”.

Séptima.- En la teoría neoconstitucionalista podemos encontrar mucho fundamento teórico del criterio de la Corte que sustenta el caso que analizamos: los principios como exigencia de justicia, de equidad o de otra dimensión de moralidad, ponderación de principios, razonabilidad, argumentación, la razón práctica, etc.

Octava.- Los derechos fundamentales son hoy por hoy, la expresión racional del derecho. Todos los derechos humanos tienen un sentido que es alcanzar y promover el bien humano. Fundamentando los derechos humanos a partir de valores, se acota la banalización de los mismos.

Novena.- La Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017 (ENADIS) arroja datos preocupantes sobre la discriminación por edad en nuestro país. En esta se evidenció que las personas mayores declaran los centros de trabajo como un ámbito de discriminación recurrente. Un 26% de la población entre 12 y 29 años manifiesta haber experimentado al menos una situación de discriminación en los

últimos cinco años; un 17% de adultos mayores expresa lo mismo. Se demostró que existen prejuicios claros por la edad en la población mexicana tanto para los jóvenes como para los adultos mayores.

Décima.- La resolución del Amparo Directo en Revisión 992/2014 fue correcta, justa y oportuna, ya que sienta las bases para un sistema de praxis de derechos humanos a todo el sistema jurídico mexicano. Dicha sentencia resalta por:

- e) sentar precedentes de justicia social y respeto a los derechos fundamentales en materia de discriminación laboral por edad;
- f) reconocer la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares;
- g) sentar precedentes en la técnica de ponderación de derechos y del juicio de razonabilidad;
- h) sentar precedentes en cuanto a las consecuencias jurídicas de los actos discriminatorios.

Décima primera.- La sociedad mexicana requiere más sensibilización, formación, conocimiento de los derechos fundamentales y de la existencia un sistema jurídico mexicano regido por derechos fundamentales exigibles a autoridades y particulares.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Trad. Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho no. 28. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ANZURES GURRÍA, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 22, enero-junio 2010.

BILBAO UBILLOS, Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, CEPC-BOE, 1997.

CAMPOS ZAMORA, Francisco J., “La eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado sobre la doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte”, en *Revista Judicial*, Costa Rica, Núm. 119, junio 2016.

CIANCIARDO, J. (Coord.). La interpretación en la era del Neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinar. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del fundamento de los Derechos Humanos. Anuario de los Derechos Humanos. Vol. 1. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1982.

FINNIS, John. Natural Law and Natural Rights, 2ed., New York, Oxford University Press.

GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Ed. Trotta. Madrid, 2003.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen Cerdá. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, no. 50, 2005.

¹MATLARY, Janne Haaland. *Derechos Humanos Depredados. Hacia un dictadura del relativismo*. Ed. Cristiandad, Madrid, 2008.

MIJANJOS Y GONZÁLEZ, Javier. *Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Porrúa/IMDPC. México, 2007.

MIJANJOS Y GONZÁLEZ, Javier. “La doctrina del drittwirkung der grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La ciencia del derecho procesal constitucional”, en AAVV, 2008.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2006.

RAMÍREZ, Hugo y SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio. “La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 27, julio-diciembre 2012.

ROTONDO, Felipe. *Derechos fundamentales y derecho administrativo*. *Revista de Derecho Público*, Montevideo, núm. 47, Año 24, julio 2015.

SANTIAGO JUÁREZ, Mario. “Comentario a la sentencia recaída al amparo directo en revisión 992/2014 de la Suprema Corte de México. No discriminación en las

convocatorias de empleo”, en *Estudios Constitucionales*, Talca, año 14, núm. 1, 2016.

SCHWABE, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes. Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2009. Traducción Marcela Anzola y Emilio Maus.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “La edad como factor de discriminación en el mercado laboral”. Reseñas Argumentativas. Reseña del Amparo Directo en Revisión 992/2014, Primera Sala de la SCJN.

VIGO, Luis Rodolfo. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias. En <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3845/33.pdf> , consultado el 2 de septiembre de 2018.

ZUÑIGA PADILLA, Luis Fernando. “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en la jurisprudencia mexicana”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 28.

159936. 1ª/J. 15/2012 (9ª). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII. Octubre de 2012, Pág. 798.

166676. I.3º.C.739 C. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Agosto de 2009, Pág. 1597.

Amparo Directo en Revisión 968/2010, del 23 de junio del 2010. Primera Sala.

Amparo Directo en Revisión 1387/2012 del 22 de enero del 2014. Primera Sala.

Amparo Directo en Revisión 922/2014 del 12 de noviembre del 2012. Primera Sala.