

Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por edad y género en el mercado laboral

Stereotypes, Dignitary Damage and Systemic Patterns: Ageism and Gender in the Labor Market

Francisca Pou Giménez*

En memoria de mi amigo Carlos Gaviria Díaz (1937-2015), que dio un testimonio brillante e infatigable sobre lo que significa de verdad asumir que la Constitución expresa un compromiso básico de respeto por la dignidad humana.

Recepción y evaluación de propuesta: 16/4/2015

Aceptación: 29/7/2015

Recepción y aceptación final: 6/10/2015

Resumen: En este texto voy a analizar una sentencia de la Primera Sala mexicana que a mi juicio amerita un análisis cuidadoso. No solo porque se centra en problemas —el sexismo, el edadismo¹, la discriminación sistémica, el abuso de poder en el mundo empresarial, los estereotipos laborales— que son centrales en toda América Latina,

* Departamento de Derecho, ITAM (México). francisca.pou@itam.mx Doy las gracias a un/a dictaminador/a anónimo/a de *Discusiones* por críticas y comentarios agudos y útiles que han contribuido a mejorar el texto.

¹ No hay en castellano una palabra de uso extendido para hacer referencia a los usos y fenómenos relacionados con la apelación, típicamente con connotación negativa, a la edad de las personas —lo que en inglés se denomina “ageism”—. En este texto uso “edadismo”.

sino porque los razonamientos que en ella se vierten participan de un empresa que, entre todas las que reposan sobre la mesa del derecho constitucional contemporáneo, se ha revelado distintivamente desafiante: la construcción jurídica de la noción de igualdad *sustantiva*.

Palabras claves: Igualdad sustantiva, razonamientos, sentencias.

Abstract: In this article I will analyze a judgment of the First Mexican Chamber that I believe deserves careful analysis. Not only because it focuses on problems —sexism, ageism, systemic discrimination, abuse of power in the business world, labor stereotypes— that are central throughout Latin America, but because the arguments poured participate in an undertaking that, among all those resting on the table of contemporary constitutional law, has revealed distinctly challenging : the legal construction of the notion of substantive equality.

Key words: Substantive equality, reasoning, judgment.

I. Introducción

La Suprema Corte mexicana tardó mucho en entrar en una dinámica de protección de derechos identificablemente conectada con el tipo de práctica jurisprudencial propia de un tribunal que opera bajo los parámetros del constitucionalismo normativo. Desde hace unos años, sin embargo, las cosas han cambiado mucho, al menos en su Primera Sala, donde se deciden unos 3.000 de los aproximadamente 7.000 asuntos que resuelve la Corte por año². Existe hoy en día en México un panorama dicotómico: una Segunda Sala integrada por ministros que respaldan un estilo de razonamiento jurídico tradicional forma-

² El número de casos resueltos por la Corte mexicana ha sido siempre alto, pues es una corte terminal única que concentra competencias que en otros países ejercen varias instituciones, pero ha aumentado todavía más desde el año 2011. En 2011 resolvió 5.121 asuntos; en 2012, 6.002; en 2013, 7.333; y en 2014, 6.836 (según los datos de los Informes anuales de labores de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura federal de los años citados, págs. 18, 15, 15 y 15-16, respectivamente). El Pleno resuelve unos 300 casos por año.

lista —en el sentido descrito, por ejemplo, por Atienza³—, renuentes a dar efecto a las cláusulas transformativas de la Constitución y poco dispuestos a mostrarse incómodamente activistas frente a los otros poderes del Estado, y una Primera Sala dinámica que, aunque sigue fallando centenares de casos que no cambian el derecho, decididamente tiene cosas interesantes que ofrecer, y cuya producción debemos tomar muy en serio⁴.

En este texto voy a analizar una sentencia de la Primera Sala mexicana que a mi juicio amerita un análisis cuidadoso, no porque sienta criterios novedosos a la vista de la jurisprudencia mexicana histórica —casi todas lo hacen— sino porque se centra en problemas —el sexismo, el edadismo⁵, la discriminación sistémica, el abuso de poder en el mundo empresarial, los estereotipos laborales— que son centrales en toda América Latina, y porque los razonamientos que en ella se vierten participan de un empresa que, entre todas las que reposan sobre la mesa del derecho constitucional contemporáneo, se ha revelado distintivamente desafiante: la construcción jurídica de la noción de igualdad *sustantiva*. La igualdad sustantiva es una idea cuyo aterrizaje jurídico enfrenta complejidades conceptuales, morales y políticas enormes⁶ pero que invoca, en cualquier caso, objetivos que conside-

³ Atienza, Manuel. *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2003, pp.277-279.

⁴ El Pleno, marcado por el enfrentamiento entre las dos visiones del derecho y la sociedad representadas por cada una de las Salas, es menos previsible y se divide brutalmente en los casos de más alto perfil, donde no se obtiene prácticamente nunca un criterio unificado identificable (sobre la no identificabilidad del criterio, acentuada por el diseño del procedimiento de discusión y documentación de los casos, véase Pou Giménez, “Cambio constitucional y arquitectura institucional de la Corte: la indeterminación de las decisiones como un obstáculo para la legitimidad”. Bajo proceso de arbitraje, 2013).

⁵ No hay en castellano una palabra de uso extendido para hacer referencia a los usos y fenómenos relacionados con la apelación, típicamente con connotación negativa, a la edad de las personas —lo que en inglés se denomina “ageism”—. En este texto uso “edadismo”.

⁶ Réaume, Denise. “Discrimination and Dignity”, *Louisiana Law Review*, No. 63, 2003, págs. 645-695. Esta autora destaca que la igualdad “no es como

ramos definitorios de los proyectos constitucionales contemporáneos. Con resultados muy variables —para algunos, intrínsecamente pírrricos⁷— cada país libra una parte grande de su batalla colectiva frente a la injusticia a través de doctrinas cuyo análisis comparado es una tarea necesaria e inspiradora.

En el amparo que comentaré, el ADR 992/2014 (“el amparo 992”), la Primera Sala da la razón a un grupo de personas que denunciaron la inconstitucionalidad de dos anuncios que ofrecían puestos de trabajo en el ramo de la hotelería y la restauración⁸. En la lista de

los demás derechos constitucionales. Con el derecho al voto, o a la libertad de expresión, o a un juicio justo, o a no ser sometidos a un registro arbitrario, existe en el corazón del derecho un interés o conjunto de intereses fácilmente identificables que orientan la interpretación judicial sobre sus contornos. No es que no haya controversia sobre el entendimiento y alcance de esos intereses, pero al menos los participantes en el debate trabajan sobre el mismo mapa. En contraste, no es claro que tengamos algún tipo de asidero respecto del tipo de interés humano que está tras el derecho a la igualdad. (...) Desarrollar una concepción de un interés tal debería ayudar a formular las obligaciones que es apropiado imponer al gobierno en garantía de ese interés (ibid., págs. 645-647; la traducción es mía).

⁷ Parte de la doctrina estadounidense, vistos los resultados de varias décadas de litigio constitucional en materia de igualdad, ha enfatizado los límites del derecho de cara a la erradicación de las verdaderas causas de subordinación social y el modo en que las categorías del derecho antidiscriminatorio constriñen pero al mismo tiempo legitiman prácticas que mantienen la estratificación social. Reva Siegel, que acuñó el término “preservation-through-transformation” para referirse a este fenómeno, lo ha mostrado de un modo particularmente detallado y convincente (véase, por ejemplo, Siegel, Reva. “Discrimination in the Eyes of the Law: How Color Blindness Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification”, en *California Law Review*, No. 88, 2000, págs. 77-118). Para una síntesis de (en palabras de los autores) “lo que salió mal” en la jurisprudencia constitucional estadounidense sobre igualdad, véase Balkin, Jack, y Reva Siegel. “Remembering How to Do Equality”, en *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009, págs. 95-99.

⁸ ADR 992/2014, fallado el 12 de noviembre de 2014, mayoría de cuatro votos. Ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Secretario Javier Mijangos y González.

condiciones a cumplir por los interesados se incluía *inter alia* la de no superar una determinada edad y ser mujer, y en uno de los anuncios, tener cierta altura y no superar cierta talla de ropa —aunque, como veremos, las demandas decidieron enfocar el litigio exclusivamente en la discriminación por razón de edad—.

Una de las novedades de esta sentencia es que da entrada a reclamos de discriminación de personas que *no* habían solicitado los trabajos en cuestión —esto es, la Corte reconoce tanto legitimación como, a la postre, lo fundado de los argumentos de fondo, a personas que denuncian un daño derivado directamente de la exclusión operada por la letra de los anuncios, sin que considere condición de procedibilidad el pasar por el trámite de pedir esos trabajos y ser rechazado—. Desde esta perspectiva el caso puede considerarse gemelo de otro, fallado unos meses antes, en el que la Primera Sala declaró inconstitucional un artículo del Código Civil de Oaxaca que definía el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, a instancias de personas que acudían a la justicia porque se sentían indignados por el artículo, pero que *no* querían casarse y no lo habían intentado⁹. En el caso de Oaxaca, la Corte —deteniéndose largamente a glosar el sentido y alcance de las nuevas reglas de acceso al amparo tras las reformas de 2011-2013— también reconoció legitimación activa a los peticionarios y les concedió el amparo en un razonamiento en el que el “daño por estigmatización”, en conexión con un razonamiento más o menos estándar dentro de los parámetros del escrutinio estricto, juega un rol central.

A mi juicio, estos dos casos operan una ampliación de los alcances formales de la justiciabilidad —una ampliación del tipo de reclamo discriminatorio relevante— que es interesante analizar. Es interesante explorar cómo se desarrollan estas sentencias de estructura clásica, pero asentadas sobre reclamos en los que necesariamente se da una conexión entre la pretensión individual y el escenario más amplio de

⁹ ADR 152/2013, fallado el 23 de abril de 2014, mayoría de cuatro votos. Ministro ponente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Secretaria Karla Quintana Osuna. Un interesante análisis de esta sentencia puede encontrarse en Alterio2016.

reglas, prácticas y significados colectivos en que la acción discriminatoria está embebida. Es interesante pensar qué potencialidad parecen tener para revertir patrones sistémicos de exclusión y prejuicio, y observar cómo en su contexto las cortes conceptualizan el daño discriminatorio y articulan los grandes puntos arquitectónicos de la decisión —el razonamiento sobre legitimación activa, el razonamiento de fondo y el razonamiento sobre los remedios—.

Aunque valdría la pena, entonces, analizar conjuntamente las dos sentencias, la diferencia temática y los límites de espacio me llevarán a centrarme, en esta ocasión, solo en la que resuelve el caso de discriminación en el mercado laboral. En general, destacaré el gran avance que representa que la Corte le hinque el diente a prácticas que hacen patente como pocas el poder huracanado de los poderes privados sobre las personas, así como la innovación de las soluciones que se ensayan en la fase de admisión y de confección de resolutivos, pero señalaré que, a pesar de la cantidad de estándares valiosos que se dejan perfilados, la resolución final del caso bajo el parámetro del principio de proporcionalidad en una versión poco adornada es abiertamente insuficiente. Es probable que la Corte se vea pronto llamada a emprender lo que en esta ocasión decide esquivar, y a conceder, finalmente, un rol operativo mayor a nociones como “prejuicio”, “estereotipo”, e incluso “dignidad” —que ahora se enuncian pero no se usan en el análisis del caso concreto— en la identificación de los problemas que deben estar en el centro de los argumentos fundados acerca de la existencia de discriminaciones en el empleo.

En el transcurso del análisis haré referencia a un cuerpo de derecho antidiscriminatorio que me parece iluminador para abordar casos como el que nos ocupa: el canadiense. Desde la aprobación de la Carta de Derechos y Libertades de 1982, el derecho canadiense de la igualdad se ha preocupado por dar virtualidad a un compromiso originario con la idea de igualdad sustantiva¹⁰. Además, se da la casualidad

¹⁰ La Suprema Corte canadiense ha subrayado en todas las ocasiones el imperativo constitucional de alejarse de los escasos logros de la jurisprudencia pre-Carta bajo el paradigma de “tratar igual a los iguales”, considerado

de que muchos de los casos de referencia en el contexto de la jurisprudencia de su Suprema Corte —pienso en los casos *Law*, *Gosselin*, *Withlero McKinney*— han derivado, precisamente, de casos de discriminación por razón de edad, y por tanto ofrecen pautas singularmente certeras para el análisis que hoy desplegaremos¹¹. Finalmente, tanto en la jurisprudencia como en la reflexión académica desarrollada en torno suyo, el esclarecimiento de nociones que son centrales desde la perspectiva de lo que estaba en juego en el amparo 992— “prejuicio”, “estereotipo”, “dignidad”— ha sido una tarea adelantada con inmensa seriedad y sofisticación.

La argumentación procede del siguiente modo. En la sección I, en varios apartados, doy cuenta de la sentencia de la Corte y de sus antecedentes procesales. En la sección II, identifico y analizo críticamente cinco vertientes del análisis sustantivo sobre discriminación que se desarrolla en el caso. La sección III cierra con un breve comentario final.

II. Se buscan recepcionistas y organizadoras de eventos, jóvenes y guapas

II.1 El caso antes de llegar a la Corte

En agosto y septiembre de 2007 una empresa dedicada a la administración y operación de restaurantes publicó dos anuncios en el periódico *Reforma*. En el primero ofrecía un puesto de recepcionista¹² y en el segundo uno de promotor de eventos. El primero decía así:

ahora una apelación a la mera igualdad formal. Con todo y la insuficiencia de esta concepción minimalista de la igualdad, véase un interesante desarrollo de la virtualidad que sigue teniendo en Lucy 2011.

¹¹ Véase *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1999] 1 S.C.R. 497; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)* [2002] 4 S.C.R. 429, y *Whitler v. Canada (Attorney General)* [2011] 1 S.C.R. 396.

¹² El primer anuncio también ofrecía un puesto de analista contable que no fue combatido en el litigio, razón por la cual lo dejamos de lado.

CMR solicita: Recepcionista. Escolaridad: preparatoria o carrera técnica. Edad: 18 a 25 años. Sexo: femenino. Experiencia: 1 año en Recepción o Relaciones Públicas. Sueldo: 5,000. Con excelente presentación, estatura 1.60, talla 30, disponibilidad de horario, para trabajar en zona Polanco¹³.

La oferta para promotor de eventos decía así:

Restaurante La Destilería. Promotor de Eventos. Buscamos una joven alegre, vinculada a las Relaciones Públicas. Con buena presentación, que le guste el medio restaurantero. Edad de 18 a 35 años. Sexo femenino. Vinculada a ventas, organización de banquetes. Puesto por Temporada (Octubre-Enero)[...]¹⁴.

Tres personas y dos asociaciones civiles dedicadas a problemas de discriminación interpusieron demandas de responsabilidad civil por daño moral contra estas publicaciones. En sus argumentos las personas físicas pedían una indemnización por el daño moral generado por el hecho de que los anuncios contuvieran “una distinción basada en la edad que afectaba directamente sus sentimientos y afectos”¹⁵, mientras que las ONGs alegaban que la publicación de mensajes discriminatorios “dañaba su reputación, pues otras personas iban a pensar que no pueden cumplir su objeto social, consistente en combatir precisamente la discriminación, lo cual se traduce en la práctica en que su objeto sería imposible de realizar”¹⁶. El juez declaró no probada la acción señalando que las convocatorias simplemente fijaban un perfil, unos parámetros de contratación, sin tener “un efecto prohibitivo” o restrictivo sobre aquellos aptos para ocupar el puesto, de manera que no existía “hecho ilícito” indemnizable¹⁷.

En apelación, ya en el 2013, la argumentación de las demandas mejoraba e incluía nociones más robustas, acogidas en la jurisprudencia

¹³ Véase el escaneo del anuncio en la pág. 2 de la sentencia del ADR 992/2014.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 3.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, pág. 4

¹⁷ *Ibid.*, pág. 5.

cia de la Corte de los años recientes. Los actores reivindicaban la eficacia horizontal de los derechos, alegaban que los anuncios operaban una exclusión que afectaba su dignidad, al efectuar una distinción por razón de edad que no tiene lógica alguna, y apuntaban que, aunque ellos no habían solicitado el empleo, los anuncios limitaban el acceso al trabajo de un grupo vulnerable, lo cual constituye en sí mismo un hecho ilícito incompatible con la garantía de no discriminación y hacía que en estos casos deba presumirse la actualización de un daño moral¹⁸. Pero la Sala Civil confirmó la sentencia de instancia señalando que una convocatoria que se dirige a personas indeterminadas no puede considerarse que discrimine a nadie en específico, y que para que la discriminación existiera hubiera sido necesario que los actores hubieran pedido el trabajo y hubieran acreditado que cumplían con todas las otras condiciones que se pedían¹⁹ —la Sala adopta, en otras palabras, lo que en la tradición anglosajona se llama la teoría de la “*but-for causation*” (causa por la cual), que exige que uno pruebe que la portación del rasgo fue la única y exclusiva causa de la denegación de una oportunidad o derecho—.

Contra esta sentencia los actores interpusieron un amparo, donde reiteraban sus argumentos y, en respuesta a la última consideración de la Sala, señalaban que no era necesario probar que cumplían con el resto de requisitos de la convocatoria porque la discriminación se actualizaba desde el momento mismo que el anuncio efectuaba una exclusión injustificada²⁰. En su caso, señalaban, el cumplimiento de esos requisitos podría servir para cuantificar la indemnización pero no para tener por acreditada una violación a la dignidad, que estaba ya consumada.

En febrero de 2014, el Tribunal Colegiado de Circuito les negó el amparo. En su sentencia sostiene que para considerar acreditada una discriminación en términos del artículo 1º de la Constitución mexicana deben concurrir las siguientes circunstancias: que la distinción

¹⁸ *Ibid.*, pág. 6.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 7.

²⁰ *Ibid.*, pág. 8.

afecte la dignidad humana; que la distinción tenga como consecuencia la limitación a un derecho fundamental —no es claro si el Colegiado entiende que esta condición se acumula a la anterior o es solo una manera distinta de referirse a ella²¹—; que el trato se revele injustificado comparado con el recibido por el universo de personas que reúnen las aptitudes solicitadas en el anuncio; y, en estrecha relación con lo anterior, que los actores satisfagan una doble carga de la prueba que en el caso no habían satisfecho: solicitar el empleo ofertado o “solicitar una entrevista de trabajo”, y probar que reunían el resto de requisitos pedidos en la convocatoria, probando así que estaban en igualdad de circunstancias. Al no haber ocurrido esto, no podían estimarse excluidos por una causa discriminatoria y no había daño moral que resarcir en el caso²².

El Colegiado, entonces, emplea tópicos argumentativos —la necesaria apelación a un “grupo de comparación”, la teoría de la “causa por la cual” ya mencionada, o la exigencia de que la distinción afecte algo que pueda relacionarse con un daño dignitario— que, vistos desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio comparado, son bien conocidos (no necesariamente por sus méritos) y que más adelante tendremos oportunidad de comentar. Los afectados interpusieron recurso de revisión, insistiendo una vez más en que no necesitaban probar que reunían los demás requisitos solicitados porque lo que denunciaban era un daño en su dignidad y una exclusión que restringía el empleo en igualdad de oportunidades a un grupo vulnerable operada directamente por el anuncio, y subrayando que tanto los poderes públicos como los particulares están bajo la obligación de eliminar las discriminaciones²³.

²¹ *Ibid.*, pág. 9.

²² *Ibid.*, pág. 10.

²³ *Ibid.*, págs. 10-11

II.1.1. La sentencia en el amparo 992

La Corte declaró procedente el recurso y desplegó una argumentación dividida en tres apartados, uno titulado “Discriminación por edad: naturaleza, alcance y modo en que se articula”²⁴, donde desarrolla los estándares que presidirán el examen del caso; otro titulado “Análisis de las convocatorias a la luz de los lineamientos de discriminación por edad”²⁵, donde esos estándares se aplican al caso concreto; y un tercero titulado “Consecuencias de los actos discriminatorios y efectos de la presente sentencia”²⁶, donde analiza las consecuencias del caso a nivel remedial, extremo de esencial importancia en un caso que opera una ampliación notable en el tipo de reclamo justiciable.

a) Desarrollo de los estándares constitucionales relevantes

En el primer apartado la Corte enfatiza esencialmente dos cosas: por un lado, el modo en que el caso exige encontrar un equilibrio entre el derecho a la no discriminación y la autonomía de la voluntad, y por el otro la singularidad de la edad como factor prohibido de discriminación en el mercado laboral, comparada con otros factores tradicionalmente considerados sospechosos. Y acaba con un inciso dedicado a especificar la intensidad del estándar de razonabilidad conforme al cual revisará el caso.

Empezando por lo primero, la Corte reconoce un lugar a “los principios del derecho privado” y en particular al derecho de propiedad y a la libertad de contrato, que considera constitucionalmente protegidos y a los que vincula incluso con la dignidad y la elección del proyecto de vida²⁷. En cualquier caso y con apoyo en extensas referencias doctrinales, añade que “la historia de la libertad de contratación es la historia de su limitación”²⁸, y recuerda que entre sus limitaciones

²⁴ *Ibid.*, págs. 18-42.

²⁵ *Ibid.*, págs. 43-52.

²⁶ *Ibid.*, 52-67.

²⁷ *Ibid.*, págs. 20-21.

²⁸ *Ibid.*, pág. 21.

típicas se encuentra la protección de trabajadores y consumidores y el principio de no discriminación por motivos como el sexo, la edad, la pertenencia a una minoría religiosa o la opción sexual. Lo que está en cuestión entonces, precisa la Corte, no es la vigencia de la prohibición de discriminar en las relaciones entre particulares sino solo su intensidad, y señala que existe una relación inversamente proporcional entre la naturaleza privada de la relación y el posible alcance de los límites a la autonomía²⁹. Tres son, subraya, los factores que deberán tomarse en cuenta a la hora de emprender el deslinde: el grado de simetría de la relación entre las partes —cuanto más asimétrica, más podrá limitarse la libertad de acción de la parte supraordenada—; la repercusión social de la discriminación —cuando exista “un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico [...] la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública”—; y el grado de vinculación del interés o expectativa afectado con la dignidad humana —cuanto más lo esté, más fácil será limitar sobre su base a la autonomía de la voluntad—³⁰. La Corte añade que los puntos de equilibrio típicos varían según el tipo de relación sea civil, mercantil, laboral, etc. Y en campo laboral, debido a la radical asimetría entre trabajador y empresario, a la repercusión del trabajo en la vida social y económica, y a los riesgos ínsitos en el hecho de que el patrón tenga las facultades que tiene en materia de selección, organización del tiempo y modos de trabajo, contraprestaciones o normas de conducta y disciplina, la eficacia horizontal de los derechos encuentra un terreno particularmente abonado³¹.

Pero en el contexto laboral como en los demás, destaca la Corte acto seguido, la edad presenta singularidades frente a otros factores prohibidos de discriminación. La singularidad radica en que “no per-

²⁹ “Cuanto más cercana es una relación interpersonal, más limitada debe ser la interferencia en la autonomía individual. Por el contrario, cuanto más nos alejamos de la esfera íntima de proximidad, mayor alcance tendrá el principio de igualdad” (ibid., pág. 23).

³⁰ *Ibid.*, págs. 23-24.

³¹ *Ibid.*, págs. 25-29.

mite juicios homogéneos sobre la categoría de sujetos afectados”, que “es un fenómeno altamente individualizado que depende de la singularidad y peculiaridad de cada sujeto por lo que, a priori, no existe una unidad de categoría entre las personas que poseen una misma edad”³². La Corte se hace eco de los numerosos estigmas o estereotipos asociados a la edad, tanto en el caso de los jóvenes (a quienes a veces se achaca inexperiencia o falta de pericia) como, y sobre todo, en el caso de las personas de edad madura, que resienten una multitud de asunciones en la línea de que la edad avanzada supone pérdida de productividad laboral y de capacidad física y mental. Estas generalizaciones sin fundamento en la realidad deben ser sustituidas por mediciones individualizadas de aptitud, dice la Corte, pues lo que hay es una enorme variabilidad individual que no depende de la edad³³. Finalmente, la Corte llama la atención sobre la alta prevalencia de la discriminación múltiple y la especial gravedad “por sus efectos en la exclusión del mundo laboral [de] la conjunción de la edad, el género y la apariencia física” y la prevalencia de actuaciones asentadas sobre una imagen comercial sexista³⁴.

Arribada a este punto, la sentencia está en condiciones de anunciar el test de razonabilidad que marcará si los requisitos de edad solicitados en los anuncios son o no razonables. Un trato diferenciado por edad estará justificado, dice la Corte,

cuando la edad, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o el contexto en que se lleve a cabo, constituya un requisito profesional esencial y determinante en el puesto de trabajo, siempre y cuando, además, el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado³⁵.

La Corte añade que serán relevantes tanto las discriminaciones intencionales como las no intencionales (“resultado de dinámicas sociales que funcionan de manera automática reproduciendo las des-

³² *Ibid.*, págs. 30-31.

³³ *Ibid.*, págs. 31-33.

³⁴ *Ibid.*, pág. 33.

³⁵ *Ibid.*, pág. 36.

igualdades de partida”³⁶) y que, en el caso de ofertas de trabajo, hábitat frecuente de discriminaciones múltiples, será importante revisar tanto la nomenclatura de los puestos de trabajo como la asignación de funciones y la determinación del salario para cada puesto, y partir de la idea de que la discriminación puede darse en todas las fases de la relación laboral: acceso, contratación, retribución, condiciones laborales y extinción del contrato³⁷. Crucialmente, dada la *litis* del caso, la Corte señala que la fase previa a la contratación no está exenta de escrutinio³⁸: a diferencia de lo sostenido en un precedente suyo, la Corte señala ahora que si la persona ha pedido o no el trabajo puede ser importante a la hora de calibrar la indemnización u otras consecuencias del acto discriminatorio, pero no es relevante a la hora de evaluar si para empezar se actualiza o no la discriminación: para proceder al análisis del acto señalado como discriminatorio, si la persona solicitó o no el trabajo, no resulta relevante³⁹.

b) Análisis del caso concreto y diseño de los remedios

El escrutinio no deja bien parados a los anuncios examinados. La Corte despliega una especie de doble razonamiento —en este punto la argumentación es analíticamente menos clara que el resto—. Así, en un primer momento se argumenta esencialmente que pedir que los aspirantes estén dentro del estrecho margen de edad solicitado en los anuncios es arbitrario, que no tiene ningún tipo de razonabilidad, pues no existe relación entre la edad y el cumplimiento adecuado de las funciones laborales relevantes⁴⁰. Después se sostiene que “aun cuando se considerara que existe razonabilidad para establecer una limitación de edad en el presente caso, lo cierto es que a consideración de esta Primera Sala, tales medidas no resultarían idóneas para alcanzar los

³⁶ *Ibid.*, pág. 37.

³⁷ *Ibid.*, págs. 38-39.

³⁸ *Ibid.*, pág. 39.

³⁹ *Ibid.*, págs. 40-43.

⁴⁰ *Ibid.*, págs. 44-48.

finés establecidos por la empresa”⁴¹. En realidad, lo que hace la Corte es apuntar dos posibles objetivos que la empresa podría tener en mente al diferenciar por edad: “establecer o conservar una imagen corporativa” y “generar una alta productividad de los empleados”⁴², y a continuación reitera que los medios utilizados son a la luz de ellos totalmente arbitrarios. La Corte señala que las empresas tienen medios alternativos para preservar su imagen corporativa⁴³ y reitera que en el caso de autos no existe una relación general identificable entre garantizar esa imagen o aumentar la productividad y el tener una determinada edad, señalando que “en muchas ocasiones la fijación de límites de edad en ofertas de trabajo va dirigida a la obtención de una imagen comercial sexista”⁴⁴.

A continuación, el tercer apartado de la sentencia desarrolla la parte remedial. La Corte lo presenta como el primer intento por parte suya de precisar con cierta sistematicidad las consecuencias de un acto discriminatorio. La Corte distingue cuatro tipos de consecuencias: a) declaración de nulidad del acto discriminatorio; b) indemnización del daño causado, cuando lo haya; c) dictado de medidas de reparación de carácter disuasorio; y d) consecuencias penales.

El desarrollo sobre la nulidad empieza con una tesis maximalista, seguida, sin embargo, de un montón de calificaciones. La Corte declara que “la consecuencia directa e inmediata de la calificativa de un acto como discriminatorio es la nulidad del mismo”⁴⁵. A continuación, sin embargo, acota que “ello no significa que el acto en su totalidad debe [sic] ser declarado nulo, sino solamente aquellas porciones que resul-

⁴¹ *Ibid.*, pág. 48.

⁴² *Ibid.*, pág. 48.

⁴³ Dice la Corte: “tal identificación con el público —el cual constituye un objetivo legítimo al que pueden aspirar los empleadores— puede alcanzarse a través de medidas tales como imponer un trato específico hacia los clientes que genere la imagen buscada, establecer parámetros e higiene personal para los empleados, e incluso el uso del uniforme que genere visualmente un vínculo con la empresa” (pág. 49).

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 49.

⁴⁵ *Ibid.*, pág. 56, en negrita y subrayado en el original.

ten discriminatorias, las cuales se deberán tener por no puestas”; que “ello no se traduce en una obligación de contratación”, al existir un margen para la evaluación por parte de la empresa de las aptitudes de las personas que se inconforman con la convocatoria laboral de que se trate; que la nulidad de los actos de los particulares es distinta a la nulidad de los actos de los poderes públicos y en ocasiones puede tener efectos solo declarativos; y que la declaratoria de nulidad no puede afectar derechos adquiridos por terceros involucrados, y en particular no pueden anularse las contrataciones ya realizadas sobre la base de los anuncios discriminatorios⁴⁶. En el caso concreto, concluye la Corte, la nulidad tiene solo efectos declarativos, además de que “[permite] el análisis acerca de si se actualizan el resto de condiciones que una discriminación puede acarrear”.

En el rubro sobre indemnización, la Corte sostiene que es posible que el juez establezca una compensación monetaria en favor de la persona que ha sufrido el daño que la discriminación conlleva, que vendría impuesto por la vía de la imputación objetiva, al no ser relevante la culpa o negligencia de la persona que incurrió en discriminación⁴⁷. Pero aclara que será necesario que efectivamente exista el daño, que no será indemnizable el “riesgo” o “amenaza” de discriminación, y se hace eco de los problemas que la doctrina alemana ha identificado bajo la expresión *AGG-hopping*, derivadas de la práctica de personas que, al amparo de la Ley General de Tratamiento Igualitario, solicitaban puestos de trabajo solamente con el único fin de no recibir el puesto y proceder a demandar una indemnización del empleador. Sin embargo, insiste en que deberá proveerse una reparación efectiva y proporcional de la afectación sufrida cuando exista, sin que sea procedente fijar un tope indemnizatorio máximo para estos casos⁴⁸.

La tercera consecuencia de la discriminación es la “imposición de medidas de reparación de carácter disuasorio”. La Corte apunta esta posibilidad como optativa, en los casos en que el juez estime necesario

⁴⁶ *Ibid.*, págs. 56-57.

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 58.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 59.

ordenar acciones capaces de tener “un efecto disuasorio en quien emitió el acto discriminatorio para que en el futuro se abstenga de realizar este tipo de actos”, a la vista no solo de los efectos que la discriminación tiene sobre la persona concreta, sino de sus efectos sociales y la necesidad de erradicarlos⁴⁹. Estas medidas pueden ir desde la exigencia de una disculpa pública o la publicación de la sentencia hasta la imposición de una medida ejemplar (que puede ser una suma dineraria adicional) sensible a la intencionalidad mostrada, a la existencia de signos de sistematicidad de actos discriminatorios y a cualquier otro elemento que pueda revelar un contexto agravado de discriminación”, o la acción de la Inspección de Trabajo, que a juicio de la Corte puede monitorear las prácticas de las empresas e imponerles obligaciones de hacer y no hacer⁵⁰.

Finalmente, la Corte identifica como cuarta consecuencia el “establecimiento de sanciones penales”⁵¹. A su juicio, la penalización es un testimonio de la trascendencia colectiva o social de la discriminación, y advierte que solo procederá cuando se den las estrictas condiciones sustantivas y procesales que deben cumplirse para poder concluir que alguien es responsable de cierta conducta típica.

La Corte cierra insistiendo en que las cuatro consecuencias son absolutamente independientes una de otra y se generan ante la presencia de hechos y dinámicas distintas, cuya concurrencia deberá verse en cada caso. En el de autos, la Corte revoca la sentencia del Colegiado y lo insta a dictar otra en la que decrete la nulidad del acto y analice el expediente a efectos de determinar si procede una indemnización por daño moral y/o la imposición de medidas de carácter disuasorio⁵².

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 61.

⁵⁰ *Ibid.*, págs. 61-64

⁵¹ *Ibid.*, págs. 65-68.

⁵² *Ibid.*, págs. 67-68.

III. El daño que la discriminación inflige: fortalezas y debilidades de la sentencia

La sentencia del amparo 992 es larga y nada minimalista, en el sentido de que desarrolla nociones y estándares destinados a orientar el análisis sobre discriminación más allá de lo que exige la estricta resolución del caso concreto. Son muchos, consiguientemente, los temas que dan pie a comentario. En lo que sigue voy a seleccionar cinco puntos, que recorreré en un orden que respeta a grandes rasgos la línea de análisis estándar de la resolución judicial, empezando por las cuestiones de legitimación y admisibilidad, siguiendo con las de fondo y acabando con los remedios.

Aunque es claro que la sentencia abre perspectivas muy valiosas para el combate a las discriminaciones estructurales desde el derecho —y en el subapartado a) y en otros momentos del análisis posterior procuro hacerlo patente—, en los apartados que siguen me concentro en identificar las debilidades de la argumentación. Me parece más provechoso destacar la complejidad y los distintos juegos de los elementos de análisis usados —así como la ausencia de otros— para mensurar adecuadamente lo que, a pesar de la multitud de criterios desarrollados, no queda construido para el derecho antidiscriminatorio mexicano del futuro.

III.1 La judicialización del mercado de trabajo ampliado

Uno de los grandes aportes de la sentencia es, sin duda, que la Corte se muestre dispuesta a analizar lo que ocurre en un punto que resulta clave en el mantenimiento de estructuras enquistadas de desigualdad de oportunidades y beneficios: el espacio en el que discurren los mensajes mediante los cuales las empresas dan forma a las expectativas de la gente —el espacio en el que, sin previa interferencia estatal, se desarrollan dinámicas que resultan clave en la conformación del mercado laboral y, más ampliamente, de las estructuras sociales—. Al insistir en la necesidad de pensar en los derechos de las “personas” frente al empleo, y no solamente en los derechos de los “trabajadores”, la

Corte reconoce que el ámbito laboral es una realidad que queda mo-
chada si la describimos solamente a partir del momento en que entra
en juego el contrato de trabajo.

La ampliación de la justiciabilidad que se consigue por esta vía es
importante en un país con niveles tan bajos de acceso a la justicia⁵³. La
controversia que protagoniza el amparo 992 no podía ser denunciada
en automático en amparo porque el amparo contra actos de particu-
lares solo puede interponerse directamente —esto es, sin necesidad de
acudir y agotar antes a una vía judicial previa— cuando estos particu-
lares ejercen funciones equivalentes a las de la autoridad, siempre y
cuando, además, estas funciones estén reguladas en una norma gene-
ral⁵⁴. Cuando la violación del derecho deriva de actos de particulares
que despliegan funciones no “equivalentes a las de una autoridad” o
no “reguladas en una norma general”, los afectados deben iniciar un
juicio ordinario ante la jurisdicción que deseen —civil, penal, labo-
ral—. Es por ello que en este caso los afectados inician un juicio de
responsabilidad civil en el que reclaman la indemnización del “daño
moral que les produce la discriminación”. Ciertamente, la interposi-

⁵³ La extrema desigualdad socioeconómica, en mancuerna con la extrema
complejidad regulatoria y procedimental del derecho mexicano, hace ver-
daderos estragos en el acceso a la justicia. El amparo en particular, definido
como una vía específica de protección de los derechos constitucionales, ha
adquirido desde su creación en el siglo XIX una cantidad asombrosa de
funciones adicionales y una complejidad que lo hace inmanejable para el
ciudadano y que lo ha desnaturalizado por completo. Para un recuento de
esta evolución y de las razones por las cuales, incluso tras las reformas reci-
entes, sigue sin ser un recurso efectivo, véase Pou Giménez, Francisca. “El
nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ni tan nuevo ni tan
protector?”, en *Anuario de Derechos Humanos* Núm. 14, Centro de Derechos
Humanos de la Universidad de Chile, 2014, págs. 91-103.

⁵⁴ Artículo 5.II de la Ley de Amparo. Antes de la reforma de abril de 2013,
el amparo contra particulares no procedía en ningún caso (aunque por su-
puesto, existía tanto como ahora el amparo contra sentencias que resuel-
ven casos entre particulares, que sin embargo no se concibe explícitamente
como un instrumento de efectivización del efecto horizontal de los dere-
chos fundamentales hasta que la Corte lo teoriza en el ADR 1621/2010 y
con posterioridad en una buena cantidad de casos).

ción de un reclamo de responsabilidad extracontractual parece algo forzada⁵⁵, pero hay que entender que los afectados por este tipo de casos no directamente denunciados en amparo tienen que “encontrar” un juicio ordinario para judicializar el caso. Tras el reconocimiento en 2011 de que los jueces ordinarios tienen poderes de control difuso de constitucionalidad sería posible, por supuesto, que el juez ordinario, garante pleno de la Constitución, diera remedio a las violaciones de derechos alegadas. En cualquier caso, la sentencia que resulte sí puede ser revisada desde la perspectiva constitucional en un juicio de amparo contra sentencias⁵⁶. Como se podrá comprender, quien quiera enfrentarse a un empresario debe contar entonces con una considerable cantidad de energía y recursos, pues deberá enfrentar un proceso judicial largo, primero ante los jueces civiles y después ante los jueces federales de amparo.

Que la Corte diga que no es necesario pedir el trabajo para inconformarse por discriminación favorece el acceso a la justicia por dos motivos: primero, porque les ahorra a las personas, si no el juicio civil y el posterior amparo, al menos una serie importante de pasos prejudiciales, que pueden ser muy desgastantes y que sin duda tienen un poderoso efecto disuasorio sobre ellas. Es muy distinto identificar una práctica empresarial determinada y formular argumentos contra ella ante un juez, que pasar por la experiencia de presentarnos ante esas empresas, inconformarnos, quedar identificados en sus bases de datos, y después emprender un largo y quizá caro proceso judicial

⁵⁵ Y el más forzado de todos es el argumento que hace la ONG que interpone el juicio junto con las personas físicas, pues reclama, si lo recordamos (véase supra pág. 5), el daño moral que le produce que la gente crea que no puede cumplir su objeto.

⁵⁶ El amparo contra sentencias se llama en México, de modo muy contraintuitivo, “amparo directo” o “uniinstancial”. En realidad no es ninguna de las dos cosas. La denominación viene del tiempo en el que este tipo de amparos era interpuesto ante los Tribunales Colegiados de Circuito, que lo veían en única instancia. Con el tiempo, se creó un recurso (“amparo directo en revisión”) del que conoce la Corte, y que solo procede cuando la sentencia recurrida fije un criterio constitucional de importancia y trascendencia (art. 107, fracción IX de la Constitución mexicana).

contra ellas. Y segundo, porque el criterio garantiza que el amparo contra la sentencia no será considerado improcedente por eventual falta de afectación a un interés jurídico de suficiente entidad, que es lo que hubiera pasado con los criterios de afectación que esta sentencia supera —garantiza, en otras palabras, que la revisión constitucional de la sentencia civil efectivamente se produzca—.

De modo más importante, con un criterio como el del amparo 992, las empresas son conscientes de que les pueden caer demandas sin que alguien haya tocado antes a su puerta y tienen más incentivos para ser cuidadosas. Por este motivo, el criterio parece multiplicar las posibilidades correctoras sistémicas de las sentencias, aunque aventurar el tipo de repercusión individual y colectiva que puedan tener exigiría además evaluar cuidadosamente el diseño de los resolutivos y la conexión entre las cuestiones de legitimación y las de resolutivos o remedios —entre la puerta de entrada y la puerta de salida del amparo—. De nada serviría judicializar el mercado laboral ampliado si los resolutivos de los jueces no son apropiados para combatir los elementos que generan inconstitucionalidades en su seno.

¿Implica el criterio la instauración de una especie de “acción popular” en materia de discriminación? La Corte, sorprendentemente, acaba no elaborando casi este tema, que había sido central tanto en las instancias inferiores como en algún precedente suyo, donde la inexistencia de una solicitud de trabajo justificó el rechazo preliminar de las pretensiones. La Corte se limita a decir, como vimos, que si una persona ha solicitado o no el trabajo es una cuestión que puede ser importante a la hora de determinar los efectos de la sentencia pero no a la hora de determinar si su reclamo procede o no, pues claramente procede. Hay varias maneras de reconstruir el criterio que puede estar guiando esta afirmación: una de ellas remitiría a lo que podríamos llamar la teoría de la “legitimación por indignación”, que tiene una lógica universalizante y que implica ampliar muchísimo —en la dirección de una acción popular— las posibilidades de judicializar los casos de discriminación. La otra es la que podríamos llamar la teoría de la “legitimación por exclusión”, que apelaría al hecho de que las personas físicas que presentaron las demandas en este caso hubieran

sido rechazadas con total seguridad, siendo, como ellas alegaban, una especie de doble ofensa exigirles aguantar el insulto del anuncio y encima ir a solicitar el empleo, e incluso —según el criterio de los jueces civiles y del Tribunal Colegiado que resuelve la primera instancia del amparo— acreditar la satisfacción del resto de requisitos listados en la convocatoria laboral. Ciertamente, que en el caso particular no se rechace la legitimación de la asociación civil —que por definición no estaba en posición de solicitar el trabajo— muestra que el caso concreto se resolvió bajo el criterio de legitimación por indignación. Pero en el caso de que la Corte llegara en el futuro a la conclusión de que resulta un criterio demasiado amplio, podría fácilmente reconducir su doctrina hacia el otro criterio. Las asociaciones solo podrían acudir entonces en representación de los intereses de personas de carne y hueso excluidas por la letra de los anuncios, y no en defensa de un interés propio por operar en un mundo libre de ciertas discriminaciones⁵⁷. Aunque se acotara de este modo, la ampliación del acceso a la justicia derivado de la eliminación de la carga de pedir un trabajo para el que seguro no te llamarán permanecería intacto.

Sea como sea, es cierto que el caso resuelto en el amparo 992 es especialmente fácil, en el sentido de que estamos ante una convocatoria laboral que directamente, sin trampa ni cartón, declara excluidas a las personas que no satisfagan estrechos requisitos de edad —y sexo y altura y talla!—. Es probable que con el tiempo, exclusiones tan burdas como estas sean sustituidas por requerimientos más neutros y aparentemente inocentes. No creo que haya inconveniente para proyectar los criterios que la sentencia deja sentados sobre casos de discriminación indirecta (lenguaje neutro, efectos disparejos), aunque por supuesto las cargas argumentales serían distintas, más exigentes. Nada, en cualquier caso, que no quede dentro de los límites de lo normal y esperable. Pues lo que resulta excepcional hoy en día es el tipo de exclusión directa y explícita contenida en los anuncios que, sin rubor, se animan todavía a publicar estas empresas.

⁵⁷ Agradezco en particular los argumentos sobre este punto de un dictaminador anónimo.

III.2 La atribución de la carga de la prueba

En cuanto a la argumentación de fondo o postetapa de admisión, un primer rasgo en el que hay que detenerse es que la sentencia, sorprendentemente, no incursiona de modo explícito en el tema de la carga de la prueba. Como es sabido, un punto central que marca la emergencia del derecho contemporáneo de la igualdad es la inversión de la carga de la prueba: el criterio según el cual, una vez alguien aporta elementos que sustenten un caso potencialmente discriminatorio, es la contraparte la que tiene que probar que no lo es⁵⁸.

El conocido caso *Sisnero*, resuelto en mayo de 2014 por la Corte Suprema argentina, por ejemplo —donde se examinó el reclamo de una mujer que había solicitado en reiteradas ocasiones trabajo como conductora de autobuses en la ciudad de Salta, en un contexto en el cual no había una sola mujer trabajando de conductora en las empresas del sector— se decide bajo la fundamental consideración de que las empresas de transporte no satisficieron la carga de probar que el no haberse comunicado nunca con Sisnero obedecía a una causa distinta al mero prejuicio⁵⁹. Acogiendo los argumentos desarrollados en el dictamen de la Procuradora, la Corte argentina recuerda el vínculo de

⁵⁸ En EEUU, la inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación en el empleo litigados bajo el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 fue perfilada tempranamente en el caso *McDonnell Douglas Corp. V. Green*, 411 US 792 (1973) y desde ese momento los tribunales federales la aplican en todos los casos de discriminación laboral (no basados en prueba de discriminación intencional directa). Para una aplicación de la regla en un caso más reciente (derivado de un reclamo de discriminación por edad) véase *Reeves v. Sanders PlumbingProducts, Inc.* 530 US 133 (2000). En La Unión Europea, el Tribunal de Justicia adoptó el mismo criterio desde los años 80 en casos como *Enderby* (C-127/92 [1983] ECR I-5535) y *Danfoss* (109/88 [1989] ECR 3199), posteriormente incorporado en Directivas (véase la Directiva Marco sobre Trato Igualitario en el Empleo y la Ocupación, Directiva 200/78/EC de noviembre del 2000).

⁵⁹ *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo*, págs. 4-5. La referencia del dictamen de la Procuradora, a la que la sentencia remite reiteradamente y que desde varias perspectivas ofrece un razonamiento más

la inversión de la carga de la prueba con el hecho de que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y fácilmente identificable y que señala que cuando se produzca una “acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”⁶⁰. Y el caso, acreditado que no había mujeres en nómina, ni siquiera en las contrataciones hechas después de que Sisnero presentara sus solicitudes, concluye que “las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero en particular”⁶¹.

Ciertamente, la Corte mexicana rechaza, de modo implícito pero inequívoco, la teoría de la “causa por la cual” que había sustentado tanto la resolución de los jueces civiles como la sentencia de amparo del Tribunal Colegiado —recordemos que estos jueces habían deslizado que, aun en el caso de que los actores hubieran pedido el trabajo y hubieran sido rechazados (cosa que no hicieron), todavía hubieran tenido que demostrar que la edad había sido la única causa por la cual fueron rechazados—. Pero si imaginamos la atribución de la carga de la prueba en un continuo, con la teoría de la “causa por la cual”, puesta en los hombros del actor, situada en uno de los extremos, la Corte mexicana no se desplaza hacia el otro extremo (representado por la carga de probar que hay motivo razonable, o incluso imperativo, para la diferenciación, puesta en hombros del demandado) sino que se queda en un mero punto intermedio⁶². Puesto que el hecho de que,

completo que la sentencia de la Corte, es *S.C. S 932 L. XLVI. Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo*

⁶⁰ *Ibid.*, pág. 5.

⁶¹ *Ibid.*, pág. 6.

⁶² Fijémonos que una cosa es que la Corte admita como admite (vuélvase a la síntesis que se efectuó en el apartado II. 2 a) que la edad en algún caso excepcional puede ser un requisito justificado para un determinado trabajo y que permita a una empresa que lo pruebe (prueba de que la edad es requisi-

evidentemente, las empresas no hubieran acreditado en juicio motivo objetivo y suficiente para exigir menos de 35 años para los trabajos que ofertaban no pone punto final al análisis de la Corte, dando lugar a un fallo automático contra ellas —como ocurrió en el caso *Sisnero*—. La Corte, por el contrario, les concede el beneficio de analizar *ex officio* sus políticas y decisiones bajo el principio de proporcionalidad, esto es: les da la oportunidad de pasar al test, aunque a la postre, en el caso concreto, acaben no superándolo.

Hay tres elementos respecto de los cuales la Corte podría haber trasladado a la empresa la carga de la argumentación: primero, respecto de la identificación de los objetivos y necesidades funcionales a la luz de las cuales la empresa desee exigir un perfil de contratación; segundo, respecto de la conformidad con la Constitución de estos objetivos, y tercero, respecto de los argumentos tendientes a demostrar que la diferenciación de potenciales candidatos por razón de edad no resulta irrazonable a la luz de esos objetivos.

En contraste con ello, la Corte desarrolla de oficio el razonamiento sobre las tres cosas, y en el caso de las dos primeras —presuntos objetivos y su justificación a la luz de la Constitución— con el enorme costo de no mandar el mensaje adecuado al litigio del futuro. En casos futuros en los que la exclusión (que aquí es directa y explícita y concurrente por género, edad y apariencia) no sea tan burda, será importante forzar a las empresas a identificar y articular cuidadosamente las funciones y objetivos que pudieran eventualmente justificar la clasificación de la gente de un modo que sabemos en principio problemático. En el amparo 992, muy por el contrario, la Corte reconstruye las funciones de los recepcionistas y organizadores de eventos y desarrolla un razonamiento sobre “la conservación de la imagen corpora-

to *sine qua non* para desempeñar bien un trabajo), y otra muy distinta que un tribunal ni siquiera entre a cuestionar el comportamiento de una empresa en un caso dado, y menos la obligue a probar nada, por no haber probado el inconforme que la edad fue la única causa de no consideración de su solicitud o de exclusión del grupo al que pertenece (prueba de que la edad es la causa *sine qua non* de la exclusión). Esta segunda posición, adoptada por los juzgadores anteriores, es la rechazada por la Suprema Corte.

tiva” como objetivo empresarial que parece innecesariamente benévolo. Así, la Corte parece asumir que la “conservación de una imagen corporativa” es un fin legítimo para una empresa, cuando la selección y difusión de ciertas imágenes corporativas —y no solo los medios que la empresa pone en operación para mantenerlas— puede ser en sí misma incompatible con la constitución. Una definición de imagen corporativa puede ser racista, clasista, homofóbica o misógina. En qué contextos quepa respetar entonces una determinada imagen corporativa bajo la cobertura de la autonomía de los poderes privados y en cuáles no es algo que debe evaluarse cuidadosamente en cada caso. La Corte debía dejar a las empresas, en otras palabras, el “perjuicio de la duda” y no dar el mensaje de que la selección y mantenimiento de una imagen corporativa, como fin genérico, bajo cualquier posible concreción, es legítimo. Hubiera sido mejor, por consiguiente, considero, usar un fraseo más específico y referirse a que la “conservación de ciertas imágenes corporativas” puede ser perfectamente legítima.

Además, en el desarrollo del argumento por el cual se muestra que la exigencia de un máximo de edad no es un medio necesario para preservar la imagen corporativa de las empresas, la Corte apunta, como vimos, que ese objetivo puede alcanzarse por medios alternativos como imponer ciertos estándares de trato, ciertos lineamientos de higiene personal o incluso ciertos códigos de vestimenta, dando la impresión, de nuevo, que, entonces, este tipo de condicionamientos es genéricamente admisible, cuando en ciertas circunstancias puede no serlo⁶³.

⁶³ El problema ha sido litigado en el caso de los códigos de vestimenta, con frecuencia muy sexistas (y edadistas), pero se da respecto de los otros estándares que la Corte parece considerar benévolos. Cualquiera que haya hecho la compra en los grandes supermercados de la ciudad de México se habrá dado cuenta de que obligaciones justificadas con apelación a la higiene (me vienen ahora a la mente las redes de cabello) marcan externamente de manera indiscriminada a cierto conjunto de trabajadores y testimonian que la empresa decide quién no tiene derecho siquiera a ponderar si se ve ridículo. Cualquiera que haya sido atendido en una variedad de establecimientos, además, podrá atestiguar que ciertas normas de trato corporativamente impuestas a los empleados los obligan a gestos y actitudes serviles.

No parece que el hecho de que los actores no hubieran solicitado el trabajo ofertado —y la circunstancia de que la empresa tenga, por ello, una contraparte sustantiva más colectiva e indefinida que si lo hubieran hecho— exija modificar sustancialmente las conclusiones anteriores sobre cargas probatorias. Si, finalmente, el punto de este tipo de litigios —volveremos sobre ello más adelante en el apartado e)— es responsabilizar y castigar de algún modo, no del todo definido y previsible, a las empresas involucradas en prácticas laborales estereotipadas y perjudicadas —para crear un efecto de desaliento *ex ante* y tratar de que abandonen esas prácticas— tiene sentido trasladarles la prueba de mostrar que sus políticas generales de contratación tienen objetivos admisibles y están cuidadosamente diseñadas a la luz de la obligación de no discriminar⁶⁴. En cualquier caso, el diseño de las cargas en casos de discriminación directa e indirecta puede presentar variación y la experiencia comparada muestra que esta cuestión, junto con muchas otras —como la repartición de cargas de la prueba cuando se aplican tests complejos, o en alegatos de discriminación inversa, si se admiten⁶⁵— deberá ser analizada con mayor cuidado en el futuro.

⁶⁴ En los Estados Unidos, donde existe protección contra la discriminación por efectos (“disparate impact”) en el ámbito laboral a nivel legal (no constitucional), se considera que ante la acreditación de un caso *prima facie* de efecto disparate por causa de una diferenciación hecha sobre la base de un criterio tradicionalmente sospechoso, el demandado tiene que probar que el criterio es “job-related” y que su uso obedece a una “business necessity”, aunque a su vez el actor puede contraargumentar que existe un medio alternativo para satisfacer esa necesidad del negocio que no implica clasificar del modo prohibido. Véase por ejemplo, *Ricci v. DeStefano* 557 U.S. 557 (2009).

⁶⁵ La doctrina anglosajona llama “discriminación inversa por edad” (“reverse age discrimination”) a los reclamos de discriminación elevados por los miembros más jóvenes del grupo de personas mayores protegidas (“the younger older worker”). Sobre este tema véase Ennis, Rebecca L. “Casenote: General Dynamics Land Systems, Inc. V. Cline: Schinking the Realm of Possibility for Reverse Age Discrimination Suits”, en *39 University of Richmond Law Review*, 2005, págs. 753-769; Lacy, Aaron. “You Are Not Quite as Old as You Think: Making the Case for Reverse Age Discrimination under the ADEA” en *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* Vol. 26, 2005, págs. 363-403; Schuchman, Amy L. “The Special Problem of the

III.3 Proporcionalidad estándar v. proporcionalidad plus

Es un acierto que la Corte deje dicho sin ambages que la Constitución protege tanto contra la discriminación intencional como la no intencional, que mencione en dos ocasiones la noción de discriminación múltiple y que enfatice la presencia y efectos de los estereotipos, los prejuicios y el sexismo. Y lo es también que la sentencia deje identificados los factores que aumentan el peso de la Constitución en el ámbito de las relaciones privadas. La Corte habla, recordemos, de la necesidad de ser sensible a la simetría o asimetría de poder entre las partes, a la repercusión social de la práctica discriminatoria y la entidad del interés afectado por ella y su relación con la dignidad humana.

Sin embargo, ninguna de estas nociones hace el trabajo que debería hacer en el momento en que la Corte finalmente se concentra en sustentar el carácter discriminatorio de los anuncios, que se fundamenta en un examen de proporcionalidad que no los incorpora expresamente. Como hemos visto, después de enumerar los tres elementos de modulación de la eficacia horizontal del imperativo no discriminatorio, apela al “campo del ordenamiento” como un elemento que debe tenerse “obviamente” en cuenta⁶⁶, y elabora largamente rasgos de las relaciones laborales que parecen claramente encaminados a mostrar por qué la penetración de los principios antidiscriminatorios debe ser en su contexto especialmente potente —y de ahí sale un test que, en efecto, es de escrutinio estricto, aunque la sentencia no lo adjetive como tal—. Lo que parece hacer la Corte es interiorizar o hacer pesar los tres elementos moduladores exclusivamente en el plano de la determinación de la *intensidad* del test —que en sí mismo es un test de *estructura* estándar que estipula la necesidad de asegurar que la edad es un “requisito esencial y determinante” (y proporcional) para el cumplimiento de un determinado objetivo (legítimo)—, en lugar de

“Younger Older Worker”: reverse Age; Bisom-Rapp, Susan and Malcolm Sargeant. “Diverging Doctrine, Converging Outcomes: Evaluating Age Discrimination Law and The United Kingdom and the United States”, en *Loyola University Chicago Law Journal*, No. 44, 2013, págs. 717-770.

⁶⁶ ADR 992/2014, pág. 24.

incorporarlos expresamente a la hechura del test mismo. Un test que propongo llamar de “proporcionalidad *plus*” obligaría por el contrario a examinar expresamente en alguno de sus “pasos” si la acción o norma impugnados crean o perpetúan o agravan alguno de los distintos y distintivos “males” que la discriminación comporta, relacionados no con cualquier trato distinto, ni siquiera con cualquier trato arbitrario, sino con tratos que perpetúan cierto tipo distintivo de desventaja⁶⁷.

El primer costo de que la Corte use un juicio de proporcionalidad estándar, y no *plus*, de intensidad estricta, pero cuya no superación queda rápidamente sustentada en la consideración de que la imposición de una edad mínima no es un requisito “necesario y esencial” en el caso, sino absolutamente arbitrario —lo cual hubiera impedido igualmente la superación de un test muy suave— es que sienta un precedente banal, que no ofrecerá mucha guía cuando se nos presente un caso menos obvio que el de autos —cuando las empresas hayan “aprendido” y hagan argumentos más sofisticados acerca de por qué ciertos requisitos de edad sí les parecen esenciales—.

Pero más allá de eso, no acabo de ver por qué es una buena idea tratar el extenso campo de las relaciones laborales como un todo, a efectos de la intensidad del análisis de razonabilidad, en lugar de modular la intensidad y los ingredientes del test sobre la base de criterios que reconocemos como relevantes. Una ventaja de los tres criterios moduladores es, a mi juicio, que son conceptualmente independientes y por tanto permiten identificar la presencia de lógicas de discriminación que no vienen siempre juntas. Pensemos en un contexto de relaciones laborales esencialmente simétrica (por ejemplo: socios *senior* de un despacho contratan abogados para otras posiciones *senior*), donde sin embargo se establecen condiciones con notorio impacto

⁶⁷ En su magnífico intento por decantar lo distintivo del daño que llamamos *discriminatorio* (“The Wrongs of Unequal Treatment”), Sophia Moreau sostiene que un trato disperejo hace daño a las personas cuando: a) está basado en prejuicio o estereotipación; b) perpetúa relaciones de poder opresivas; c) deja a algunos individuos sin acceso a bienes básicos; d) disminuye la sensación de autoestima de las personas (2004, págs. 7-23). La autora desarrolla cada uno de estas hipótesis con claridad y pulcritud conceptual.

sistémico (contratan hombres, en un mundo en el que son muy pocas las mujeres que consiguen romper el techo de cristal), en condiciones que impactan intereses vitales de importancia media. O pensemos en un contexto de relaciones laborales muy asimétricas (por ejemplo: un grupo de hipermercados selecciona a personal para la sección de charcutería), donde la diferenciación por género en el segmento laboral tiene bajo impacto sistémico (porque no hay una historia de prácticas de segregación en el área), pero se imponen condiciones laborales que uno puede afirmar que afectan a la dignidad. En un contexto se pueden dar los tres factores agravantes, en otro dos, uno o ninguno. La selección de la intensidad del escrutinio y de los elementos que se examinarán al efectuarlo debería ser sensible a cómo vienen dados estos distintos factores.

Además, como la experiencia comparada enseña, el énfasis exclusivo en la conexión medio-fin, sin mayor aderezo, corre el riesgo adicional de instalar una línea de análisis asentada sobre la idea del “grupo de comparación”, aquejado por un buen número de problemas. La doctrina canadiense —así como la Suprema Corte en el caso *Withler*— ha señalado que con frecuencia el análisis medio-fin puede poner a las personas en la situación de tener que hacer un argumento complejo y sofisticado sobre qué rasgo o elemento distingue su posición de la del grupo integrado por las personas que, a la luz del objetivo de la norma o práctica, son iguales a ella en todo, menos en el rasgo del cual la discriminación se predica⁶⁸; este proceder, al forzar a las personas a describirse privilegiando ese rasgo unificador o distinguidor, invisibiliza, por regla general, que la experiencia de discriminación que viven las personas solo puede capturarse si se tienen en cuenta los efectos simultáneos de varias prácticas y factores⁶⁹. Un

⁶⁸ Véase Gilbert, Daphne. “Time to regroup: Rethinking Section 15 of the Charter”, en *MacGill Law Journal*, Vol. 48, 2003, págs. 627.

⁶⁹ Gilbert, Daphne, y Diana Marjury. “Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Doooms Section 15”, en *Windsor Yearbook of Access to Justice*, No. 24, 2006, pp 138. La Corte de Canadá se refiere a este problema en el caso *Withler v. Canada (Attorney General)* [2011] 1 S.C.R. 396. La norma impugnada reducía una prestación complementaria por causa de

test que da pie a concentrarse en comparar corre el riesgo de ser inane para detectar si una norma o práctica tiene un impacto que, visto en el conjunto del contexto entero del grupo al que la persona pertenece, mantiene o empeora su situación de desventaja o los estereotipos negativos que le afectan —que es el punto central del derecho a la igualdad sustantiva—⁷⁰.

Existe el riesgo, en definitiva, de que un test que no incorpore expresamente —sobre todo en la parte de la “proporcionalidad en sentido estricto”— ciertas nociones derivadas del derecho antidiscriminatorio de la antisubordinación (en oposición al derecho antidiscriminatorio de las clasificaciones) acabe “racionalizando” la subordinación social, al permitir que pasen el test situaciones que no lo ameritan. Y en el amparo 992, la Corte no saca jugo de elementos que con anterioridad ha enunciado como relevantes —las nociones de prejuicio, estereotipo, etcétera— a la hora de explorar la legitimidad de revisar desde la constitución el mundo privado, y resuelve el caso sin adicionarlos expresamente al test, lo cual le resta a este virtualidad para detectar

muerte (una pequeña parte dentro de un paquete más amplio de prestaciones por viudedad) por cada año que el esposo/a hubiera superado los 65 años al momento de su muerte. Los peticionarios sostenían que la diferenciación por edad era arbitraria. La Corte sostuvo que no, que la finalidad de la ley era dar una especie de seguro en los casos en los que por la edad de la muerte el viudo/a no tendría derecho a pensión y proporcionar una pequeña ayuda para gastos de enfermedad y muerte en caso contrario, y que no tenía sentido, en el contexto de una visión que asocia la discriminación a una distinción (basada en un criterio enumerado o análogo) que crea una desventaja por la vía de perpetuar el prejuicio o el estereotipo, obsesionarse con la comparación entre el reclamante y un grupo en situación similar: “Lo que se requiere no es una comparación formal con un grupo espejo de comparación, sino una aproximación que contemple la totalidad del contexto, incluida la situación del reclamante y si el impacto de la ley impugnada es perpetuar la desventaja o los estereotipos negativos sobre ese grupo” (*Withler*, § 27, la traducción es mía).

⁷⁰ En la exploración de Moreau sobre los males que la discriminación inflige, la mayoría de los elementos que surgen *no son comparativos*, esto es, no derivan de adoptar una perspectiva de comparación entre unas personas y grupos y otros. Vid *supra* nota 61.

las verdaderas causas de subordinación, desventaja y mantenimiento de la estratificación social.

Aparte de los elementos que están perfilados en abstracto al principio de la sentencia, hay otros que podrían tener espacio en un test ligeramente más complejo. A ellos me refiero en el subapartado que sigue.

III.4 Estereotipación interna-externa y dignidad

La sentencia no hace referencia a un elemento cuya presencia en el caso no debe ser soslayada: la existencia de *doble estereotipo*, asociado a daños que afectan tanto a los incluidos como a los excluidos por las ofertas laborales analizadas (y no solo a los segundos). Llamaré a este fenómeno “estereotipación interna-externa” y es importante distinguirla de la “discriminación múltiple” —sea que se produzca por estereotipación múltiple o por otra vía—.

La Corte habla de discriminación múltiple en dos ocasiones cuando señala la frecuencia con que los requisitos de edad máxima van unidos a asunciones sobre idoneidad, género y apariencia, y cuando destaca que el ámbito de las relaciones laborales está en general infestado de actuaciones que reflejan estereotipaciones múltiples. Pero existe también un daño asociado al estereotipo que se proyecta sobre la gente que sí es contratada, que sí consigue los puestos de trabajo —etiquetados bajo categorías sexistas, edadistas o clasistas. Del mismo modo que hay tratos que violentan a quien los recibe tanto como a quien se ve obligado a prestarlos⁷¹, hay “beneficios envenenados” que al tiempo que ofrecen a ciertas personas una oportunidad valiosa, legitiman un contexto que necesariamente los priva de muchas otras⁷². Sophia Moreau señala que los estereotipos son generalizaciones —no

⁷¹ Como le escuché decir una vez a Ernesto Garzón Valdés.

⁷² Me inspiro aquí en la expresión que acuña Esteban Restrepo, en otro contexto, para hacer referencia a sentencias de las cortes constitucionales contemporáneas sobre delitos sexuales. Las cuales, aunque afirman los valores normativos libertarios, igualitarios y dignitarios propios del constitucionalismo contemporáneo, al mismo tiempo legitiman las asunciones morales y los tabúes culturales que están atrás de dichos crímenes —y que se supone

necesariamente negativas, aunque lo son con frecuencia— que han sido adoptadas por un grupo como descripción de otros individuos, en lugar de derivar de un intento de autodefinición por parte de estos últimos⁷³. El primer daño que una generalización, que es un estereotipo, inflige es entonces, dice Moreau, el mal de ser descrito y considerado sobre la base de lo dicho por otro, que puede no tener en cuenta las características de uno. Pero además, la presentación pública del modo que otros escogen disminuye en muchas ocasiones mi autonomía, mi capacidad de autodirección vital⁷⁴. Los estereotipos basados en criterios como la raza, la edad, la orientación sexual típicamente disminuyen mucho más la autonomía —el desarrollo de una vida que podamos considerar controlada o diseñada en términos generales por nosotros mismos— que, por ejemplo, el estereotipo de que “los dueños de coches rojos conducen peligrosamente” usado a veces para negarles primas de seguro reducidas⁷⁵, pues repercuten sobre dimensiones que tienen más peso, o más centralidad, o efectos simultáneos múltiples, en nuestros planes de vida. A mi juicio, es claro que el mal ligado a la disminución de la autonomía, en los términos señalados, es detectable en casos como el de los anuncios tanto para los excluidos como para los incluidos —es un mal que puede acompañar la dación de un beneficio y no solo su negación—.

Un segundo elemento que en la argumentación final de la Corte no juega demasiado papel es la apelación a la *dignidad*. La dignidad juega en las instancias anteriores a la Corte un papel mucho más importante:

son las que debían ser erradicadas para empezar—. (Restrepo Saldarriaga, Esteban. “Poisoned Gifts: Old Moralities under New Clothes?”, 2014).

⁷³ Moreau, Sophia R. “The Wrongs of Unequal Treatment”, en *University of Toronto Law Journal*, Vol. 54, No. 3, 2004, págs. 291-326.

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 9. Véase también Arena, Federico. “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, en *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. 29, N° 1, 2016, quien distingue entre estereotipos descriptivos y normativos, subraya el carácter convencional y constitutivo de los estereotipos normativos y explora sus efectos (positivos y negativos) en la identidad, comportamiento y conformación de planes de vida de individuos y grupos.

⁷⁵ *Ibid.* pág. 10.

como vimos, los actores insisten en ella desde el principio tanto para apuntalar su argumento de que el daño del que se quejan deriva directamente del texto de los anuncios y hace irrelevante que solicitaran los trabajos, y el Tribunal Colegiado lista como primera condición para considerar acreditada una violación al principio de igualdad la afectación a un interés relacionado con la dignidad de las personas.

El juego de la dignidad en el análisis antidiscriminatorio ha sido particularmente analizado en Canadá a raíz de que la Suprema Corte le confiriera un lugar central al resolver el caso *Law v. Canada*⁷⁶, aunque los estándares sentados en *Law* han sido fuertemente criticados y fueron desplazados como instanciación del test de referencia para casos de igualdad cuando se falló *Regina v. Kappan* 2008⁷⁷. En *Law*, el juez Iacobucci intentó unificar las distintas posiciones que sus compañeros habían desarrollado al aplicar los estándares desarrollado en *Andrews*⁷⁸ y confeccionó un test que convierte a la “dignidad humana”

⁷⁶ *Law v Canada* (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497. La sentencia se pronuncia sobre el reclamo de Nancy Law, que había combatido una norma del Plan de Pensiones según la cual una persona con menos 35 años puede cobrar pensión de viudedad si tiene una discapacidad o tiene dependientes a cargo al momento del deceso de su pareja; si no, solo puede cobrarla si tiene mínimo 65 años. La Corte determinó que la diferencia de trato por razón de edad no es discriminatoria.

⁷⁷ *Regina v. Kapp* [2008] 2 S.C.R. 483. En esta sentencia la Corte canadiense examinó un permiso especial para comercializar lo obtenido durante un periodo de pesca exclusiva concedida a los pueblos aborígenes. La Corte aprovecha para sentar criterio por primera vez sobre la sección 2 del artículo 15, que establece que lo dispuesto en la sección 1 (que asegura el derecho a la igualdad y no discriminación) “no precluye ley, programa o actividad alguna que tenga por objeto el mejoramiento de las condiciones de individuos o grupos desaventajados incluidos los que son desaventajados por motivos de raza, origen nacional o étnico color, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental”.

⁷⁸ *Andrews v. Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143. *Andrews* fue el primer caso de igualdad de la Corte, y en *Kapp* la Corte confirma su status de referente analítico para esclarecer las violaciones a la igualdad sustantiva que la Carta protege —con todo y no rechazar en sentido estricto los desarrollos de *Law*.

en la noción jurídica clave del test de igualdad. *Law* pone por delante el imperativo de hacer una interpretación propositiva de la protección igualitaria e indica que la discriminación debe definirse en términos del impacto del programa o norma sobre el grupo que denuncia el trato injustificado, y que ese impacto debe aquilatarse tomando en consideración cuatro “factores contextuales”: 1) desventaja preexistente, si la hay, del grupo reclamante; b) grado de correspondencia entre el trato diferenciado y la realidad del grupo; c) si la ley o programa tiene un fin o un efecto mejorador; d) naturaleza del interés afectado⁷⁹. Pero en *Kapp* la Corte reconoce que

la dignidad humana es una noción abstracta y subjetiva que, incluso con la orientación de los cuatro factores contextuales, no solo puede acabar siendo confusa y difícil de aplicar, sino que ha mostrado poner cargas adicionales a quienes hacen un argumento de igualdad, en lugar de ser el avance filosófico que quería ser. También ha habido crítica por el modo en que *Law* ha permitido el resurgir del formalismo propio de algunos de los casos post-*Andrews* en forma de un artificial análisis de comparación focalizado en tratar igual a los iguales⁸⁰.

⁷⁹ *Ibid.*, §§ 62-75.

⁸⁰ *Kapp*, § 22. Para críticas y reflexión sobre el papel de la dignidad en *Law* véase Moreau, Sophia R. “The promise of *Law v. Canada*”, en *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 57, No. 2, 2007, págs. 415-430. y Réaume, Denise. “Discrimination and Dignity”, en *Louisiana Law Review*, No. 63, 2003, págs. 645-695. Otras de las críticas a *Law* solo se entiende tomando en cuenta la arquitectura del análisis constitucional canadiense sobre limitación de derechos, que avanza en dos etapas. En la primera se examina si, sobre la base de lo dispuesto en el artículo que protege el derecho, puede afirmarse que existe una vulneración al mismo. En un segundo momento se examina si, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1° de la Carta, puede concluirse, no obstante, que esa violación está justificada en una sociedad democrática —el artículo 1° dice que “la Carta canadiense de Derechos y Libertades garantiza los derechos y las libertades en ella establecidas sujetos exclusivamente a aquellos límites razonables prescritos por la ley que puedan ser demostrablemente justificados en una sociedad libre y democrática. Este esquema fue establecido en temprana hora en el caso *Regina v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103. La doctrina —véase, por todos, la opinión de Peter Hogg (2003,

Reconociendo su papel como valor de trasfondo, la Corte recomienda regresar el énfasis al examen centrado en evaluar si el efecto de la acción que se denuncia como discriminatoria es perpetuar la desventaja⁸¹.

La experiencia canadiense, por tanto, nos muestra las aporías que pueden venir de depositar una confianza excesiva en la idea de dignidad humana como noción jurídica operativa en el análisis de igualdad. Es importante ver, sin embargo, que las críticas a la misma están ligadas al hecho de que *Law* establecía una equivalencia de planos entre igualdad y dignidad, y luego trataba de aterrizar la segunda mediante el examen de cuatro elementos cuya especificidad e interrelación mutua, según fue demostrando la resolución de los casos, no lograban “traducir” exitosamente esa noción general (igualdad-dignidad). Lo que no funcionó en Canadá fue el uso de la dignidad como una “noción paraguas” que pretendía encapsular todo lo que uno deseaba que quedara inserto en el análisis constitucional de igualdad. Pero ello no implica que un uso mucho más acotado del elemento “dignidad” —un uso según el cual resulta un elemento inserto en un contexto mayor, un componente de un análisis de igualdad comprensivo de muchos otros— no pueda jugar un papel positivo y útil. A mi juicio, en el contexto constitucional mexicano, tal y como el amparo 992 nos lo ilustra, la apelación al daño dignitario puede tener un papel positivo en al menos dos momentos.

En primer lugar, la apelación a la dignidad puede reforzar el análisis del tipo de reclamo al que se puede dar entrada cuando —como fue el caso en el 992— las personas no acuden a la justicia con un “acto de aplicación” en la mano, sino que denuncian los efectos asociados

pág. 1082)— señaló que *Law* traslada mucho de lo que normalmente sería un análisis de segundo momento bajo el artículo 1° a un análisis de primer momento bajo el artículo 15, esto es, eleva los requisitos y argumentos que deben proporcionarse para considerar acreditada una violación al principio de igualdad (lo cual es, como acabo de subrayar, apenas el primer paso de un argumento de discriminación exitoso que todavía tendrá que pasar la barrera del 1°).

⁸¹ Kapp, § 23.

a la existencia abstracta de algo —un acto o práctica de particulares, ciertas normas—. La noción de dignidad puede ayudar a modular la entrada a la jurisdicción para que no sea tan amplia que acabe banalizando este tipo de litigio o provocando un revido judicial contra él, y a mantenerlo operativo con toda su virtualidad en los muchos casos que lo ameritan.

En segundo lugar, la apelación a la dignidad puede orientar la proyección y la intensidad del escrutinio de igualdad en un país como México en el que los contornos del catálogo de derechos fundamentales son indefinidos y, en general, maximalistas. Actualmente la declaración de derechos mexicana incluye los derechos listados en la constitución más los derechos humanos incluidos en los tratados ratificados por México (no solo los tratados de derechos humanos). El inventario de derechos es muy abierto y en el contexto del texto constitucional, los derechos están dispersos a lo largo de todo el articulado. Es muy difícil, en otras palabras, construir una teoría coherente acerca de qué es un derecho fundamental versus un mero derecho de configuración legal, por ejemplo, y creo que la interpretación del texto a la luz de la idea de dignidad humana puede, en este sentido, ser de alguna ayuda. Ciertamente, la garantía de igualdad opera bajo la Convención Americana respecto de toda protección legal (no solo respecto del goce de los derechos fundamentales), pero a la hora de determinar la intensidad de los escrutinios de igualdad, es necesario formular distinciones que con la apelación a valores más generales, como la dignidad, seguramente pueden trazarse de mejor modo.

III.5 La construcción remedial

Sin duda, una de las partes de la sentencia que amerita un análisis más detenido es la parte remedial, y en esta ocasión no le haremos justicia. Me gustaría señalar, solamente, algunos rasgos generales de lo que parece que la Corte está haciendo en este rubro.

Lo que más destaca de esta parte de la sentencia, a mi juicio, es la intención holística de la Corte, y el modo en que parece querer transmitir, fundamentalmente, un mensaje a los jueces —al resto de

los jueces— y a las empresas y demás agentes privados. El mensaje general para los jueces parece ser un llamado a que incorporen en su horizonte cotidiano la necesidad de dar efectividad al principio de no discriminación —ahora que, tras el cambio de criterio de la Corte sobre control difuso, todos los jueces mexicanos son jueces de constitucionalidad⁸²— y a hacer lo necesario para que los justiciables se lo tomen en serio, dejándoles una amplia discreción en cuanto a las medidas apropiadas para asegurar que eso ocurra.

El mensaje a los poderes privados, que me parece que se transmite por la variabilidad de las consecuencias derivables de la discriminación, su independencia mutua y la consiguiente dificultad para anticipar los efectos que puede tener incurrir en una conducta discriminatoria, parece, por otro lado, un mensaje esencialmente disuasivo encaminado a darles razones para modificar una dinámica en la que actualmente el imperativo de no discriminar no juega ningún papel, y para instaurar dinámicas preventivas. Que en la parte sobre concesión de indemnización dineraria la Corte —al tiempo que llama a la prudencia— especifique que no procede hablar de fijación de topes —lo cual impide a las empresas incorporar y normalizar el costo de una eventual condena— parece que va en la misma línea.

A mi juicio, este mensaje general es más valioso que la factura detallada de cada elemento del menú de consecuencias diseñado por la Corte, que en algunos puntos es problemática. La parte dedicada a las consecuencias penales, por ejemplo, deja inexplicablemente de apuntar que los delitos de discriminación, tal y como están tipificados en la legislación mexicana, pueden muy bien ser inconstitucionales. En una sentencia que se preocupa tanto por dejar estándares sentados para el futuro, es extraño no encontrar un recordatorio al carácter de *ultima ratio* del derecho penal ni un *caveat* acerca de la necesidad no solo de ser pulcros en la acreditación del supuesto de hecho sino también de revisar el modo en que es constitucional la legislación penal dictada.

⁸² Para reseguir la evolución de los criterios al respecto véase, de la Suprema Corte mexicana, el Varios 912/2010, la CT 293/2011, la CT 299/2013 y el ADR 1046/2012.

Esa sección, en pocas palabras, está lejos de ser un desarrollo mínimamente serio sobre un punto jurídico tan complicado. La construcción sobre nulidad y sobre indemnización es igualmente muy indeterminada y creo que debe simplemente interpretarse como un “continuará”, como algo que claramente deberá ser retomado y pensado a la luz de más elementos en casos futuros.

La parte más interesante, a mi juicio, es las de las “medidas de reparación de carácter disuasorio”, pues entre otras cosas representan la vía por la cual la sentencia consigue articular lo individual con lo colectivo y por tanto —en un país en el que no hay todavía sentencias estructurales como las que sí ha dictado la Corte Constitucional colombiana o la Corte argentina— como una manera de tener impacto sistémico a partir de los litigios de estructura clásica. Aun sin citar, en esta ocasión, ni el tenor literal del artículo 1° de la Constitución mexicana que habla del deber de los poderes públicos de, *inter alia*, reparar las violaciones de derechos, ni la doctrina de las reparaciones transformadoras desarrollada por la Corte Interamericana en *Campo Algodonero*, la Corte mexicana muestra una notable digestión de estos desarrollos y aterriza una serie de ideas valiosas —la apelación a previsiones concretas de la legislación laboral y el llamado a aprovechar la Inspección de Trabajo me parece muy acertado— acerca del modo en que la judicatura puede diseñar un menú de consecuencias apropiadas para los casos de discriminación. Seguramente, es por la vía de profundizar en esa dirección —y no en la que marcan los otros ingredientes del “menú remedial” del amparo 992—, siempre que podamos confiar en la existencia de jueces maduros y razonables, que los jueces pueden ir trazando una contribución valiosa a la construcción del derecho antidiscriminatorio.

IV. Comentarios finales

Cualquiera que resida o haya pasado un tiempo en México haciendo vida cotidiana —haciendo, me refiero, una vida con más y más variadas interacciones que las habituales en una visita turística— recordará, a buen seguro, una importante cantidad de experiencias que le

habrán parecido abusivas y ante las cuales se habrá sentido indignado. Muchas de estas experiencias no ocurren en interacción con los poderes públicos sino en espacios privados como los bancos, las compañías de seguros, los comercios, las escuelas, los restaurantes o los lugares de entretenimiento. Los precios y comisiones abusivas, la imposición de todo tipo de condiciones y cargas arbitrarias, la falta de prestación de servicios esperados o la falta de cobertura de riesgos que en otros lugares esas empresas cubren sin rechistar testimonian la debilidad de un Estado que no encuentra los medios de regular a los agentes privados y ofrecen una amplia ventana desde la cual contemplar dónde se gesta (y se refleja) la realidad cuasi feudal en la que la mayoría de los ciudadanos siguen inmersos.

El amparo 992 es importante porque ofrece, por fin, una manera de visualizar desde la Constitución algunas de estas experiencias e interacciones, desplegando argumentos que creo que deben ser considerados en cualquier análisis sobre desarrollos jurisprudenciales regionales en materia de igualdad, en particular en el ámbito en el que se decantan las respuestas jurídicas al sexismo y al edadismo.

Aunque en este trabajo he dedicado mucho espacio a destacar las debilidades de la sentencia y a situar la argumentación en un contexto más amplio que nos recuerde la complejidad de construir categorías jurídicas aptas para avanzar con efectividad hacia lo que se persigue, sin duda hay que celebrar que la Corte mexicana se muestre comprometida con una idea no banal de igualdad y que —en este y en algún otro caso reciente— desarrolle herramientas que son sensibles a la profunda conexión que existe entre patrones estructurales y comportamientos individuales. Sin una jurisprudencia comprometida con la desarticulación de este tipo de dinámicas —con independencia de las fortalezas y debilidades que presente cada sentencia concreta— poco puede esperarse en términos de vigencia efectiva de la Constitución.

Bibliografía

- Alterio, Micaela. “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 20, 2016.
- Arena, Federico. “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. 29, N° 1, 2016
- Atienza, Manuel. *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2003.
- Balkin, Jack, y Reva Siegel. “Remembering How to Do Equality”, en *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Bisom-Rapp, Susan and Malcolm Sargeant. “Diverging Doctrine, Converging Outcomes: Evaluating Age Discrimination Law in The United Kingdom and the United States”, en *Loyola University Chicago Law Journal*, No. 44, 2013, págs. 717-770.
- Ennis, Rebecca L. “Casenote: General Dynamics Land Systems, Inc. V. Cline: Schrinkng the Realm of Possibility for Reverse Age Discrimination Suits”, en *39 University of Richmond Law Review*, 2005, págs. 753-769.
- Gilbert, Daphne. “Time to regroup: Rethinking Section 15 of the Charter”, en *MacGill Law Journal*, Vol. 48, 2003, págs. 627.
- Gilbert, Daphne, y Diana Marjry. “Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dooms Section 15”, en *Windsor Yearbook of Access to Justice*, No. 24, 2006, págs. 111-138
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Ontario, Thomson-Carwell, 2003.
- Lacy, Aaron. “You Are Not Quite as Old as You Think: Making the Case for Reverse Age Discrimination under the ADEA”, en *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* Vol. 26, 2005, págs. 363-403.
- Lucy, William. “Equality Under and Before the Law”, en *University of Toronto Law Journal*, Vol. 61, No. 3, 2011, págs. 411-465.
- Moreau, Sophia R. “The Wrongs of Unequal Treatment”, en *University of Toronto Law Journal*, Vol. 54, No. 3, 2004, págs. 291-326.
- _____. “The promise of Law v. Canada”, en *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 57, No. 2, 2007, págs. 415-430.

Pou Giménez, Francisca. “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ni tan nuevo ni tan protector?”, en *Anuario de Derechos Humanos* Núm. 14, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2014, págs. 91-103.

_____. “Cambio constitucional y arquitectura institucional de la Corte: la indeterminación de las decisiones como un obstáculo para la legitimidad”. Bajo proceso de arbitraje, 2013.

Réaume, Denise. “Discrimination and Dignity”, en *Louisiana Law Review*, No. 63, 2003, págs. 645-695.

Restrepo Saldarriaga, Esteban. “Poisoned Gifts: Old Moralities under New Clothes?”, 2014

Schuchman, Amy L. “The Special Problem of the “Younger Older Worker”: reverse Age Discrimination and the ADEA”, en *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 65, 2004, págs. 339-384.

Siegel, Reva. “Discrimination in the Eyes of the Law: How Color Blindness Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification”, en *California Law Review*, No. 88, 2000, págs. 77-118.