

III. La regulación de la discriminación en el empleo

Si la discriminación en el empleo se reproduce a través de una multiplicidad de mecanismos, instituciones, políticas y prácticas, una de las preguntas fundamentales es: ¿qué, de todo, es responsabilidad del Estado? A eso está dedicado este tercer y último apartado: a explorar la regulación de la discriminación en el empleo en México. Lo que al Estado le corresponde, lo que el Estado está haciendo y lo que el Estado podría hacer si quisiera cumplir con su mandato.

En la primera sección de este apartado, se exponen los elementos mínimos que debería contener una política integral para combatir la discriminación en el empleo. Estos elementos se han determinado pensando en la naturaleza compleja y multifactorial de la discriminación laboral y en el mandato que le impone al Estado el derecho a la no discriminación. Después se exponen y analizan críticamente las políticas que se han implementado en México para hacerle frente a la discriminación en los centros de trabajo, sobre todo las que se han impulsado desde la legislatura.

A. Elementos mínimos para una política integral

El mandato que le impone el derecho a la no discriminación al Estado es claro: es responsable tanto de la discriminación directa, como de la discriminación indirecta; de aquella que es perpetrada por el Estado y de la que es atribuible a las empresas. En este sentido, el Estado es responsable de *todos* los factores que puedan fomentar, propagar, justificar y exacerbar la discriminación en el empleo.

La discriminación en el empleo en México

Ahora: si la discriminación es un fenómeno multifactorial, las políticas que el Estado debe implementar para combatirla deben reflejar este hecho. Es evidente que la discriminación en el empleo no se va a erradicar con *una* política. Se necesitan múltiples políticas, implementadas al mismo tiempo, de manera coordinada, para que se empiecen a modificar las brechas que actualmente existen para acceder al empleo. En este sentido y con todo lo visto en este segundo apartado, un compromiso genuino por erradicar la discriminación en el empleo requeriría, al menos, lo siguiente por parte del Estado:

- Cambios en las políticas educativas para garantizar la inclusión y el respeto, en todos los niveles escolares, de *todas* las personas, incluidas las personas con discapacidad, las personas LGBT, las personas indígenas y las mujeres. Una política que combatiera la discriminación en el empleo, sin atender la discriminación educativa, es incompleta.
- Cambios en las políticas fiscales y económicas que están profundizando las desigualdades y la pobreza, especialmente la que afecta a personas indígenas y a mujeres (esto implicaría, entre otras cosas, realizar cambios a las políticas del salario mínimo y en la política de recaudación fiscal).
- Cambios en las políticas migratorias para combatir la discriminación en contra de personas por su estatus migratorio y la trata laboral que afecta a personas migrantes.
- Cambios en las políticas del cuidado que permitan repartir de manera más igualitaria las labores de cuidado entre distintos sistemas (la familia, la escuela, las guarderías, etc.) y al interior de la familia, promoviendo específicamente la inclusión de los hombres para que también se responsabilicen de las labores de cuidado. Una política que pretenda solo modificar la esfera laboral, sin trastocar la familiar en lo que al cuidado se refiere, es una política incompleta. Esto también implica repensar los horarios escolares y no solo los laborales. Y también pasa por garantizar el acceso a guarderías para quienes no necesariamente tienen una afiliación a la seguridad social (tal y como ocurre con la salud y el Seguro Popular actualmente).
- Cambios en las políticas de formalización del trabajo para combatir la informalidad laboral. Si el Estado no se responsabiliza por las condiciones actuales de informalidad en las que se desempeñan muchos

Estefanía Vela Barba

trabajos, sus esfuerzos por combatir la discriminación en el empleo también quedarán incompletos.

- Cambios al sistema de justicia laboral para garantizar el acceso a la justicia en casos de violación a los derechos laborales. Si no existe un sistema que le permita a las personas responsabilizar a los centros de trabajo por las violaciones en las que incurren, con procedimientos rápidos, claros y accesibles, el derecho a la no discriminación en el empleo –como todos los derechos laborales– no podrá ser garantizado adecuadamente.
- Cambios en los sistemas de transporte y en la arquitectura de las ciudades para que garanticen la movilidad plena y segura de todas las personas. Si los espacios de trabajo son inaccesibles para las personas (porque las rutas son inseguras; porque no existen las condiciones para que las personas con alguna discapacidad motriz accedan a ellos), muchas brechas persistirán.
- Cambios en las políticas carcelarias y de encarcelamiento para detener la criminalización de la pobreza y la perpetuación de la marginación laboral y económica de hombres y mujeres. Como ocurre con las políticas fiscales y económicas: si no se atienden los factores que contribuyen a la reproducción de la pobreza, ciertas brechas permanecerán.
- Cambios en las políticas de generación de información pública para la igualdad para contar con más y mejor información detallada sobre a quién y cómo afecta la discriminación en el empleo, los costos que le genera a las empresas y al Estado y los procesos a través de los cuales se reproduce. Esto incluiría, por supuesto, una evaluación crítica de las propias políticas que el Estado implementa en la materia.
- Y, finalmente, cambios en la regulación específica de la discriminación en el empleo dirigida a impactar el funcionamiento de los centros de trabajo. En el resto de este trabajo, me enfocaré en este último punto.

¿Cómo debería ser la regulación para que se combatiera de manera más efectiva la discriminación en el empleo en los centros de trabajo? ¿Cuáles deberían ser sus componentes mínimos?

A partir de todo lo hasta ahora visto, perfilaría los siguientes como los elementos mínimos de un sistema para combatir la discriminación al interior de los centros de trabajo: 1) un régimen de derechos laborales respetuoso del derecho a la no discriminación; 2) sistemas de informa-

La discriminación en el empleo en México

ción sobre los centros de trabajo; 3) mecanismos para detectar, castigar y reparar la discriminación directa e indirecta en los centros de trabajo; 4) una serie de obligaciones e incentivos para los centros de trabajo; 5) una promoción activa por parte del Estado de la inclusión laboral y 6) un sistema de indicadores y mecanismos de evaluación y rendición de cuentas para poder monitorear lo que está haciendo el Estado.

1. Un régimen de derechos laborales respetuoso del derecho a la no discriminación

La premisa para tener una buena regulación para combatir la discriminación en el empleo es contar con un régimen de derechos laborales que sea respetuoso del derecho a la no discriminación. ¿Qué implica esto? Varias cosas, quizás obvias, pero que nunca está demás explicitar:

- Tiene que establecerse de manera clara que todas las personas tienen derecho a no ser discriminadas en el acceso, promoción, despido y trato al interior del trabajo, aunque no sean trabajadoras aún de un lugar.
- A todos los y las trabajadores se les tienen que reconocer los mismos derechos, con independencia del trabajo o profesión a la que se dediquen. Cualquier diferencia de trato entre profesiones o entre trabajos, también se tiene que justificar con base en el *test* de escrutinio estricto del derecho a la no discriminación.
- El régimen de salarios, prestaciones y beneficios también se tiene que determinar respetando el derecho a la no discriminación. Esto es particularmente relevante para las prestaciones relacionadas con el cuidado y con la familia (licencias de maternidad/paternidad, acceso a guarderías, etc.).
- Los derechos laborales tienen que ser tales que reconocen la importancia de contar con una vida *fuera* del trabajo, y que garantizan una vida decente, libre de violencia y discriminación *al interior* del trabajo. En este sentido, la vida laboral tiene que ser tal que permita el desarrollo de una vida familiar plena.

Esta es la base. ¿Qué más se requiere?

2. Sistemas de información sobre los centros de trabajo

Siguiente premisa: para erradicar la discriminación, es necesario primero poder detectarla. Dado que la discriminación en el empleo es absolutamente contextual y cambia dependiendo del centro de trabajo específico de

Estefanía Vela Barba

que se trate, es necesario generar sistemas que permitan capturar y analizar la información *de cada* centro de trabajo. Esto no lo puedo enfatizar lo suficiente: estudios como los que actualmente publica el INEGI son necesarios para detectar brechas en ciertas profesiones, industrias y regiones; pero ultimadamente es necesario poder contar con información de *cada* empresa y de *cada* institución pública, porque es a ese nivel en donde mucha de la discriminación ocurre.

Estos sistemas de información son clave, sobre todo, para detectar la discriminación *indirecta*, ya que una de las formas principales de verla es a través de análisis numéricos que permitan visualizar dónde, en una organización, están las personas. Los números son un indicador de que existe una posible práctica discriminatoria que está excluyendo a las personas del acceso al trabajo. La información también es clave, por ejemplo, para casos de discriminación salarial. ¿Cómo se puede saber si una empresa le está pagando menos a una trabajadora o trabajador, *por el género, orientación sexual, origen étnico, etc.*, si no hay datos sobre quién goza de qué salarios en la empresa? Ahora: esta información no es relevante solo para las personas o para el Estado, sino incluso para las mismas empresas: ¿cómo pueden saber si sus políticas “a favor de la diversidad” funcionan si no están midiendo quién entra y sale de, o sube y baja en sus organizaciones?

Sin sistemas de información, cualquier disposición que prohíbe la discriminación indirecta es hueca, porque no habría forma de detectarla. Y la realidad es que un trabajador o trabajadora “común” no tiene los medios para saber esta información, por lo que es necesario que el Estado establezca los mecanismos para que se pueda obtener.

Considero que esto es algo que el Estado sí puede realizar. Si el Estado es capaz de diseñar un sistema fiscal, en el que todas las personas físicas y morales año con año someten sus declaraciones fiscales, el Estado es capaz de diseñar un sistema en el que todos los centros de trabajo año con año someten información sobre su composición laboral. Esto implicaría varias cosas.

Primero: se tendría que diseñar un formato sobre la información a recabar. El formato tendría que ser tal que se respete el derecho a la privacidad de las personas y que los centros de trabajo estén en posibilidades de responderlo fácilmente. El formato tendría que ser capaz de dar cuenta, al menos, de quiénes ocupan qué puestos al interior del centro de trabajo y cuáles son sus salarios y prestaciones, desde una perspectiva interseccional. Esto significa que, idealmente, el formato debería poder capturar la siguiente información: el sexo asignado al nacer en el acta de nacimiento; el sexo que aparece actualmente en el acta de nacimiento; la identidad de

La discriminación en el empleo en México

género; el color de piel; el origen étnico; la orientación sexual; el estado civil; el número de hijos; la religión; la discapacidad y el nivel de escolaridad de las personas. Evidentemente, descifrar las categorías sería un trabajo en sí mismo, que requeriría una colaboración directa con los grupos de personas directamente afectadas por la discriminación. Las categorías tendrían que ser tales que reflejen las prácticas de auto-identificación de las personas.

Se tiene que establecer un mecanismo al interior de los centros de trabajo para poder extraer esta información; y, también, para actualizarla cada que haya un cambio en la situación laboral de las personas. En distintos países, esta información se incluye en un formato que, una vez llenado por las personas, se va directamente a recursos humanos (o su equivalente), que se encarga de procesar la información para que el centro de trabajo pueda cumplir con su obligación de reportarle al Estado.³²⁰ En Estados Unidos, por ejemplo, todas las compañías con más de 15 trabajadores tienen que someter, anualmente, el formato EEO-1 ante la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (*Equal Employment Opportunity Commission*). Algo similar podría establecerse para México.

Como afirmé previamente: este formato se tiene que diseñar de forma tal e implementar de forma tal que se respete el derecho a la privacidad de las personas. Esto implica, entre otras cosas, que la información solo puede ser recolectada para efectos estadísticos y no para juzgar los detalles privados de cada persona al momento de contratar, promover o despedir. Esto también implica que se tiene que garantizar la anonimidad y que se le tiene que informar a las personas para qué es la recolección de datos. Tiene que existir un consentimiento informado para que esta práctica sea legítima.³²¹

³²⁰ Para el caso europeo, véase European Parliament, *The Employment Equality Directive. European Implementation Assessment*, febrero 2016, pp. 50-51 y, especialmente, European Commission, *Measuring Discrimination. Data Collection and EU Equality Law*, 2006, disponible en: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1687&langId=en>; European Commission, *The fight against discrimination and the promotion of equality. How to measure progress done*, 2008, disponible en: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=770&langId=en>; y Open Society Foundation, *Ethnic Origin and Disability Data Collection in Europe: Measuring Inequality – Combating Discrimination*, 2014, disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/ethnic-origin-and-disability-data-collection-europe-20141126.pdf>

³²¹ El European Network Against Racism publicó una muy buena guía sobre buenas prácticas para la “colección de datos para la igualdad”. Véase en European Network Against Racism, *Equality Data Collection in Employment and the Workplace*, 2014,

Segundo: considero que se tendría que incluir en la ley la obligación para los centros de trabajo de reportar esta información de manera periódica (anual); también se podría establecer una sanción pecuniaria por su incumplimiento (análoga a la que se les impone a las personas morales por el incumplimiento de sus obligaciones fiscales). Esta obligación debería existir, por supuesto, para los centros de trabajo que pertenecen al sector público y no solo para los del sector privado. También se tendría que designar a una autoridad responsable de monitorear el cumplimiento de esta obligación por parte de los centros de trabajo y, en su caso, de imponer sanciones monetarias por su incumplimiento.

Tercero: se tendría que designar a una autoridad responsable de recibir, procesar y publicar la información de interés público (respetando el derecho a la protección de datos personales). Varias autoridades, de hecho, podrían tener acceso a esta información dado que puede ser relevante para múltiples áreas de políticas públicas (en el caso mexicano, pienso en el CONAPRED, en el Instituto Nacional de las Mujeres, en la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, al menos).

Cuarto: se tendría que establecer en qué casos y de qué manera las personas tienen derecho a acceder a esta información pública. Por ejemplo: en Noruega, en los casos de discriminación salarial, el o la trabajadora tiene derecho a acceder a información sobre sus pares en la empresa, para poder someterla como evidencia en un juicio.³²² También se podría establecer que cualquier persona puede acceder a ciertas bases de datos que el gobierno hace públicas (protegiendo, de nuevo, los datos personales), como una forma de fomentar que la sociedad civil y la academia puedan contribuir con la generación de análisis sobre la discriminación laboral.

3. Mecanismos para denunciar, castigar y reparar la discriminación en el empleo

Deben existir mecanismos para denunciar, castigar y reparar la discriminación que ocurre en los centros de trabajo.

Estos mecanismos, más que estar enfocados en la sanción de personas individuales, deberían estar enfocados en la sanción de los centros de trabajo –esto es, de las empresas e instituciones públicas–, que son quienes tienen el poder efectivo de implementar cambios institucionales al interior. Obviamente, en ciertos casos, las personas en lo individual pueden

disponible en: http://www.enar-eu.org/IMG/pdf/equalatwork_2015_final_web.pdf

³²² European Commission, *Pay transparency in the EU*, 2017, disponible en: http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=44501

La discriminación en el empleo en México

ser sancionadas *por el Estado* (como ocurriría con alguien que golpea o viola a una persona en su trabajo, que estaría cometiendo un delito). Pero lo más importante es que exista el mecanismo para castigar al centro de trabajo *en sí*.

Considero que, desde esta lógica, la sanción debería ser pecuniaria y lo suficientemente alta para que se genere un incentivo para cambiar. Sí: esto también aplicaría para el Estado. De la misma manera en la que el Estado puede ser demandado *económicamente* por los daños que ocasiona por una “actividad administrativa irregular” –conforme a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado–, debería poder ser demandado por prácticas discriminatorias en el trabajo. De nuevo: esta demanda, más que estar dirigida a un servidor público en concreto, debería poder dirigirse en contra de un ente público (porque es el ente público el que implementa las prácticas discriminatorias o el que las solapa). Son los entes públicos los que, como ocurre con la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, deberían cubrir las indemnizaciones “con cargo a sus respectivos presupuestos” (artículo 5º).

Por último, los mecanismos deberían garantizar la reparación del daño integral, lo que incluiría medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición. Esto es clave: dado que se trata de discriminación en el *empleo*, no se puede obviar que lo primero que se les debe garantizar a las personas es *el acceso al trabajo*. Si se alega discriminación salarial, una de las medidas de compensación que deberían de incluirse es esa. Si se alega que hubo acoso laboral, se debería procurar que las personas no pierdan el trabajo por él. Si se alega que hubo discriminación en promoción, lo mismo. No se puede dejar de ver esta dimensión del problema: el punto es que las personas dejen de ser discriminadas *en el trabajo*.

Ahora para implementar todo esto, varias cosas tendrían que suceder.

Primero: se tendría que establecer en la ley la prohibición para los centros de trabajo –públicos y privados– de discriminar de manera directa e indirecta. Tiene que quedar claro que la obligación es del centro de trabajo (patrón o institución).

Segundo: se tendría que establecer claramente el derecho que tienen las personas para denunciar a los centros de trabajo que discriminan. Este derecho no sería solo de los y las trabajadoras, porque la discriminación en el empleo no solo afecta a quienes ya laboran en los centros de trabajo, sino a quienes buscan entrar a ellos también.

Tercero: para el caso de la discriminación *indirecta*, se tendría que designar a una autoridad para que pueda denunciar a los centros de trabajo

Estefanía Vela Barba

por prácticas discriminatorias. Estas denuncias estarían construidas con base en la información recabada a través del sistema de captura y análisis de información sobre los centros de trabajo. Básicamente: si un centro de trabajo tiene números que pueden interpretarse como indicativos de prácticas discriminatorias, la autoridad tiene la facultad de iniciar una investigación. Por esta razón, la autoridad debe contar con facultades para recabar evidencia, incluyendo testimonios, para armar el caso. Esta misma autoridad tendría el derecho de iniciar el juicio. Se deberían establecer criterios para determinar cuáles serían los casos que la autoridad va a perseguir, a partir del impacto que podrían tener en la esfera laboral. Desde esta perspectiva, en un inicio se podrían priorizar los centros de trabajo grandes, con “números rojos”. En el juicio, le correspondería al centro de trabajo comprobar que ha tomado las acciones suficientes para erradicar la discriminación. En Estados Unidos, por ejemplo, la EEOC, que es la autoridad a la que anualmente le reportan las empresas, también tiene la facultad de iniciar juicios de discriminación indirecta. Se podría explorar un modelo similar.

Es necesario señalar que la ventaja de implementar un mecanismo para sancionar la discriminación *indirecta*, es que permite monitorear a los centros de trabajo sin necesariamente imponerles *una* forma de lograr las cosas. Es un mecanismo que permite monitorear resultados y, a partir de estos, sancionar prácticas discriminatorias. Esto es importante considerando, por ejemplo, lo poco populares que son mecanismos como las cuotas, sobre todo cuando se imponen desde el Estado. Las cuotas, como la prohibición de discriminar de manera indirecta, también exigen un resultado.³²³ La diferencia está en que las cuotas son, en sí mismas, un mecanismo para aumentar la participación de ciertos grupos, mientras que la prohibición de discriminar indirectamente no prejuzga sobre ninguna forma de hacer las cosas. En otras palabras: si bien llevan a lo mismo (un resultado: un centro de trabajo incluyente y libre de discriminación), la

³²³ Para un análisis de las medidas especiales en Europa, véase European Commission, *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice Between Men and Women, including on Company Boards*, 2011, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_balance_decision_making/report_gender-balance_2012_en.pdf; Nuria Elena Ramos Martín, “Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, vol. 3, núm. 1, 2014, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/SLLERJ/article/download/2309/1237>; EQUINET, *Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies*, 2014, disponible en: http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/positive_action_measures_final_with_cover.pdf

La discriminación en el empleo en México

manera en la que lo hacen es distinta. Las cuotas, imponen un camino; la prohibición de discriminar de manera indirecta, le deja a los centros de trabajo la libertad de descifrar *cómo* llegar al resultado deseado.

Cuarto: para que funcione este mecanismo para denunciar, castigar y reparar la discriminación, se debe designar a una autoridad responsable de conocer y resolver los juicios, con la facultad de imponer sanciones y establecer medidas de reparación. Idealmente, esta autoridad debería ser jurisdiccional y debería ser independiente. Dado que, de nuevo, esto implicaría, entre otras cosas, la posibilidad de sancionar *a los centros de trabajo*, es fundamental pensar detenidamente en quiénes serían las responsables de ver los casos de discriminación por parte de instituciones públicas, dado el sistema laboral actual (como se verá en el siguiente apartado).

Quinto: se debería diseñar un proceso que establezca una serie de protecciones a favor de los y las personas que denuncian la discriminación en términos probatorios. Idealmente, la carga de la prueba debería recaer sobre los centros de trabajo, como ocurre actualmente en el derecho laboral. El proceso, por supuesto, debería ser expedito, imparcial, accesible, etc.

Sexto: se debería establecer un servicio de asesoría jurídica para las personas que no cuentan con los recursos para denunciar la discriminación.

Séptimo: se debería establecer la obligación para las distintas autoridades de informar anualmente sobre el estado de los casos, con el mayor detalle posible.

Octavo: se deberían generar campañas para difundir los derechos con los que cuentan las personas en esta materia.

4. Obligaciones e incentivos para los centros de trabajo

Además de la obligación de proporcionar información y de la prohibición de discriminar, se deben establecer distintas obligaciones e incentivos para que los centros de trabajo busquen activamente la igualdad laboral. Por ejemplo: hay ciertas políticas que se deberían convertir en requisitos para la apertura de negocios. El ejemplo más evidente de esto son los ajustes que se tienen que hacer al espacio para la inclusión de personas con discapacidad. De la misma forma que las empresas tienen que cumplir con ciertos requisitos sanitarios para operar, deberían cumplir con ciertos requisitos mínimos para la igualdad para operar.

En relación a los incentivos, podrían ser de distintos tipos. Unos son los fiscales, pero estos se tendrían que diseñar de forma tal que premien *resultados*, no intenciones. Otros pueden ser, por ejemplo, la posibilidad

Estefanía Vela Barba

de obtener contratos con el gobierno: estos solo podrán otorgarse a quien cumpla con ciertos mínimos en materia de igualdad.

Para los trabajos en el sector público, quizá puedan establecerse obligaciones más concretas. En específico, obligaciones relacionadas a la implementación de medidas especiales, para aumentar la participación de ciertos grupos (no solo de mujeres), sobre todo en los niveles más altos de poder. Idealmente, esto debería incluir no solo al poder ejecutivo y legislativo, sino también el judicial.

5. Sistema de indicadores y mecanismos de evaluación y rendición de cuentas

Otro punto que no quiero dejar de enfatizar es que *todo* lo que haga el Estado –todo lo que impulse, promueva, implemente, fomente, castigue o informe– tiene que ser evaluado. Cada reforma, programa, política, institución, campaña o proceso que diseñe e implemente tiene que contar con sus indicadores y mecanismos de evaluación y rendición de cuentas.

La importancia de los indicadores es uno de los puntos que, desde el 2002, el Comité de la CEDAW le señala al Estado mexicano una y otra vez: no basta enunciar todo lo que se hace; es necesario medir sus resultados.³²⁴ Se tiene que saber si sirve o no, para poder diseñar políticas públicas con base en la evidencia.

Además de las evaluaciones que el mismo gobierno haga de sus políticas, es necesario establecer mecanismos de rendición de cuentas para que las personas puedan también evaluar al gobierno. Esto incluye implementar un sistema de transparencia y acceso a la información pública;

³²⁴ En el 2002: “Aunque el Comité toma nota de las reformas, las iniciativas legislativas y los planes y programas que se están llevando a cabo, le preocupa de manera especial la ausencia de evaluación de los diversos programas puestos en práctica, así como de su impacto específico en las mujeres en particular.” Comité de la CEDAW, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, para el 26º período de sesiones (14 de enero a 1º de febrero de 2002), 27º período de sesiones (3 a 21 de junio de 2002) y el período extraordinario de sesiones (5 a 23 de agosto de 2002), p. 223, párr. 427. En el 2006: “Si bien celebra el desarrollo del Sistema Estatal de Indicadores de Género y la disponibilidad de muchas series de datos desglosados por género, el Comité lamenta que no se haya realizado un análisis adecuado de esos datos y estadísticas en el informe ni en las respuestas proporcionadas en el diálogo constructivo, lo que ha impedido al Comité determinar claramente los resultados y el efecto de los distintos planes, programas y políticas.” Comité de la CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México, párr. 36.

La discriminación en el empleo en México

y también incluye garantizar espacios de participación e incidencia para la sociedad civil, especialmente los grupos más afectados por la discriminación en el empleo.

6. Una promoción activa de la inclusión laboral

Finalmente, además de las obligaciones para los centros de trabajo en sí, una política pública integral para combatir la discriminación en el empleo, por supuesto, implica que el Estado debe estar buscando de forma activa impulsar la inclusión laboral por otros medios. La lista de medidas concretas que podría impulsar el Estado es larguísima y no ahondaré en ella por ahora. Basta decir que estas medidas son necesarias.

B. La regulación mexicana para combatir la discriminación en el empleo

Habiendo establecido los elementos mínimos para una política pública integral que combatiera la discriminación en los centros de trabajo, valga, finalmente, pasar a la descripción y análisis de la regulación mexicana que actualmente existe en la materia. Primero voy a ofrecer un panorama de la regulación y después ofreceré su crítica.

1. Un panorama de la regulación mexicana

La regulación mexicana para combatir la discriminación en el empleo es amplia y variada. Está contenida en leyes, normas administrativas y programas gubernamentales. Dentro de cada grupo, hay incluso más variedad.

A nivel legislativo, la regulación que impacta la discriminación en el empleo se encuentra en una variedad de leyes: desde las propiamente laborales (como la Ley Federal de Trabajo) hasta los códigos civiles y códigos penales. Pasa por las leyes de responsabilidad administrativa, las leyes fiscales, las leyes para prevenir la discriminación, las leyes para los organismos de protección de derechos humanos y las leyes orgánicas. Todo esto a nivel federal y con sus equivalentes a nivel local.

Complementando a las normas legislativas, están las administrativas y los programas de gobierno que también pueden encontrarse en una diversidad de lugares. Abarcan desde aquellas que reglamentan los requisitos sanitarios con los que deben cumplir los centros de trabajo para ser operacionales, hasta los programas de fomento al empleo con “perspectiva de género”.³²⁵

³²⁵ Para ver la variedad de políticas que se han implementado en la materia, puede

En este apartado, no voy a analizar todas las políticas que ha implementado el Estado mexicano para combatir la discriminación en el empleo. Me voy a enfocar en algunas de las que tienen una mayor importancia por su rango legislativo –como la Ley Federal del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y la Ley Federal para Prevenir la Discriminación–, así como en las que, en tiempos recientes, se han vuelto una de las apuestas más importantes del Estado, tal y como ha sucedido con los Protocolos de atención para casos de acoso y hostigamiento sexual y la Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y No Discriminación.

a. La Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social

La Ley Federal del Trabajo regula las relaciones laborales que, para efectos prácticos, establecen las empresas privadas con los y las trabajadoras. La emite el Congreso Federal y rige para todo el país. Esto es: las normas laborales son las mismas para las empresas y los trabajadores de Colima que para aquellos que se encuentran en Tamaulipas.

La Ley Federal del Trabajo, si se analiza a detalle, es un producto absoluto de la lucha por los derechos de los trabajadores de finales del siglo XIX e inicios del XX. Hasta la fecha, establece, en su artículo 2º, que “las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.” Está supuestamente diseñada para garantizar los derechos laborales que, a inicios del siglo XX, aún eran una novedad, como el derecho a trabajar no más de 8 horas y a no ser despedida de manera injustificada.

La Ley Federal del Trabajo establece dos mecanismos fundamentales para la protección de los derechos de los y las trabajadoras. El primero es la “Inspección del Trabajo”, que tiene la misión de “vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo”, según el artículo 540º de la Ley. Depende de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social. Es una autoridad que se encarga, tal cual, de ir a los centros de trabajo a inspeccionarlos para asegurarse de que cumplan con las normas básicas relacionadas a la seguridad y a la salud. Esta autoridad también tiene la misión de asegurarse de que no haya niños y niñas trabajando y que los derechos de las mujeres embarazadas se respeten. Cuentan con las facultades necesarias para ir a los lugares de

verse Biblioteca Mexicana del Conocimiento, *La inclusión laboral en México: avances y retos*, agosto de 2015, disponible en: http://www.stps.gob.mx/bp/gob_mx/Libro-Inclusion%20Laboral%20en%20Mexico-Avances%20y%20retos%20version%20digital.pdf

La discriminación en el empleo en México

trabajo, platicar con las personas que ahí se encuentran y, ultimadamente, sancionar administrativamente a las empresas que incumplan (por lo general: con multas). Esta sanción se puede originar a partir de quejas o a partir de una investigación que se deriva de lo que la autoridad observa en las inspecciones. Las inspecciones y los procedimientos para la sanción se detallan en distintas normas secundarias, como el Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo y el Reglamento General de Inspección del Trabajo y Aplicación de Sanciones.

Además de la Inspección del Trabajo, la Ley Federal del Trabajo creó las Juntas de Conciliación y Arbitraje para resolver los conflictos que surgen entre trabajadores y patrones. Su propósito es fomentar que las partes lleguen a un acuerdo, por lo que la etapa de conciliación es obligatoria. Solo en caso de que esto no se logre, la Junta emite un laudo. Este laudo puede ser impugnado a través del amparo. Estas Juntas, que existen a nivel federal y local, funcionan como tribunales, pero su administración, control y el ejercicio de su presupuesto depende del poder ejecutivo. Las Juntas tienen una estructura tripartita, en donde los intereses del gobierno, de los trabajadores y de las empresas supuestamente están representados.³²⁶

Por último, es necesario mencionar la existencia de la Procuraduría de Defensa del Trabajo. Tiene la función de representar o asesorar a las y los

³²⁶ “La integración tripartita de las Juntas (estructura formal) ha dado lugar a una verdadera simulación; en el caso de los representantes de los trabajadores, en los hechos no los representan a ellos, sino a las centrales sindicales, mismas que defienden intereses corporativos, como se explica más adelante al referirnos a las prácticas dominantes en dichas Juntas. Esta situación ocurre por la manera en que son elegidos los representantes. Si bien el diseño legal (Artículo 652, Ley Federal del Trabajo) supone que se realizarán convenciones sexenales (5 de diciembre de cada seis años), en las que se designan delegados a las convenciones, tanto por parte de los sindicatos registrados como de los trabajadores “libres” en ausencia de los primeros, éste último supuesto no se ha configurado nunca. El espacio de representación en el sistema de justicia laboral constituye uno de los más importantes recursos de poder de que dispone el sindicalismo corporativo para perpetuarse y cerrar el paso a la organización independiente de los trabajadores, lo que explica el interés de los dirigentes sindicales y de los mismos empleadores por conservar el estado actual en las Juntas. Tómese en cuenta, que a nivel de la jurisdicción local, corresponde a las Juntas el registro de los sindicatos y la tramitación de los juicios de titularidad de los contratos colectivos, por lo que el control de la representación obrera en las Juntas se vuelve un verdadero candado para el desarrollo de nuevas organizaciones independientes.” Graciela Bensusán y Arturo Alcalde, “El sistema de justicia laboral en México: situación actual y perspectivas”, Friedrich Ebert Stiftung, 2013, p. 8.

Estefanía Vela Barba

trabajadores y sus sindicatos con la aplicación de las normas de trabajo y puede interponer recursos ordinarios y extraordinarios para su defensa.

Valga mencionar que, en febrero de 2017, se aprobó una reforma constitucional que básicamente sustituyó a las Juntas de Conciliación y Arbitraje por tribunales laborales, pertenecientes al Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas.³²⁷ De acuerdo a la reforma, “antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente. En el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los Centros de Conciliación, especializados e imparciales que se instituyan en las entidades federativas.” En sus transitorios establece que, “en tanto se instituyen e inician operaciones los tribunales laborales, los Centros de Conciliación y el organismo descentralizado a que se refiere el presente Decreto, de conformidad con el transitorio anterior, las Juntas de Conciliación y Arbitraje y, en su caso, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social o las autoridades locales laborales, continuarán atendiendo las diferencias o conflictos que se presenten entre el capital y el trabajo y sobre el registro de los contratos colectivos de trabajo y de organizaciones sindicales.”

Esa es la estructura básica del sistema de justicia laboral en México. Valga repasar algunas de las disposiciones sustantivas relevantes para la discriminación en el empleo.

En el 2012, la Ley Federal del Trabajo se reformó para incluir de manera explícita la siguiente disposición en su artículo 2º:

Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad y higiene para prevenir riesgos de trabajo.

Además de vincular la no discriminación con el trabajo decente, la reforma del 2012 se encargó de incluir la tutela de “la igualdad sustantiva o de hecho” como uno de los propósitos de la Ley. Según el artículo 2º:

³²⁷ Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Laboral, publicado el 24 de febrero de 2017, disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017

La discriminación en el empleo en México

La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres.

También en el 2012, la Ley estableció, en su artículo 3º, que:

No podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana.

Y, finalmente, en el 2012 también, en el artículo 3º Bis se incorporaron las definiciones de “hostigamiento” y “acoso sexual” a la Ley:

Para efectos de esta Ley se entiende por:

- a) Hostigamiento, el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas; y
- b) Acoso sexual, una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos.

Más allá de las declaraciones de principios, la Ley establece prohibiciones y derechos más concretos tanto para los patrones, como para los trabajadores. En su artículo 133º, establece que los patrones tienen prohibido:

I. Negarse a aceptar trabajadores por razón de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro criterio que pueda dar lugar a un acto discriminatorio; [...]

VII.- Ejecutar cualquier acto que restrinja a los trabajadores los derechos que les otorgan las leyes; [...]

XII. Realizar actos de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona en el lugar de trabajo;

XIII. Permitir o tolerar actos de hostigamiento y/o acoso sexual en el centro de trabajo;

XIV. Exigir la presentación de certificados médicos de no embarazo para el ingreso, permanencia o ascenso en el empleo; y

Estefanía Vela Barba

XV. Despedir a una trabajadora o coaccionarla directa o indirectamente para que renuncie por estar embarazada, por cambio de estado civil o por tener el cuidado de hijos menores.

En el artículo 995º se establece que, en caso de violar los derechos de las mujeres embarazadas, se le impondrá al patrón una multa de 50 a 2,500 veces el salario mínimo general. En el artículo 994º, por su parte, se establece que, en caso de que “cometa cualquier acto o conducta discriminatoria en el centro de trabajo”; que realice, tolere o permita actos de acoso u hostigamiento sexual; o que ejecute actos que restrinjan los derechos de los y las trabajadores, la multa será entre 250 y 5,000 veces el salario mínimo general. Estas “sanciones administrativas”, según el artículo 1008º, serán impuestas por el Secretario del Trabajo y Previsión Social, que podrá delegar el ejercicio de esta facultad en quien estime conveniente. Si se leen estas disposiciones junto con el Reglamento General de Inspección del Trabajo y Aplicación de Sanciones (RGITAS), queda claro que la Inspección del Trabajo es la autoridad encargada de imponer estas sanciones.

Además de las sanciones “administrativas” que la Ley Federal del Trabajo establece para los patrones, es necesario mencionar brevemente el esquema que generó para lidiar con el acoso y el hostigamiento. En el artículo 133º, como ya se vio, los *patrones* tienen prohibido realizar, permitir o tolerar actos de hostigamiento y/o acoso sexual. En el artículo 135º, por su parte, se le prohíbe al trabajador acosar sexualmente a cualquier persona en el lugar del trabajo. En el artículo 47º, por su parte, se libera al patrón de la responsabilidad de rescindir una relación laboral si el trabajador acosó. En otras palabras: le permite al patrón despedir a quien acosa sin responsabilidad, y establece una sanción para el patrón si, por el contrario, “tolera” o “permite” estos actos. En el artículo 51º, establece que el trabajador puede rescindir el contrato sin responsabilidad en caso de que sea hostigado y/o acosado por el patrón o sus familiares o representantes, dentro o fuera del trabajo. Si el trabajador decide rescindir la relación por este supuesto, tiene derecho, según el artículo 52º, a que se le indemnice.

Además de la Ley Federal del Trabajo, está la Ley del Seguro Social que es la que se encarga de reglamentar el derecho a la seguridad social de los y las trabajadoras.

b. Las leyes para los trabajadores del Estado

A diferencia de la regulación que rige para las relaciones laborales entre trabajadores y empresas privadas, la que rige para los trabajadores del

La discriminación en el empleo en México

Estado es más compleja. No hay una única ley, ni una única autoridad competente para resolver los conflictos.

De entrada, la misma Constitución establece, por ejemplo, que “los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes” (artículo 123º, apartado B, fracción XIII). La Constitución también determina que, tratándose de los trabajadores del Estado, los conflictos individuales, colectivos o intersindicales serán sometidos a un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, con ciertas excepciones (artículo 123º, apartado B, fracción XII). Los conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y sus servidores, por ejemplo, serán resueltos por el Consejo de la Judicatura Federal; y los que se susciten entre la Suprema Corte y sus trabajadores, serán resueltos por esta última (artículo 123º, apartado B, fracción XII). Al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación le corresponde resolver los conflictos con sus propios trabajadores y los que surjan entre el Instituto Nacional Electoral y sus servidores (artículo 99º).

A nivel legislativo, está la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional, que aplica para trabajadores “de las dependencias de los Poderes de la Unión”, del gobierno del distrito federal y de otras instituciones federales. Pero, además, cada entidad federativa tiene su ley equivalente que regula la relación laboral entre su gobierno y sus servidores públicos. Están también la Ley Reglamentaria de la Fracción XIII Bis del Apartado B, del Artículo 123 Constitucional, que rige las relaciones laborales del Banco de México, el Patronato de Ahorro Nacional y las instituciones que presten el servicio público de banca y crédito; la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, entre otras.

Estas leyes rigen para los *conflictos laborales* entre los trabajadores y las dependencias para las que trabajan. Pero no son las únicas que inciden en las vidas de los y las trabajadoras del Estado. Dado que trabajan para el Estado, les aplica también un régimen de responsabilidad administrativa, que sirve para asegurarse —supuestamente— que desempeñen sus funciones con apego a los principios de “legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia” (como señala el artículo 108º constitucional). Las leyes de responsabilidad administrativa sirven para, entre otras cosas, imponer cierto tipo de sanciones, como lo son la amonestación, la suspensión, la destitución o la inhabilitación del empleo cuando el o la servidora pública comete una falta administrativa en su trabajo.

Estefanía Vela Barba

Por último, me parece importante mencionar que la conformación laboral de las dependencias gubernamentales por lo general se decide a nivel legislativo. Como mencioné previamente: la estructura básica de la carrera judicial y del servicio profesional en la Administración Pública Federal, por mencionar dos ejemplos, está perfilada en una ley.³²⁸ La conformación del servicio profesional electoral se encuentra en el Estatuto del Servicio Profesional Electoral Nacional y del Personal de la Rama Administrativa del Instituto Nacional Electoral, que depende del Consejo General del INE para que se reforme. Muchas de las dependencias al interior del Poder Ejecutivo no solo no controlan su estructura básica –porque viene en la Ley Orgánica–, sino tampoco sus recursos y sus procesos de contratación (ya que muchas veces dependen de otras dependencias o autoridades).

Además de las leyes laborales, administrativas y orgánicas, es necesario mencionar que, en años recientes, han proliferado los “Protocolos de atención” para casos de hostigamiento y acoso sexual al interior de las instituciones públicas.³²⁹ Lo que tienen en común estos “Protocolos” es que establecen un mecanismo de queja para denunciar el acoso y el hostigamiento al *interior* de la institución pública. Por lo general, son los órganos de control internos o comités o comisiones creadas para tal efecto las que se encargan de decidir sobre los casos. Estos Protocolos contemplan, por lo general, dos resultados: o que el comité en cuestión emita “recomendaciones” *ad hoc* para resolver el problema y/o que le informe a la autoridad administrativa que es necesario iniciar un proceso de responsabilidad administrativa porque posiblemente el servidor público haya cometido una falta.

En julio de 2017, se publicó el “Protocolo de actuación de los Comités de Ética y de Prevención de Conflictos de Interés en la atención de pre-

³²⁸ Véase la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1995 y la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, del 2003.

³²⁹ En el 2009, el Instituto Nacional de las Mujeres sacó el “Protocolo de intervención para casos de hostigamiento y acoso sexual”. En el 2012, se emitieron las “bases para investigar y sancionar el acoso laboral y el acoso sexual en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. En el 2013, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales promulgó el suyo. En el 2014, el Instituto Nacional Electoral aprobó su “Protocolo para prevenir, atender y sancionar el hostigamiento y acoso sexual o laboral”. La Secretaría de Relaciones Exteriores aprobó el “Protocolo de Atención Consular para Personas Víctimas de Violencia basada en el Género”. En el 2016, se publicó el “Protocolo para la prevención, atención y sanción del hostigamiento sexual y acoso sexual” que rige para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Cada vez es más raro encontrar una institución pública que no tenga el suyo.

La discriminación en el empleo en México

suntos actos de discriminación". Es el primero de su tipo que se dedica a la discriminación en el empleo más allá del acoso, si bien establece un procedimiento similar al que se establece para los Protocolos de acoso y hostigamiento. Rige para las dependencias y las entidades de la administración pública federal.

c. Los códigos civiles

En México, existen 32 códigos civiles locales y uno federal. En ninguno está prohibida la discriminación en el empleo. Sin embargo, ahí donde se incluya la figura del "daño moral", se puede utilizar la vía civil para demandar por discriminación y acoso en el empleo.

Esta vía se abrió gracias al litigio. Con el Amparo Directo en Revisión 1387/2012, que fue el primero que la Suprema Corte resolvió proveniente de esta vía, se confirmó que se trataba de una vía legítima para demandar a empresas privadas por discriminación en el empleo. Con el Amparo Directo 47/2013, la Corte confirmó que también puede ser utilizada para demandar a empresas privadas por acoso y hostigamiento en el empleo. Se trata, en otras palabras, de una vía que fue "creada judicialmente".³³⁰

³³⁰ La Suprema Corte, en varios de los amparos que ha resuelto, se ha encargado de ir perfilando más "detalles" de este juicio. En el Amparo Directo en Revisión 992/2014, por ejemplo, que tenía que ver con una convocatoria de trabajo, determinó que este tipo de actos discriminatorios podrían merecer distintas consecuencias. En concreto: "(i) la declaración de nulidad del acto discriminatorio; (ii) la indemnización de los daños causados; (iii) la imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio; y (iv) en caso de que la legislación aplicable lo prevea, el establecimiento de sanciones penales." El juez, repite una y otra vez en este amparo, puede determinar cuál es la sanción merecida. "Entre las medidas que es posible imponer, destaca la fijación de una suma dineraria adicional, debiendo responder el monto a los parámetros indicados con anterioridad, por lo que no solamente se castigan conductas de especial gravedad, sino que se busca prevenir la reiteración de situaciones semejantes en el futuro, tanto por parte de quien emitió el acto en concreto, como el resto de personas que podrían hacerlo, es decir, también se satisface una función ejemplarizadora. Sin embargo, en caso de que se opte por imponer una medida disuasoria de índole económica, debe señalarse que la cantidad fijada deberá responder a las características y elementos que deriven del caso en particular, sin que la necesidad de imponer una medida ejemplar deba traducirse en un monto insensato que carezca de conexión lógica con la secuela procesal, esto es, la discrecionalidad a la que responde la medida disuasoria no debe confundirse con una arbitrariedad por parte del juzgador. Es importante señalar que los jueces civiles podrán imponer medidas reparatorias, las cuales pueden estar dirigidas, tanto a inhibir futuras conductas o prácticas discriminatorias, como a resarcir las consecuencias derivadas de la vulneración. Tales medidas pueden consistir en la

Estefanía Vela Barba

d. Los códigos penales

Con excepción de Baja California, Guanajuato, Hidalgo, Nayarit, Oaxaca y Guerrero, el resto de las entidades federativas (y la Federación) han tipificado, de alguna forma u otra, la discriminación como un delito autónomo, que amerita una pena privativa de libertad y una multa. En prácticamente todos los códigos, se prohíbe que se nieguen o restrinjan los derechos laborales de una persona “por razón de edad, sexo, estado civil, embarazo, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana”. Este tipo de procedimientos solo pueden iniciarse en contra de personas físicas, mas no contra empresas o instituciones públicas.

Además del delito de la discriminación, están los delitos de hostigamiento y acoso sexual, que se encuentran contemplados en prácticamente todos los códigos penales (o uno, u otro, o los dos).³³¹ En este sentido, las personas pueden acudir a la vía penal no solo para denunciar la restricción o negación de derechos laborales por razones discriminatorias, sino también para denunciar la violencia sexual al interior del trabajo. Por lo general, los códigos establecen que, en caso de que el delito haya sido cometido por un servidor público, tendrá consecuencias administrativas (destitución e inhabilitación) y no solo penales.

Es necesario mencionar que, de acuerdo al Código Nacional de Procedimientos Penales, las “personas jurídicas” pueden ser penalmente responsables. Según el artículo 421º de este Código, “serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su

exigencia de una disculpa pública por parte de la empresa empleadora o la publicación de la sentencia que determina la inconstitucionalidad de la convocatoria discriminatoria. Lo anterior sin perjuicio de la procedencia del daño moral conforme a lo establecido líneas atrás.” *Ibid.*, pp. 61-62.

³³¹ El acoso sexual, en los términos en los que lo define la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, no se encuentra tipificado, actualmente, en Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Hidalgo, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán, Zacatecas y en el Código Penal de la Federación. El hostigamiento, también en los términos en los que lo define la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, se encuentra tipificado en todo el país, si bien en la Ciudad de México, Querétaro y Sinaloa se subsume al delito de “acoso sexual”.

La discriminación en el empleo en México

organización.” Esto, “con independencia de la responsabilidad penal en que puedan recurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho”. Según este mismo artículo, “el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en contra de las personas jurídicas, con excepción de las instituciones estatales.”

En el artículo 422º, el Código establece que se les puede imponer una o varias de las siguientes sanciones a las personas jurídicas:

- I. Sanción pecuniaria o multa;
- II. Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito;
- III. Publicación de la sentencia;
- IV. Disolución, o
- V. Las demás que expresamente determinen las leyes penales conforme a los principios establecidos en el presente artículo.

En ese mismo artículo se establece que el órgano jurisdiccional, para el caso de la disolución, deberá ponderar “que la imposición de dicha sanción sea necesaria para garantizar la seguridad pública o nacional, evitar que se ponga en riesgo la economía nacional o la salud pública o que con ella se haga cesar la comisión de delitos.” Esto, para efectos de la discriminación en el empleo, sería importante, ya que, dado que se trata del *empleo*, sería un sinsentido resolver el problema disolviendo una empresa, esto es: desapareciendo empleos.

Por último, en el artículo 422º también se establece que:

Las personas jurídicas, con o sin personalidad jurídica propia, que hayan cometido o participado en la comisión de un hecho típico y antijurídico, podrá imponérseles una o varias de las siguientes consecuencias jurídicas:

- I. Suspensión de sus actividades;
- II. Clausura de sus locales o establecimientos;
- III. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en su comisión;
- IV. Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación del sector público;
- V. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, o
- VI. Amonestación pública.

Estefanía Vela Barba

Con esto se puede afirmar que no solo las personas, sino las empresas pueden ser demandadas penalmente por discriminar.

e. Las leyes de los organismos de protección de derechos humanos

De acuerdo a la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la CNDH es la autoridad competente, en todo el territorio nacional, para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a derechos humanos, cuando estas sean imputadas a autoridades y servidores públicos federales, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación (artículo 3º). Esto incluye violaciones a los derechos laborales, por lo que las personas también pueden acudir a esta instancia para denunciar discriminación laboral. También pueden acudir a sus homólogos estatales, siempre que la violación provenga de una autoridad local.

De acuerdo al artículo 44º de la Ley de la CNDH, ésta puede, en caso de violaciones a los derechos humanos, señalar en sus Recomendaciones “las medidas que procedan para la efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales, y si procede en su caso, para la reparación de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado”. El artículo 46º, sin embargo, establece que “la recomendación será pública y no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá y, en consecuencia, no podrá por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia.” De acuerdo a la Ley de la CNDH, si las autoridades no aceptan las recomendaciones de la CNDH, después de un largo proceso,³³² lo más que puede suceder es que la CNDH “podrá denunciar ante

³³² El artículo 46º de la Ley de la CNDH establece lo siguiente: “Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas, se procederá conforme a lo siguiente: a) La autoridad o servidor público de que se trate deberá fundar, motivar y hacer pública su negativa, y atender los llamados de la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, a comparecer ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa. b) La Comisión Nacional determinará, previa consulta con los órganos legislativos referidos en el inciso anterior, en su caso, si la fundamentación y motivación presentadas por la autoridad o servidor público que se hubiese negado a aceptar o cumplir las recomendaciones emitidas, son suficientes, y hará saber dicha circunstancia por escrito a la propia autoridad o servidor público y, en su caso, a sus superiores jerárquicos, para los efectos del siguiente inciso. c) Las autoridades o servidores públicos, a quienes se les hubiese notificado la insuficiencia de la fundamentación y motivación de la negativa, informarán dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación del escrito referido en el inciso que antecede, si persisten o no en la posición de no aceptar o no cumplir la recomendación. d) Si

La discriminación en el empleo en México

el Ministerio Público o la autoridad administrativa que corresponda a los servidores públicos señalados en la recomendación como responsables.”

De acuerdo a las Recomendaciones Generales que ha emitido la CNDH que se encuentran disponibles en línea, las personas sí han utilizado esta vía para denunciar discriminación en el empleo. Encontré Recomendaciones relacionadas con el despido de elementos de las fuerzas armadas por tener VIH,³³³ con la negativa del IMSS a contratar a una enfermera porque tenía VIH,³³⁴ con la violación por parte del IMSS de los derechos de trabajadoras que tuvieron partos prematuros;³³⁵ y con la violación, por parte de la Procuraduría General de la República, de los derechos de una de sus trabajadoras que tenía un embarazo de alto riesgo (se rehusaban a aceptarla la licencia médica que el IMSS le había otorgado, poniéndola en riesgo).³³⁶

f. Las leyes anti-discriminación

En el 2003, se creó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Esta Ley creó al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, como un órgano con personalidad jurídica y patrimonio propios, sectorizado a la Secretaría de Gobernación.

En su artículo 9º la Ley establece que se considera discriminación: “prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo”; “establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales”; “limitar el acceso y permanencia a los programas de capacitación y de formación profesional”, e “impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga.”

La Ley, en su artículo 43º, faculta al CONAPRED para conocer “las quejas por los presuntos actos, omisiones o prácticas sociales discriminatorias” atribuidas a personas físicas, personas morales y servidores públicos *federales*. De hecho, si la persona ya inició una queja ante la CNDH en

persiste la negativa, la Comisión Nacional podrá denunciar ante el Ministerio Público o la autoridad administrativa que corresponda a los servidores públicos señalados en la recomendación como responsables.”

³³³ Véase la Recomendación General 45/2008, resuelta el 11 de septiembre de 2008; la Recomendación General 49/2008, resuelta el 23 de septiembre de 2008; y la Recomendación General 52/2008, resuelta el 15 de octubre de 2008.

³³⁴ Véase la Recomendación General 25/2017, resuelta el 26 de junio de 2017.

³³⁵ Véase la Recomendación General 23/2017, resuelta el 31 de mayo de 2017.

³³⁶ Véase la Recomendación General 22/2017, resuelta el 31 de mayo de 2017.

Estefanía Vela Barba

contra de un servidor público federal, no puede iniciar otra ante el CONAPRED (artículo 63º Octavus de la Ley).

El proceso ante el CONAPRED debe ser sencillo y expedito. Empieza por una conciliación. Y solo cuando las partes no concilian es que el CONAPRED inicia una investigación formal (artículo 72º). Finalmente, el CONAPRED puede emitir resoluciones e imponer “medidas administrativas y de reparación” (mas no “sanciones”).

Dentro de las medidas administrativas (artículo 83º) que el CONAPRED puede imponer, se encuentran las siguientes:

- I. La impartición de cursos o talleres que promuevan el derecho a la no discriminación y la igualdad de oportunidades;
- II. La fijación de carteles donde se señale que en ese establecimiento, asociación o institución se realizaron hechos, actos, omisiones o prácticas sociales discriminatorias, o mediante los que se promueva la igualdad y la no discriminación;
- III. La presencia de personal del Consejo para promover y verificar la adopción de medidas a favor de la igualdad de oportunidades y la eliminación de toda forma de discriminación;
- IV. La difusión de la versión pública de la resolución en el órgano de difusión del Consejo, y
- V. La publicación o difusión de una síntesis de la resolución en los medios impresos o electrónicos de comunicación.

Dentro de las medidas de reparación (artículo 84º), por su parte, se encuentran:

- I. [La] restitución del derecho conculado por el acto, omisión o práctica social discriminatoria;
- II. [La] compensación por el daño ocasionado;
- III. [La] amonestación pública;
- IV. [La] disculpa pública o privada, y
- V. [La] garantía de no repetición del acto, omisión, o práctica social discriminatoria.

Además del CONAPRED, en algunos estados existen instancias equivalentes, como es el caso del Consejo para Prevenir la Discriminación en la Ciudad de México. En otros, son las Comisiones Estatales de Derechos Humanos los que desempeñan una labor similar.

La discriminación en el empleo en México

g. La regulación de las empresas

Me parece importante dedicar un apartado específico a lo que llamo “la regulación de las empresas”: el conjunto de normas que establecen los requisitos con los que las empresas tienen que cumplir para abrir y operar. Evidentemente, la Ley Federal del Trabajo es una de esas leyes, pero hay más que pueden ser relevantes para efectos de la discriminación en el empleo.

De acuerdo a información que provee el Instituto Nacional del Emprendedor, las empresas tienen que cumplir con varios requisitos para abrir.

Están, primero, los requisitos para constituirse. Las sociedades, por ejemplo, tienen que obtener una autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores para constituirse; la SRE es la que resuelve si una razón social o denominación se puede usar porque no está ocupada por alguna otra sociedad. Las sociedades deben acudir ante un Notario Público o ante el Registro Público del Comercio para formalizar su constitución; deben darse de alta ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para poder cumplir con sus obligaciones fiscales; tienen que darse de alta también en el Instituto Mexicano del Seguro Social a los 5 días de que iniciaron actividades; y tienen que tener una cuenta bancaria.

Pero, además, dependiendo del giro al que se dediquen, tienen que obtener múltiples permisos para operar. Por ejemplo: tienen que acudir con la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios si tienen labores relacionadas con “la salud humana”, para obtener las licencias o permisos necesarios. Tienen que acudir con la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, si son empresas que “emiten a la atmósfera olores, gases, o partículas sólidas o líquidas”. También tienen que cumplir con todas las normas oficiales mexicanas que la Secretaría de Economía ha determinado son obligatorias para las empresas. Y, por supuesto, tienen que cumplir con las disposiciones laborales, en concreto: con el Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo (RFSST) y normas relacionadas.

En el RFSST, por ejemplo, se establece en el artículo 18º la obligación de los patrones de “contar con escaleras, rampas, escalas fijas, escaleras móviles, puentes o plataformas elevadas, bajo condiciones seguras, así como puertas de acceso y salidas de emergencia” y de “instalar sanitarios para mujeres y hombres”. También incluye un capítulo dedicado a los “trabajadores con discapacidad”. Establece, en su artículo 64º, una serie de obligaciones para “los centros de trabajo donde laboren trabajadores con discapacidades”.

Estefanía Vela Barba

ciudad”. En la fracción III de este artículo, señala que el patrón debe “contar con instalaciones adecuadas para el acceso y desarrollo de actividades de personas con discapacidad, en los Centros de Trabajo que tengan más de 50 trabajadores”. El lenguaje es importante: parece que son obligaciones que se adquieren una vez que hay un trabajador con discapacidad. O sea, parece que no se contempla el hecho de que personas con discapacidad, que no laboran en los centros de trabajo, pueden requerir acceder a ellos.

En los artículos 57º-60º, por su parte, se establecen normas para proteger “a mujeres en estado de gestación o de lactancia”. Se enlistan todos los trabajos que tienen prohibido asignarles a las mujeres (no pueden estar “en altura o espacios confinados”, por ejemplo).³³⁷

Por último, las empresas tienen que inscribirse a distintos directorios y sistemas de información. En concreto, tienen que registrarse en el Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM), de acuerdo a la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones (parte de esta información se encuentra disponible en línea)³³⁸ y tienen que dar “aviso de manifestación estadística” ante la Dirección General de Estadística del INEGI.

La Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, de hecho, establece, en su artículo 95º, la obligación para las personas

³³⁷ Según el Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo, en su artículo 58: “Se prohíbe asignar a mujeres en estado de gestación, la realización de los trabajos siguientes: I. Donde estén expuestas a ruido o vibraciones que rebasen los límites de exposición; II. Que impliquen la exposición a fuentes de radiación ionizante y no ionizantes infrarrojas o ultravioletas; III. Con presiones ambientales anormales o condiciones térmicas elevadas o abatidas; IV. Que las expongan a Contaminantes del Ambiente Laboral que puedan afectar su salud o la del producto de la concepción; V. Donde se manejen, transporten, almacenen o procesen sustancias tóxicas, cancerígenas, teratogénicas o mutagénicas; VI. En los que estén expuestas a residuos peligrosos, agentes biológicos o enfermedades infecto contagiosas; VII. Que demanden esfuerzo físico moderado y pesado; cargas superiores a los diez kilogramos; posturas forzadas, o con movimientos repetitivos por períodos prolongados, que impliquen esfuerzo abdominal o de miembros inferiores; VIII. De rescate, salvamento y brigadas contra siniestros; IX. En altura o Espacios Confinados; X. De soldadura y corte; XI. En condiciones climáticas extremas en campo abierto, que las expongan a deshidratación, golpe de calor, hipotermia o congelación; XII. En actividades productivas de las industrias gasea, del cemento, minera, del hierro y el acero, petrolera, nuclear y eléctrica; XIII. En torres de perforación o plataformas marítimas; XIV. Submarinos y subterráneos, y XV. Los demás que se establezcan como peligrosos o insalubres en las leyes, reglamentos y Normas aplicables.”

³³⁸ Secretaría de Economía, Sistema de Información Empresarial Mexicano, disponible en: <https://www.siem.gob.mx/siem/>

La discriminación en el empleo en México

físicas con actividades empresariales y morales de inscribirse al Directorio Nacional de Unidades Económicas que lleve el INEGI. En el 2010, se aprobó la Norma Técnica para la Incorporación y Actualización de Información al Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas (DENUE). En su artículo 4º, se reitera que estas personas están obligadas a inscribirse al DENUE y a mantener actualizada su inscripción. En el artículo 7º, se incluye la información que se le debe entregar al INEGI cuando así lo solicite. Esta información incluye, entre otras, el personal ocupado total, el personal ocupado total por género, el personal remunerado, el personal no remunerado y el personal ocupado no dependiente de la empresa. Mucha de la información que se recaba a través del DENUE está también disponible en línea.³³⁹

b. Otras leyes relevantes

Además de las leyes que hasta ahora he mencionado, hay otras que contienen disposiciones relevantes para la discriminación en el empleo.

i) Las leyes generales relacionadas con la igualdad de género

Hay dos leyes generales relevantes para la discriminación en el empleo relacionadas con la igualdad de género: la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (LGIMH) y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV).

La LGIMH le atribuye al “Gobierno Federal” la conducción de la Política Nacional en Materia de Igualdad entre mujeres y hombres (artículo 12º). Esta Política Nacional, según el artículo 33º, “tendrá como objetivo el fortalecimiento de la igualdad en materia de”:

- I. Establecimiento y empleo de fondos para la promoción de la igualdad en el trabajo y los procesos productivos;
- II. Desarrollo de acciones para fomentar la integración de políticas públicas con perspectiva de género en materia económica;
- III. Impulsar liderazgos igualitarios, y
- IV. Establecimiento de medidas para fortalecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.

³³⁹ Véase INEGI, Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas, disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/app/mapa/denue/>

Estefera Vela Barba

Esta misma Ley General es la que le atribuye a las “autoridades correspondientes” la facultad de, entre otras cosas:

“Establecer estímulos y certificados de igualdad que se concederán anualmente a las empresas que hayan aplicado políticas y prácticas en la materia”.

“Apoyar el perfeccionamiento y la coordinación de los sistemas estadísticos nacionales, para un mejor conocimiento de las cuestiones relativas a la igualdad entre mujeres y hombres en la estrategia nacional laboral”.

“Diseñar y aplicar lineamientos que aseguren la igualdad en la contratación del personal en la administración pública”.

“Diseñar políticas y programas de desarrollo y de reducción de la pobreza con perspectiva de género.”

Vale mencionar que, en su artículo 3º, la Ley establece que la “transgresión a los principios y programas que la misma prevé será sancionada de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y, en su caso, por las Leyes aplicables de las entidades federativas, que regulen esta materia”.

La LGAMVLV, por su parte, es relevante porque define la violencia de género que las mujeres pueden vivir en el trabajo (concretamente: la violencia psicológica, física, sexual, patrimonial o económica). En su capítulo II, de su título II, se refiere a la “violencia laboral”. En su artículo 11, define como violencia laboral “la negativa ilegal a contratar a la Víctima o a respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo; la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, la explotación, el impedimento a las mujeres de llevar a cabo el período de lactancia previsto en la ley y todo tipo de discriminación por condición de género.”

Esta Ley establece las bases mínimas que la Federación y entidades federativas deben considerar para sancionar y erradicar este tipo de violencia. Por ejemplo, en su artículo 14º, establece que las entidades federativas, en el ejercicio de sus funciones, tomarán en consideración:

I. Establecer las políticas públicas que garanticen el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en sus relaciones laborales y/o de docencia;

II. Fortalecer el marco penal y civil para asegurar la sanción a quienes hostigan y acosan;

III. Promover y difundir en la sociedad que el hostigamiento sexual y el acoso sexual son delitos, y

La discriminación en el empleo en México

IV. Diseñar programas que brinden servicios reeducativos integrales para víctimas y agresores.

ii) La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad

La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, promulgada en el 2011, tiene un capítulo específicamente dedicado al trabajo y al empleo de las personas con discapacidad. En su artículo 11º, establece que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social debe “prohibir cualquier tipo de discriminación por motivo de discapacidad en la selección, contratación, remuneración, tipo de empleo, reinserción, continuidad, capacitación, liquidación laboral, promoción profesional y asegurar condiciones de trabajo accesibles, seguras y saludables.” En ese mismo artículo, establece que debe “fomentar la capacitación y sensibilización al personal que trabaje con personas con discapacidad en el sector público o privado” y que debe “diseñar, ejecutar, evaluar y promover políticas públicas para la inclusión laboral de las personas con discapacidad atendiendo a su clasificación, en el sector público o privado”.

Esa misma Ley, en su artículo 6º, le atribuye al Titular del Poder Ejecutivo la facultad de conceder “estímulos fiscales a personas físicas o morales que realicen acciones a favor de las personas con discapacidad, adecuen sus instalaciones en términos de accesibilidad o de cualquier otra forma se adhieran a las políticas públicas en la materia”.

iii) La Ley del Impuesto sobre la Renta

La Ley del Impuesto sobre la Renta incluye, en su artículo 186º, una serie de estímulos para “los patrones que contraten a personas que padecan discapacidad y adultos mayores”:

El patrón que contrate a personas que padecan discapacidad motriz y que para superarla requieran usar permanentemente prótesis, muletas o sillas de ruedas; mental; auditiva o de lenguaje, en un ochenta por ciento o más de la capacidad normal o tratándose de invidentes, podrá deducir de sus ingresos, un monto equivalente al 100% del impuesto sobre la renta de estos trabajadores retenido y enterado conforme al Capítulo I del Título IV de esta Ley, siempre y cuando el patrón esté cumpliendo respecto de dichos trabajadores con la obligación contenida en el artículo 12 de la Ley del Seguro Social y además obtenga del Instituto Mexicano del Seguro Social el certificado de discapacidad del trabajador.

También se pueden “deducir al 100% las inversiones en adaptaciones a las instalaciones para facilitar el acceso y uso de las instalaciones a personas

con capacidades diferentes”, según la página de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.³⁴⁰

iv) La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, por último, establece en su artículo 14º que, “en el caso de licitación pública para la adquisición de bienes, arrendamientos o servicios que utilicen la evaluación de puntos y porcentajes[,] se otorgarán puntos a las empresas que hayan aplicado políticas y prácticas de igualdad de género, conforme a la certificación correspondiente emitida por las autoridades y organismos facultados para tal efecto.”³⁴¹ En este sentido, se trata de un incentivo para que las empresas busquen certificarse en materia de igualdad, porque es una forma de obtener puntos a la hora de concursar en una licitación pública.

i. Certificaciones para los centros de trabajo

Además de todas las leyes hasta ahora revisadas, otra de las políticas más importantes en esta materia es la de la certificación de las empresas en igualdad laboral. Esta certificación tiene una historia de casi quince años.

En el 2003, el Instituto Nacional de las Mujeres implementó el “Modelo de Equidad de Género” (MEG), un mecanismo para certificar centros de trabajo y su compromiso con la igualdad de género. En 10 años, 2,879 centros de trabajo obtuvieron esta certificación.³⁴²

³⁴⁰ SAT, “Inversiones en adaptaciones que faciliten el uso de instalaciones para personas con capacidades diferentes”, 17 de febrero de 2014, disponible en: http://www.sat.gob.mx/fichas_tematicas/estímulos_patrones_discapacidad/Paginas/inversiones_adaptaciones_faciliten_uso_instalaciones_personas_discapacidades.aspx

³⁴¹ Encontré una norma similar en el Reglamento del INE en materia de adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y servicios, por ejemplo. En su artículo 15, estable que: “En el caso de licitación pública para la adquisición de bienes, arrendamientos o servicios que utilicen la evaluación de puntos y porcentajes, se otorgarán hasta 15 puntos, sobre una escala de 1 a 100, en los términos de este Reglamento, a personas con discapacidad o a la empresa que cuente con trabajadores con discapacidad en una proporción del cinco por ciento cuando menos de la totalidad de su planta de empleados, cuya antigüedad no sea inferior a seis meses, misma que se comprobará con el aviso de alta al régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social. Asimismo, se otorgarán igual cantidad de puntos a las MIPYMES nacionales que produzcan bienes con innovación tecnológica que tengan registrados ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.”

³⁴² Secretaría de Economía, Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad

La discriminación en el empleo en México

En el 2009, la Secretaría de Trabajo y Previsión Social publicó la NMX-R-025-SCFI-2009 para la Igualdad Laboral entre Mujeres y Hombres. Esta norma también ofrecía un mecanismo para certificar centros de trabajo en materia de igualdad entre hombres y mujeres. En el 2012, la norma se actualizó (pasó a ser la NMX-R-025-SCFI-2012 para la Igualdad Laboral entre Mujeres y Hombres).

Según datos proporcionados por la Secretaría de Economía, entre el 2009 y hasta septiembre de 2015, un total de 1,795 centros de trabajo del mundo privado y 525 instituciones públicas, de los tres órdenes de gobierno se certificaron con la NMX-R-025-SCFI. En total, esto representa, según sus números, 149,436 personas laborando en instituciones certificadas.

Tabla 14. Centros de trabajo e instituciones certificadas por la NMX-R-025-SCFI 2009 y 2012 para la “igualdad laboral entre hombres y mujeres”

	2009-2012	2013	2014	2015	Total
Centros de trabajo del sector privado	1,082	695	9	9	1,795
Instituciones de los 3 órdenes de gobierno	443	66	11	5	525
Trabajadores cubiertos	44,057	80,810	22,131	2,438	149,436

El CONAPRED, por su parte, diseñó en el 2011 la Guía de Acción contra la Discriminación (“Institución Comprometida con la Inclusión”), “con el fin de apoyar y asesorar a las instituciones públicas, educativas, empresas y organizaciones sociales de todo el país en la construcción de la cultura de igualdad laboral y no discriminación.” Desde julio del 2011 a 2014, 5 instituciones de la administración pública federal; 50 instituciones estatales; 329 instancias municipales; 297 ayuntamientos; 74 organizaciones de la sociedad civil y 79 instituciones privadas se registraron con la Guía ICI. Esto da un total de 834 instituciones inscritas en la Guía ICI.

En el 2015, las tres instituciones –la Secretaría de Trabajo, el INMUJERES y el CONAPRED– se aliaron para actualizar, una vez más, la norma mexicana. Ahora es la NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y No Discriminación. El cambio en el nombre pretende reflejar el cambio

Laboral y no Discriminación, p. 3, disponible en: http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/NMX-R-025-SCFI-2015_2015_DGN.pdf

Estefanía Vela Barba

en su contenido: ya no busca solo garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, sino en general.

Actualmente, de acuerdo a la NMX, “su finalidad es fijar las bases para el reconocimiento público de los centros de trabajo que demuestran la adopción y el cumplimiento de procesos y prácticas a favor de la igualdad laboral y no discriminación.” Para ello:

[Establece] los requisitos para que los centros de trabajo públicos, privados y sociales, de cualquier actividad y tamaño, integren, implementen y ejecuten dentro de sus procesos de gestión y de recursos humanos, prácticas para la igualdad laboral y no discriminación que favorezcan el desarrollo integral de las y los trabajadores.

La NMX es aplicable para los “centros de trabajo del sector público, privado y social, de cualquier tamaño, rama económica o giro que se encuentren ubicados en la República Mexicana”, según su numeral 2. En el numeral 5, establece el procedimiento que se debe seguir y los requisitos con los que se tienen que cumplir para obtener la certificación.

En relación a los requisitos, la NMX los divide en dos tipos: los “críticos”, cuyo “cumplimiento es indispensable para obtener la certificación” y los “no críticos”, que se evalúan una vez que se han cumplido con los primeros, y que sirven para obtener la calificación necesaria para certificarse. Cada requisito tiene un rango de puntaje que se le asigna al centro de trabajo dependiendo de qué tanto cumpla con el requisito. Para obtener la certificación, se requieren al menos 70 puntos (de los cuales 30 tienen que provenir de los “críticos”). Cuando se renueva la certificación, el puntaje tiene que ser 10% superior a la obtenida en la certificación anterior (numeral 5.3.2.3). Con esto se garantiza “la mejora” en el centro con el paso del tiempo.

Cada requisito se tiene que “comprobar” con “evidencia”, que por lo general son documentos que acreditan lo que se pide. Todas las evidencias presentadas para el cumplimiento de los requisitos, deben tener una antigüedad máxima de 12 meses al momento de la aplicación de la auditoría de certificación o de vigilancia (según su numeral 5.3.3). Además de la documentación, para certificarse es necesario someterse a una auditoría en el lugar de trabajo (numeral 5.4.1).

A los 2 años de obtener la certificación, “todos los centros de trabajo deben demostrar el mantenimiento de las condiciones que propiciaron su certificación” (numeral 5.6.1.1). En esta auditoría, “el centro de trabajo deberá demostrar el cumplimiento del 100% de los puntos críticos y solventar como mínimo un 70% las áreas de oportunidad detectadas en la

La discriminación en el empleo en México

auditoría de certificación” (numeral 5.6.1.2). Si no cumple con esto, se le cancela la certificación. Puede el centro de trabajo volver a someterse al procedimiento cuando lo estime necesario.

A los 4 años de vigencia del certificado, “los centros de trabajo que se recertifiquen, deberán reportar al Consejo Interinstitucional la obtención del nuevo certificado en la Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y No Discriminación” (numeral 5.6.4).

Estos son los requisitos críticos con los que tienen que cumplir –sí o sí– para obtener la certificación.

Tabla 15. Requisitos “críticos” con los que los centros de trabajo tienen que cumplir al 100% para certificarse en la NMX-R-025-SCFI-2015

No.	Requisito crítico	Elemento	Pts.
1	Contar con una Política de igualdad laboral y no discriminación en el centro de trabajo o equivalente	Que exista en forma escrita y sea del conocimiento de quienes laboran en el centro de trabajo Que incluya el compromiso formal de la máxima autoridad, alta dirección o representante legal respecto del cumplimiento de la política Que esté armonizada con lo que establece la fracción III del artículo 1º de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED) Que establezca el área responsable de su implementación y evaluación Que considere a todo el personal que labora en el centro de trabajo (de estructura, por honorarios, etc.) Que contenga la prohibición explícita del maltrato, violencia y segregación de las autoridades del centro de trabajo hacia el personal y entre el personal en materia de: apariencia física, cultura, discapacidad, idioma, sexo, género, edad, condición social, económica, de salud o jurídica, embarazo, estado civil o conyugal, religión, opiniones, origen étnico o nacional, preferencias sexuales, situación migratoria	10
2	Contar con un grupo, comisión o Comité encargado de la vigilancia del desarrollo e implementación de prácticas de igualdad laboral y no discriminación en el centro de trabajo	Que cuente con un grupo, comisión o Comité para la igualdad laboral y no discriminación (integrado equitativamente por mujeres y hombres respecto a la población total del centro de trabajo, y provenientes de diversas áreas de responsabilidad) y estén establecidas sus funciones y responsabilidades En el caso de centros de trabajo constituidos con 20 personas o menos, se deberá asignar al menos a dos personas como encargadas de las funciones y responsabilidades asignadas al Comité	5

Estefanía Vela Barba

No.	Requisito crítico	Elemento	Pts.
3	Contar con un proceso de reclutamiento y selección de personal sin discriminación y con igualdad de oportunidades	Que se cuente con anuncios de vacantes u ofertas de trabajo expresados con lenguaje incluyente y libre de cualquier tipo de expresión discriminatoria según lo establece la fracción III del artículo 1º de la LFPED, publicitados en los medios que acostumbra el centro de trabajo Declaración explícita de la prohibición de solicitudes de certificados médicos de no embarazo y Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como requisitos para el ingreso, permanencia o ascenso en el empleo Que exista un catálogo de puestos y un tabulador de salarios que indiquen los rangos mínimos y máximos para los diferentes niveles de contratación Que existan perfiles y/o descripciones de puestos, documentación para entrevista estructurada y/o exámenes o evaluaciones de ingreso, libres de sesgos sexistas o de cualquier tipo de discriminación	5
4	Realizar una auditoría interna	Que se realice la auditoría interna para evaluar la implementación de prácticas y acciones de igualdad laboral y no discriminación en el centro de trabajo. La auditoría interna debe realizarse antes de la certificación y antes de la auditoría de vigilancia. Deberá contemplar todos los requisitos establecidos en la Norma Mexicana	5
5	Medir el clima laboral y no discriminación en el centro de trabajo	Que se aplique el cuestionario de percepción de clima laboral y no discriminación del personal en el espacio laboral. Deberá aplicarse durante la auditoría de certificación y de seguimiento	5
Máximo de puntos que se pueden obtener (que son los puntos que se tienen que obtener)			30

Como puede verse, los “requisitos críticos” son formales: se exige que haya un compromiso con la igualdad, que se manifiesta a través de una política interna por la igualdad; que exista una institución interna para vigilar y ver todo lo relativo a igualdad; y que exista un proceso de reclutamiento no discriminatorio, al menos en papel. Se exige la aplicación de un cuestionario sobre el clima laboral; y se exige que se sometan a una auditoría interna, diseñada para constatar el cumplimiento con estos requisitos.

Ahora, los requisitos “no críticos” con los que se tienen que cumplir, obteniendo una puntuación mínima de 40 puntos, son los siguientes:

La discriminación en el empleo en México

Tabla 16. Requisitos “no críticos” con los que los centros de trabajo tienen que cumplir para certificarse en la NMX-R-025-SCFI-2015 (requieren una puntuación mínima de 40)

No.	Requisito crítico	Elemento	Pts.
6	Existencia de un código de ética o equivalente	Que prohíba todo tipo de discriminación Que esté armonizado con lo establecido en la Política de Igualdad Laboral y no Discriminación	3
7	Garantizar la igualdad salarial y otorgamiento de prestaciones y compensaciones al personal	Que se establezcan criterios de valuación de puestos para fijación y aumento de salarios, sin discriminación y evidencias de su implementación Contar con un listado de puestos, categorías, salarios por sexo Que se asigne las compensaciones y demás incentivos económicos, adicionales a los establecidos en la ley, con base en procedimientos transparentes y determinados por el centro de trabajo	5
8	Contar con procesos de ascenso y permanencia con igualdad de oportunidades	Que se cuente con procesos transparentes y accesibles de movilidad horizontal y vertical libres de sesgos sexistas o discriminatorios Que se cuente con mecanismos de evaluación del desempeño del personal que sean objetivos, que consideren una convocatoria previa para su participación Que los mecanismos antes mencionados sean difundidos a todo el personal de forma clara y oportuna	5
9	Contar con procesos de formación, capacitación, adiestramiento y con igualdad de oportunidades	Que se cuente con procesos transparentes y accesibles libres de sesgos sexistas o discriminatorios Que considere a todo el personal que labora en el centro de trabajo sin importar los niveles de responsabilidad Que se cuente con mecanismos transparentes, incluyentes y con perspectiva de género, para el acceso a la formación, capacitación, adiestramiento y del personal durante la jornada de trabajo	5
10	Contar con un plan de capacitación y sensibilización en igualdad laboral y no discriminación para el personal del centro de trabajo	Que se cuente con una campaña de sensibilización en materia de igualdad laboral y no discriminación Acciones de sensibilización, difusión y promoción, en materia de reconocimiento y respeto a la diversidad Programa de capacitación específico en materia de igualdad laboral, no discriminación, derechos humanos, perspectiva de género, con un apartado específico para el personal del área de recursos humanos y para el grupo, comisión o Comité para la Igualdad Laboral y no Discriminación	5
11	Utilizar lenguaje incluyente, no sexista y accesible	Que se utilice lenguaje incluyente y no sexista en toda la documentación de las evidencias, así como en todo tipo de comunicación interna y externa del centro de trabajo	5

Estefanía Vela Barba

No.	Requisito crítico	Elemento	Pts.
12	Realizar acciones para la corresponsabilidad en la vida laboral, familiar y personal con igualdad de oportunidades	Que se cuente con un espacio privado, adecuado e higiénico para la lactancia o extracción de leche	5
		Que se promueva la lactancia materna en el centro de trabajo	
		Que se proporcione una oferta complementaria de cuidado de menores para su personal, dirigido a madres y padres o tutores/as, a aquellos proporcionados por los servicios de seguridad social (IMSS, ISSSTE y otros)	5
		Que existan medidas para la flexibilización de los horarios de trabajo (horarios flexibles o escalonados, semanas de trabajo comprimidas, teletrabajo y licencias y permisos con y sin goce de sueldo)	5
		Que existan medidas para atender las necesidades de su personal para ofrecer cuidados a dependientes y terceros, reconociendo la diversidad de familias y hogares	3
		Que se otorgue la licencia de paternidad al menos por cinco días laborables	5
13	Contar con accesibilidad en los centros de trabajo	Mobiliario y equipo con ajustes razonables para personas con discapacidad y/o personas adultas mayores y/o embarazadas	3
		Plan de accesibilidad de espacios físicos para toda persona	3
		Información y comunicación accesible para la totalidad del personal	3
		Contar con un programa de protección civil que incluya a personas adultas mayores y con discapacidad	
		Espacios físicos adaptados a las necesidades de toda persona	3
14	Mecanismos y regulaciones para prevenir, atender y sancionar las prácticas de discriminación y violencia laboral en el centro de trabajo	Que se compruebe la adopción del compromiso explícito de combatir la violencia laboral en todas sus formas Que los mecanismos incluyan acciones para prevenir las prácticas de discriminación y violencia laboral; estrategias de atención de las mismas, de acuerdo con la solicitud de la víctima: se tenga prevista la atención o canalización de acuerdo con la naturaleza de la violación (administrativa, laboral o penal); acciones para sancionar estas prácticas en el ámbito administrativo; e información sobre instancias externas y debido proceso en caso de controversia o queja; así como acciones de la difusión de este mecanismo Que en caso de existir o haber existido denuncias de discriminación y/o violencia laboral, se demuestre el número de casos resueltos	7
Máximo de puntos que se pueden obtener			70

Para obtener la certificación se requieren mínimo de 70 puntos: 30 de los requisitos críticos y 40 de los requisitos no críticos. Eso significa que, de los requisitos no críticos, solo basta obtener 40 de 70 puntos. Eso da un amplio margen de acción: es posible tener todos los puntos relativos a los

La discriminación en el empleo en México

ajustes razonables para personas con discapacidad, pero obtener apenas lo mínimo en conciliación de familia y trabajo.

Es importante mencionar que la NMX determina cómo se deben asignar los puntos. Dependiendo del requisito, la puntuación puede ser entre 0-3, 0-5 y 0-10. Los puntajes que por lo general asignan son los siguientes:

Tabla 17. Sistema de puntajes para los requisitos críticos y no críticos de la NMX-R-025-SCFI-2015

Puntos	En caso de
0	Ausencia de cualquier elemento reconocible para atender al requisito establecido
3 (cuando son 5 el máximo)	No se cuenta con evidencia de la aplicación del requisito, sin embargo, se sustenta en el conocimiento del personal que lo aplica y existe la posibilidad de errores
4 (cuando son 5 el máximo)	Se ha estandarizado y documentado la práctica, y se ha difundido y/o capacitado al personal en su aplicación, sin embargo, no se revisa su desempeño y es probable que los errores no sean detectados
Máximo (3, 5 o 10)	La organización ha implementado el requisito establecido y lo aplica de forma sistemática, de tal manera que es posible detectar desviaciones y tomar acciones correctivas y/o preventivas según corresponda dentro de un ciclo de mejora constante

Este sistema de puntaje es lo que permite inferir que, cuando el centro de trabajo tiene un puntaje muy alto, es porque de hecho está monitoreando los *resultados* de sus políticas y no solo está implementando un esquema *formal*.

Además del puntaje necesario para la certificación, la NMX contempla otorgarles a los centros de trabajo distintos tipos de certificaciones, dependiendo de cuántas “medidas adicionales” tome. Se otorga un “certificado bronce” si, además de los 70 puntos mínimos, se realizan 2 “medidas de nivelación, medidas de inclusión y acciones afirmativas”; se otorga el “certificado plata”, si se realizan 3 de estas medidas adicionales; y, finalmente, se otorga el “certificado oro” si se realizan 4 de estas medidas extras. ¿Cuáles son algunas de estas medidas? Las siguientes.

Tabla 18. Medidas de nivelación, de inclusión y acciones afirmativas para obtener certificación bronce, plata y oro en la NMX-R-025-SCFI-2015

No.	Medida de nivelación	Elemento
1	Integración de la plantilla de personal con al menos el 40% de un mismo sexo	Que se realicen acciones de reclutamiento y promoción para incrementar la integración de mujeres a la plantilla de personal hasta alcanzar el 40%
2	Existencia de un 40% de mujeres en el total de la plantilla de puestos directivos	Que se realicen acciones de reclutamiento y ascensos para que las mujeres ocupen puestos directivos
3	Contar con personal con discapacidad en una proporción del 5% cuando menos de la totalidad de su personal	Las y los trabajadores deberán tener una antigüedad que no sea inferior a seis meses, misma que se comprobará con el aviso de alta al régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social
4	Contar con una figura mediadora u ombudsman dentro del mecanismo para prevenir, atender y sancionar las prácticas de discriminación y violencia laboral dentro del centro de trabajo	Debe existir una figura unipersonal encargada de la recepción de quejas, que sea defensora de los derechos humanos, imparcial, apolítica y que su participación sea autónoma y no se cobre al personal por el servicio que ofrezca
5	Llevar a cabo actividades o eventos enfocados exclusivamente a fomentar la igualdad y no discriminación y que sean dirigidos al personal del centro de trabajo y sus familias	Las actividades o acciones deben contemplar dentro de su planeación la promoción, difusión y en su caso sensibilización en los temas de igualdad laboral y no discriminación. Difundir con anticipación la invitación a la totalidad del personal que conforma el centro de trabajo de dichas actividades o acciones por los medios que el centro de trabajo elija

Es necesario señalar que la NMX incluye, en su Apéndice Normativo E, el “Cuestionario de percepción de clima laboral y no discriminación”. Este cuestionario permite recoger datos sobre la persona que lo toma, tales como su “sexo” (hay dos opciones: hombre o mujer), edad, estado conyugal, escolaridad, años de antigüedad, horario de trabajo, tipo de plaza y si tiene o no una discapacidad (intelectual, motriz, auditiva y/o visual, según el formulario). También existe una pregunta relativa a si la persona “pertenece a algunos de los siguientes sectores de la población”: el “de la diversidad sexual”, “indígenas”, “afrodescendientes”, “adultos mayores” u “otros”. El resto del Cuestionario incluye preguntas sobre la percepción de la discriminación y la violencia en el trabajo; y sobre el conocimiento en relación a las medidas de igualdad que se toman en el centro de trabajo.

De acuerdo al “Padrón Nacional de Centros de Trabajo Certificados”, liberado por el Consejo Interinstitucional de la NMX-R-025-SCFI-2015, desde que se implementó esta última versión de la norma mexicana, 161 centros se certificaron en el 2016 y, para julio de 2017, 50 se habían certificado; o sea, van 211 centros de trabajo certificados en este tiempo. Como

La discriminación en el empleo en México

dato curioso, valga mencionar que 34 centros obtuvieron la “certificación bronce”, 29 la “certificación plata” y 24 obtuvieron la “certificación oro”. De estas últimas, resalta que la Dirección General de Derechos Humanos y la Dirección General de Fábricas de Vestuario y Equipo de la Secretaría de la Defensa Nacional obtuvieron esta certificación, cuando la SEDENA, según el estudio de la CNDH sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la administración pública federal, es una de las instituciones más dispares en términos de género de la administración pública federal. De hecho, la SEDENA ni siquiera cumplió con toda la información que solicitó la CNDH; simplemente se limitó a reportar el número total de hombres y de mujeres que trabajaban ahí (y la disparidad era brutal).³⁴³

Tabla 19. Empresas e instituciones que han obtenido la “certificación oro” de la NMX-R-025-SCFI-2015 entre 2016 y julio de 2017

Instituciones Públicas	
1	Secretaría General de Gobierno
2	Consejería Jurídica del Ejecutivo Estatal
3	Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla
4	Secretaría de Relaciones Exteriores
5	Secretaría de la Defensa Nacional (Dirección General de Derechos Humanos)
6	INFONAVIT
7	Secretaría de la Defensa Nacional (Dirección General de Fábricas de Vestuario y Equipo)
8	Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático
9	Auditoría Superior del Estado de Puebla
10	Secretaría de Marina-Armada de México
11	Instituto Nacional de las Mujeres
12	Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación
13	Instituto Poblano de las Mujeres
14	Corporación Auxiliar de Policía de Protección Ciudadana
15	Procuraduría Federal del Consumidor
16	Honorable Ayuntamiento de Tultitlán
17	Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo
18	Universidad Estatal del Valle de Ecatepec
Empresas Privadas	
1	Leaseplan México, S.A. de C.V.
2	Limpieza y Vigilancia Profesional Empresarial, S.A. de C.V.
3	Manpower Corporativo, S.A. de C.V.
4	Servicios Administrativos Adecco, S.A. de C.V.
5	Consultoría Guadalajara, S.A. de C.V.
6	Universidad Tecnológica del Sur del Estado de México

³⁴³ CNDH, *Estudio sobre la igualdad entre mujeres y hombres, supra*, pp. 31-32.

j. Otros programas

Existen, por supuesto, muchos otros programas, políticas o acciones que se han tomado por el Estado para erradicar la discriminación en el empleo. Si se analiza el documento *La inclusión laboral en México: retos y avances*, publicado por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social en el 2015, por ejemplo, podrá verse que son múltiples las instituciones han “adquirido compromisos” para erradicar la discriminación en el empleo; que se han diseñado varias “estrategias de sensibilización social y acciones de difusión”; y que se han ejecutado estrategias para fomentar el empleo y la inclusión. No ahondaré, por ahora, en ellos, sino que me enfocaré en realizar una crítica a las leyes hasta ahora revisadas.

2. Los problemas de la regulación mexicana

Dado que el propósito de esta sección es ofrecer un análisis crítico de la regulación mexicana, está dividida en cuatro partes, cada una dedicada a explorar un tipo de problema distinto que tiene la regulación. En la primera, abordo los problemas de discriminación directa que aún padece la regulación mexicana y que se tienen que erradicar dado que representan un problema de inconstitucionalidad. En la segunda, me enfoco en lo que llamo “problemas de ineficacia”: políticas que de plano no sirven para enfrentar el problema en cuestión, dada la evidencia. El ejemplo paradigmático de esto es el uso del derecho penal para castigar la discriminación. En la tercera, me enfoco en lo que llamo “problemas de ineeficiencia”: regulaciones que terminan por ofuscar y dificultar la implementación efectiva de políticas. En este punto, me preocupa el sistema laberíntico que se ha generado para denunciar la discriminación, que, me parece, impide una falta de acceso a la justicia efectiva. Cuarta y última: me enfoco en los “problemas de insuficiencia” que, desde mi óptica, son los más apremiantes tratándose de la regulación de la discriminación en el empleo: que los esfuerzos que se están haciendo se quedan cortos para la magnitud del problema. Esto es lo que ocurre con la mayoría de la normatividad en la materia: va por buen camino, pero le falta. Podría ser mejor, de manera importante. Valga empezar.

a. Problemas de inconstitucionalidad

La regulación laboral contemporánea sigue adoleciendo de problemas de discriminación directa, esto es, de problemas de inconstitucionalidad. Cinco, en particular, son preocupantes.

La discriminación en el empleo en México

i. La discriminación de las trabajadoras del hogar

El primer problema de inconstitucionalidad es el tratamiento diferenciando que la Ley Federal del Trabajo y la Ley de Seguridad Social le dan al trabajo del hogar remunerado. Algunas de las disposiciones problemáticas desde una perspectiva constitucional son las siguientes:

1) **El artículo 333 de la Ley Federal del Trabajo, que regula los descansos, más que las horas de trabajo de las trabajadoras del hogar.** La Constitución, en el artículo 123º, apartado A, fracción I, establece que “la duración de la jornada máxima será de 8 horas”. Este es un derecho que regirá “entre los obreros, los jornaleros, *empleados domésticos*, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo”. En directa contravención a esta disposición constitucional, el artículo 333º de la LFT establece que: “Los trabajadores domésticos que habitan en el hogar donde prestan sus servicios deberán disfrutar de un descanso mínimo diario nocturno de nueve horas consecutivas, además de un descanso mínimo diario de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas.” Básicamente: les aseguran *un mínimo de 12 horas de descanso*, más que un *máximo de 8 horas de trabajo*. Esto es inconstitucional.

2) **La regulación del salario que reciben las trabajadoras.** El artículo 334º de la Ley Federal del Trabajo establece que “salvo lo expresamente pactado, la retribución del doméstico comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación. Para los efectos de esta Ley, los alimentos y habitación se estimarán equivalentes al 50% del salario que se pague en efectivo.” El artículo 335º, por su parte, establece que “La Comisión Nacional de los Salarios Mínimos fijará los salarios mínimos profesionales que deberán pagarse a estos trabajadores.” La Comisión Nacional de los Salarios Mínimos aún no ha fijado el salario que le corresponde a este trabajo. Y, además, la contabilización que se hace de los alimentos y la habitación es altísima. La OIT, por ejemplo, recomienda que estos representen un *máximo* del 33% del salario.³⁴⁴ *Máximo*.

3) **La regulación de la seguridad social, que excluye a los y las trabajadoras del hogar de sus protecciones.** Según Ileana Moreno, en la legislación:

³⁴⁴ Marta Cebollada Gay, *Hacer visible lo invisible. Formalización del trabajo del hogar remunerado en México: una propuesta de política pública*, CONAPRED, 2017, p. 33, disponible en: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Hacer_visible_lo_invisible_WEB.pdf

Estefanía Vela Barba

[Se] exime a los empleadores de la obligación de aportar al Fondo Nacional de la Vivienda en el caso de las trabajadoras del hogar, conforme a los artículos 136º y 146º de la LFT. Por su parte, la Ley del Seguro Social establece cuál es el régimen obligatorio y señala que éste comprende diversos seguros. Asimismo, indica quiénes son sujetos de aseguramiento de este régimen obligatorio, y en este listado no incluye a las trabajadoras del hogar. En cambio, el artículo 13º de la misma señala que hay sujetos que pueden ser sujeto de aseguramiento voluntario en el régimen obligatorio, entre los cuales se encuentran, precisamente, los llamados “trabajadores domésticos”. Esto quiere decir que se releva al empleador de la obligación de inscribir al trabajador y aportar para su seguridad social. Luego, conforme al régimen voluntario, corre a cargo del trabajador su propia inscripción y el pago de aportaciones, a diferencia del resto de los trabajadores. Pero esto no es todo: una diferencia fundamental entre ambos regímenes es que, en el caso de las trabajadoras del hogar, la inscripción al seguro social únicamente conlleva los seguros, pero no pueden cotizar semanas de trabajo. Entonces, no tienen posibilidad de acceder a una pensión al final de su vida laboral.³⁴⁵

Básicamente: la ley viola el derecho a la seguridad social que el artículo 9º del Protocolo de San José les asegura a los y las trabajadoras del hogar (porque se los garantiza a todos los trabajadores), y también viola el mismo derecho a la no discriminación. Y lo viola en dos sentidos. Primero, porque establece un trato diferenciado *explícito* entre grupos de trabajadores que no se justifica desde una óptica constitucional. Especialmente considerando que se trata de un grupo de trabajadores que históricamente han sido discriminados y explotados como pocos en el país. Y, segundo: porque *resulta* en un trato diferenciado que perjudica desproporcionadamente a las mujeres, dado que son la mayoría de las que desarrollan este servicio. Tiene un impacto diferenciado por género. En este sentido, son normas que discriminan directa e indirectamente.

Valga recordar que para que este trato sea válido, esta diferenciación que se establece en la norma tiene que perseguir un fin constitucionalmente *imperativo*; tiene que ser un medio exactamente diseñado para alcanzar ese fin y tiene que ser la medida menos restrictiva posible para lograrlo. La legislación no pasa ese *test* porque, incluso si se reconoce que quiere proteger la “economía de las familias” para las que las trabajadoras del hogar trabajan (que es la justificación histórica que se ha dado a este trato dife-

³⁴⁵ Ileana Moreno Ramírez, “Los derechos fundamentales de las trabajadoras del hogar y sus garantías en México”, disponible en: http://207.249.17.176/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/263/Becarios_150.pdf

La discriminación en el empleo en México

renciado),³⁴⁶ hay otras formas en las que se puede lograr esto *sin* marginar más a las trabajadoras del hogar. Porque eso es lo que la ley garantiza: que nunca puedan ahorrar, que nunca tengan los medios para comprar una casa, que no se puedan retirar con un mínimo asegurado. Condena a las trabajadoras a seguir desempeñando un trabajo en condiciones precarias, hasta que ya no puedan trabajar más. E incluso entonces, lo mejor a lo que pueden aspirar es: ¿a un programa de *asistencia* del gobierno?

No es necesario que se ratifique el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo para que la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social sean, automáticamente, inconstitucionales. Ya lo son y se tienen que reformar.

ii. La discriminación por género y preferencia sexual en las licencias, pensiones y guarderías

La Ley Federal del Trabajo, la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado incluyen varias disposiciones que son discriminatorias por género y por preferencia sexual. Las más notorias son las siguientes.

1) **Las licencias para casos de adopción** de la Ley Federal del Trabajo. En el artículo 170º, fracción II Bis, la Ley Federal del Trabajo establece que, en caso de adopción de un infante, las madres trabajadoras disfrutarán de un descanso de seis semanas con goce de sueldo, posteriores al día en que lo reciban. En el artículo 132º, fracción XXVII Bis, por su parte,

³⁴⁶ “La narrativa que está detrás de la [legislación] es que las mujeres que se dedican al trabajo doméstico importan, pero importan menos que las mujeres que salen a trabajar y necesitan los servicios de las trabajadoras domésticas. Ni siquiera en las razones detrás de la [regulación del] trabajo doméstico las protagonistas son las trabajadoras domésticas, sino las mujeres de pocos recursos que salen a trabajar y necesitan que otras mujeres realicen sus actividades domésticas. El argumento es que no es posible otorgar a las trabajadoras domésticas sus derechos laborales, porque los ingresos de las familias que contratan al trabajo doméstico serían afectados. No se trata de un choque entre los derechos de las familias y de las trabajadoras domésticas, sino de la valoración los legisladores: el ingreso de las familias es más importante que los derechos de las trabajadoras del hogar. Esta exposición de motivos refleja también que es más importante el trabajo que realizan las patronas (afuera de los hogares, en el espacio público) que el trabajo doméstico remunerado (dentro de los hogares, en el espacio privado), que realizan mujeres más pobres. De esta manera, queda en evidencia la desvalorización social del trabajo doméstico.” Diego Rodríguez, *Narrativas de la discriminación: la regulación del trabajo doméstico remunerado en México*, CIDE, Tesis para obtener el título de Licenciado en Políticas Públicas, noviembre 2016, pp. 48-49.

establece que es una obligación del patrón “otorgar permiso de paternidad de cinco días laborales con goce de sueldo, a los hombres trabajadores, por el nacimiento de sus hijos y de igual manera en el caso de la adopción de un infante.”

Esta norma establece un trato diferenciado en lo que a la licencia para casos de adopción se refiere: a las mujeres les garantiza 6 semanas de descanso, mientras que a los hombres solo 5 días. Dado que se trata de casos de *adopción* y no de casos de parto, esta diferenciación es inconstitucional, porque los hombres y las mujeres que adoptan están situados en un mismo lugar: ambos reciben a una criatura y necesitan el tiempo necesario para adaptar sus vidas y las de los niños y niñas a la nueva situación. Esta norma, introducida apenas en el 2012 (¡en el 2012!), revela lo arraigado que sigue estando en México la idea de que el cuidado de los niños y niñas les corresponde a las mujeres. En este sentido, esta disposición no es solo discriminatoria en contra de los hombres, porque ellos no tienen derecho a estar con sus hijos el mismo tiempo que las mujeres, sino que es discriminatoria en contra de las mismas mujeres, porque asume que son ellas las encargadas del cuidado.

De manera adicional, esta disposición también discrimina por preferencias sexuales, porque de manera *indirecta* perjudica de manera desproporcionada a las parejas compuestas por dos hombres. En las parejas conformadas por dos mujeres, la ley permite que las dos se tomen 6 semanas del trabajo para cuidar a la criatura; en el caso de parejas heterosexual, garantiza que al menos una persona –la mujer– cuente con esas 6 semanas para cuidar a la criatura; pero en el caso de parejas compuestas por dos hombres, ninguno de los dos se puede ausentar más de 5 días para cuidar a la nueva criatura. En este sentido, también discrimina de manera indirecta en contra de estos niños y niñas por la orientación sexual de sus padres, contraviniendo el artículo 2º, párrafo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2) El acceso a las guarderías de la Ley del Seguro Social. De acuerdo al artículo 201º de la Ley del Seguro Social, la mujer trabajadora y el trabajador viudo, divorciado o aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, tienen derecho a acceder a guarderías. En el artículo 205º, la Ley establece que “los viudos, divorciados o los que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, mientras no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato” tendrán derecho a los servicios de guardería.

Ya la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que estas normas son inconstitucionales en el Amparo en Revisión

La discriminación en el empleo en México

59/2016, resuelto el 29 de junio de 2016. De acuerdo a la Sala, estas normas, primero, discriminan a los hombres porque les exigen requisitos que a las mujeres no, a pesar de que cotizan en los mismos términos. Más aún, para la Suprema Corte: “[E]ste trato diferenciado deriva de la asignación a la mujer del rol de cuidado de los hijos, por el solo hecho de serlo, lo que implica un estereotipo de género, esto es, la preconcepción de que es a la mujer a la que corresponde la responsabilidad de la crianza, la atención y el cuidado de los hijos, sin considerar que ésta es una responsabilidad compartida de los padres, que deben participar en igual medida.”³⁴⁷ Esto resulta más evidente con el artículo 205, que condiciona el derecho a las guarderías al que los viudos, divorciados y quienes tienen la custodia decretada judicialmente no se vuelvan a casar. En palabras de la Corte, la lógica de esta norma es que:

mientras no establezcan una relación de matrimonio o concubinato que supone contar con una mujer para hacerse cargo de los hijos del trabajador, podrán contar con el servicio, lo que conlleva una diferenciación estructural que subyace en la norma asignando a la mujer un determinado papel en razón exclusivamente del género, reafirmando la visión estereotipada y situación de desventaja que permea en la norma, reduciendo a la mujer al papel del cuidado del hogar y los hijos.³⁴⁸

Esta norma, además de que está basada en estereotipos sobre los hombres y las mujeres, también es discriminatoria, de manera indirecta, por clase. El mismo caso que llegó a la Suprema Corte ilustra esta diferencia. El quejoso en el Amparo en Revisión 59/2016 trabajaba como chofer en una organización. Estaba casado con una mujer. Por esa razón, él no contaba con el derecho de acceder al servicio de guarderías. Su esposa, sin embargo, trabajaba como trabajadora del hogar, lo que, conforme a la legislación actual, tampoco le garantiza acceso al servicio de guarderías. Por los salarios que se gana en este tipo de trabajos, sin embargo, acceder a guarderías privadas era para la pareja sumamente costoso. Así: a pesar de que ambos trabajaban, no tenían acceso a servicios de guardería. Lo que demuestra cómo la norma no solo opera con base en estereotipos de género, sino, de nuevo, de clase. Asume que todos los hombres con esposas tienen quién cuide a sus hijos (porque esa es la labor de las esposas/madres); y asume que se pueden quedar a cuidar a los hijos porque el salario de los hombres es “suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia”, cuando la realidad evidencia que esto no es cierto. Y si las

³⁴⁷ Amparo en Revisión 59/2016, *supra*, p. 28.

³⁴⁸ *Ibidem*.

Esteñania Vela Barba

mujeres trabajan, se asume que trabajan en un trabajo formal, en el que se les garantiza el acceso a las guarderías, cuando esto, dada toda la evidencia hasta ahora vista, está fuertemente restringido para muchas mujeres, que solo tienen acceso a trabajos informales.

Por último: es, otra vez, importante mencionar que esta norma discrimina por preferencia sexual de manera *indirecta*, afectando a las parejas conformadas por dos hombres. La norma, de nuevo, le da acceso automático al servicio a las mujeres trabajadoras. No tienen que comprobar nada, fuera de que tienen hijos a su cargo. Los hombres, si están casados, automáticamente quedan excluidos de acceder a este servicio, salvo que demuestren que tienen la custodia de sus hijos a su cargo. Ahora, esta norma establece un régimen que, si bien está basado en un estereotipo de género, le asegura a los niños y niñas de muchos hogares heterosexuales acceso a guarderías, a través de la madre que trabaja. De nuevo: este acceso está basado en un estereotipo, pero al menos hay un acceso automático garantizado en muchos casos. Las parejas compuestas por dos hombres, en cambio, necesariamente tienen que demostrar que tienen la guardia y custodia de los hijos a su favor. Hasta que no lo hagan, no hay forma que obtengan acceso a las guarderías.

3) **El acceso a las pensiones.** El artículo 64 de la Ley del Seguro Social, en su tercer párrafo, fracción II, establece que a la “viuda del asegurado se le otorgará una pensión equivalente al 40% de la que hubiese correspondido aquél, tratándose de incapacidad permanente total.” “La misma pensión”, establece después, “corresponde al viudo o concubinario que hubiera dependido económicamente de la asegurada.” En el artículo 130, la Ley hace lo mismo: establece que tendrá “derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez” y que “la misma pensión le corresponderá al viudo o concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez”.

Estas normas, como también ya lo determinó la Suprema Corte, son inconstitucionales por varias razones. Primera: porque discriminan a las trabajadoras en relación a los trabajadores, porque a pesar de que ambos trabajan y cotizan en el Seguro Social toda su vida, la pensión que le pueden pasar a sus parejas está condicionada de manera diferenciada. Esto lo reconoció la Suprema Corte en el Amparo en Revisión 664/2008, resuelto el 16 de septiembre de 2008:

Si durante su vida laboral, las extintas trabajadoras cotizan para que quienes les sobreviven y tengan derecho a ello, disfruten de los seguros previstos en la Ley de la Materia, entonces la pensión en comento no es una

La discriminación en el empleo en México

concesión gratuita o generosa, sino un derecho generado durante su vida productiva con el objeto de garantizar, en alguna medida, la subsistencia de sus beneficiarios.

De esta manera, no obstante que la Constitución prevé como garantía individual la igualdad de varón y mujer ante la ley, y el derecho a que los integrantes de las familias de los trabajadores, sin distinción de género, disfruten, entre otros, de los seguros de vida, el legislador ordinario con infracción a tales valores fundamentales, estableció un trato distinto para tener acceso a dicha pensión proporcionada por el Instituto, tratándose del viudo de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.³⁴⁹

Además de lo que sostiene la Corte, la Ley discrimina también a los hombres viudos, en relación a las mujeres viudas, porque los requisitos para acceder a las pensiones son diferentes. Las viudas, basta que demuestren la relación de pareja que tenían con el trabajador para que accedan a las pensiones. Los viudos, además, tienen que demostrar que “dependían económicaamente” de la trabajadora. Esto está basado, por supuesto, en un estereotipo de género: que todos los hombres trabajan, salvo que algo extraordinario haya pasado. Si todos los hombres trabajan, no necesitan acceder a una pensión por viudez, porque ellos mismos están asegurados. Este estereotipo era más evidente antes, cuando la Ley establecía que además de demostrar la dependencia económica, los hombres tenían que demostrar que estaban “incapacitados para trabajar”. Si bien hoy este ya no es un requisito, la lógica que subyace a la norma es la misma.

Por último y como la Suprema Corte ya lo resolvió en el Amparo en Revisión 485/2013 y en el Amparo en Revisión 710/2016, las normas de la Ley del Seguro Social y de la Ley del ISSSTE relativas a las prestaciones y pensiones que reciben las parejas de los y las trabajadoras son discriminatorias porque excluyen a las parejas del mismo sexo de los beneficios, porque están redactadas de forma tal, que solo le otorgan estos beneficios a las parejas compuestas por un hombre y una mujer. Desde ahí que también sea necesario reformarlas.

iii. La imposibilidad de conciliar la vida familiar y laboral

La legislación laboral actual no contempla un régimen que le facilite a los y las trabajadoras el cuidado de sus familiares. Lo único que contempla la legislación son descansos relacionados con la llegada de un hijo o una hija: 6 semanas antes y después del parto para las mujeres embarazadas;

³⁴⁹ Amparo en Revisión 664/2008, *supra*, p. 31.

Estefería Vela Barba

6 semanas para las mujeres que adoptan; y 5 días para los hombres, a la llegada de su hijo o hija.

La legislación, sin embargo, es silente en relación a los muchos otros escenarios que se pueden presentar tratándose del cuidado de niños y niñas más grandes o de familiares, en general. Por ejemplo: para los casos de enfermedad de los hijos, las parejas y los familiares, en general; para atender a los niños y niñas de múltiples maneras (muchas veces es necesario acudir a la escuela para una infinidad de asuntos, desde ir a recoger calificaciones hasta acudir a un festival); y para los casos de muerte de un familiar. La vida familiar no se reduce al nacimiento de un hijo y es necesario contemplar eso.

Actualmente, la Ley Federal del Trabajo simplemente establece que, en caso de que un trabajador tenga más de 3 faltas en 30 días “sin permiso del patrón o sin causa justificada”, puede ser despedido sin responsabilidad para el patrón (artículo 47º, fracción X). ¿Qué constituye una “causa justificada” para faltar? ¿Cuáles son los permisos que debería dar el patrón? La Ley, en los términos en los que está, lo deja al arbitrio de las partes.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 16, señala que, para cumplir con el Pacto, “el Estado Parte debe reducir las limitaciones que encuentran hombres y mujeres para armonizar las obligaciones profesionales y familiares, promoviendo políticas adecuadas para el cuidado de los niños y la atención de los miembros de la familia dependientes.” Una forma de cumplir con ese mandato, sería estableciendo un régimen de permisos para que las personas puedan cumplir con las necesidades de sus familias y, por supuesto, ampliando las licencias para la llegada de los hijos e hijas (asegurándose que esta ampliación no sea discriminatoria).³⁵⁰

iv. La discriminación de las personas trans

Como se estableció en el primer apartado de este documento, el derecho a la no discriminación le garantiza a las personas dos cosas básicas: que, ahí donde no se justifique, no van a ser tratadas de manera diferente; pero que, ahí donde sea necesario para que gocen sus derechos, se les va a tratar de manera diferente. Las personas *son* diferentes y hay ciertas diferencias que requieren ser contempladas a la hora de que se legisla o de que se establecen las condiciones del trabajo para que sus derechos puedan ser

³⁵⁰ La organización GIRE se ha encargado de detectar las buenas prácticas a nivel internacional en esta materia. Pueden verse en GIRE, *Horas hábiles*, 2017, disponible en: <https://gire.org.mx/informes/horas-habiles/>

La discriminación en el empleo en México

garantizados. Esto ha hecho la legislación laboral con las mujeres embarazadas y con las personas con discapacidad, pero es necesario que también se contemplen las necesidades específicas de las personas trans.

Actualmente, a todas las personas se les asigna jurídicamente una identidad de género en el momento en el que el Registro Civil expide su acta de nacimiento. Esta identidad se asigna con base en “el sexo” de la persona que quedó asentado en el Certificado de Nacimiento.³⁵¹ El acta de nacimiento se convierte en la base de prácticamente todos los documentos y registros de identidad que maneja el Estado, como el CURP, el pasaporte, el RFC, la credencial de elector, los títulos escolares y las cédulas que se expediten para ciertas profesiones, por decir lo menos. En la mayoría de los registros y documentos de identidad, el nombre y el “sexo” de la persona figuran de manera prominente. En el CURP, por ejemplo, una de las letras que se asigna a las personas tiene que ver con esta identidad: se les asigna “H” si “son hombres” y “M” si “son mujeres”. Existe, para efectos prácticos, todo un aparato burocrático que se construye a partir de la identidad jurídica de género que se les asigna a las personas al nacer.

Lo anterior es relevante ya que la identidad jurídica funciona como una llave de acceso para una infinidad de trámites relacionados con el ejercicio efectivo de derechos. Los documentos de identidad se requieren para establecer la filiación y celebrar contratos matrimoniales; para ejercer el derecho al voto; para inscribirse en instituciones educativas; al momento de solicitar un trabajo; para acceder a todo tipo de servicios (desde tramitar una licencia de conducir hasta realizar un trámite bancario); y para acceder a servicios de salud, por decir lo menos.

Si la identidad jurídica es la llave de acceso para el ejercicio de una infinidad de derechos, en el caso de las personas trans, si su identidad jurídica no refleja su identidad de género, se vuelve en un obstáculo para el ejercicio de sus derechos.

El tema del reconocimiento de la identidad de género de las personas trans tiene consecuencias para el trabajo, por supuesto. Lo primero que resulta necesario es que se les garantice un procedimiento para cambiar todos sus documentos de identidad, especialmente los que dependen del Estado, como son el acta de nacimiento, el CURP, el RFC, el pasaporte, la credencial de elector, los títulos universitarios y el registro ante el IMSS y/o el ISSSTE.

³⁵¹ Manual de Llenado del Certificado de Nacimiento Modelo 2015. Subsistema de Información sobre Nacimientos (SINAC), Secretaría de Salud, 2015.

Estefanía Vela Barba

Lo segundo es que se les garantice, al interior del trabajo: 1) que se les va a reconocer su nombre e identidad de género, incluso cuando no han podido acceder a todos los cambios en sus documentos jurídicos; 2) que van a poder cambiar todos sus documentos *internos* y que 3) se les va a proporcionar lo que necesitan para hacer estos cambios. Esto incluye, entre otras cosas, contar con el tiempo necesario para gestionar los trámites.

Además del reconocimiento de la identidad de género, es necesario contemplar el hecho de que algunas personas trans se someten a distintos procedimientos y tratamientos médicos como parte de su transición. Esto, por supuesto, no es algo que hacen todas las personas trans, ni, mucho menos, es algo que se les puede *exigir* que hagan. Pero le corresponde a la ley contemplar esta posibilidad. Esto es relevante al menos para dos cosas, tratándose del trabajo. Primero: porque significa que se tiene que contemplar una licencia para ausentarse en estos casos. Y segundo: porque implica garantizarles un acceso a la salud que contemple sus necesidades. Desde el seguro médico que se les contrate, hasta el servicio médico que se les proporcione, tiene que estar diseñado para respetar y satisfacer sus necesidades.

Actualmente, ni la Ley Federal del Trabajo, ni la Ley del Seguro Social o del ISSSTE contemplan las necesidades de las personas trans, por lo que están violando el derecho que tienen a la no discriminación por género. Valga, por último, mencionar que también se tiene que cambiar el régimen de licencias para casos de embarazo para que se le garantice los derechos relacionados al embarazo a *todas* las personas, incluidas las personas trans.

v. La falta de un régimen anti-discriminación en las leyes para los trabajadores del Estado

Por último, es necesario mencionar que las leyes laborales que rigen para los trabajadores del Estado, especialmente la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional, no contempla los mismos derechos y obligaciones que la Ley Federal del Trabajo.

Por ejemplo: La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, no incluye el derecho de los y las trabajadoras a no ser discriminadas en el trabajo; ni incluye la obligación para el Estado de no establecer condiciones discriminatorias en el trabajo. Tampoco incluye disposiciones referentes al acoso y al hostigamiento. Solo incluye una norma referente a los derechos que gozan las mujeres en caso de embarazo, mas no de adopción.

La discriminación en el empleo en México

No incluye norma alguna referente a las licencias para los hombres en caso de embarazo o adopción.

Sé que muchos de estos derechos vienen regulados en otras normas y que las instituciones mismas se han encargado de garantizarles a sus trabajadores los mismos o incluso más derechos, pero lo ideal sería que se establezcan desde la Ley base y que, salvo, de nuevo, que se justifique un trato diferenciado desde una óptica constitucional, no se establezcan derechos distintos entre quienes trabajan en el Estado y quienes laboran fuera de él.

b. Problemas de ineficacia

La legislación actual relacionada con la discriminación en el empleo, también tiene problemas de ineficacia. Por “ineficacia” me refiero a la absoluta incapacidad de una norma de cumplir con sus propios propósitos. El ejemplo extremo de este problema de ineficacia en la legislación actual es el caso del delito de discriminación, aunque los tipos penales de acoso y hostigamiento también resultan problemáticos desde esta óptica. Valga comenzar por los segundos.

i. Los delitos de acoso sexual y hostigamiento sexual

Para evaluar la eficacia de la criminalización del acoso y hostigamiento sexual, es necesario contar al menos con tres datos: la ocurrencia de estas conductas; cuántas de estas conductas son denunciadas ante las autoridades (y por qué se denuncian o no); y qué pasa con estas denuncias una vez que llegan al sistema penal: ¿se procesan adecuadamente? ¿Llegan a la etapa de sentencia? ¿Sí, no, por qué? Esto permite tener al menos algunos indicadores sobre cómo funciona el sistema penal. ¿Sirve, de hecho, para “castigar” (dado que ese es uno de sus propósitos)? En México, para poder responder estas preguntas se tiene que extraer información de distintas fuentes. E incluso entonces lo que se tiene no es tan preciso, aunque es suficiente para ilustrar que hay un problema y que es necesario entrarle con mayor profundidad.

Primero: ¿cuántos casos de acoso u hostigamiento hay en el país? ¿Cómo calcularlo? Existen, actualmente, dos posibles fuentes. Una es la ECOPRED 2014, que está basada en una encuesta que se realizó a personas entre los 12 y los 29 años. La ventaja de esta encuesta es que incluye información tanto sobre hombres, como de mujeres, por lo que sirve para ver en qué medida el género es un factor de riesgo para vivir este tipo de violencia sexual.

Estefanía Vela Barba

Según la ECOPRED, en el 2014, 460,904 personas, entre los 12 y 29 años de edad, reportaron haber vivido un acoso sexual (de las cuales 332,363 eran mujeres y 128,541 eran hombres).³⁵² De nuevo: esto es solo por un año y para personas de 12 y 29 años. Sin duda, deja fuera a un gran porcentaje de la población, pero sirve, de cualquier forma, para ver el número de quejas o denuncias que las instituciones de justicia *podrían* estar procesando.

Además de la ECOPRED, la ENDIREH es, por supuesto, la fuente más confiable para medir la violencia que ocurre *en el trabajo* y que afecta a *mujeres* mayores de 15 años de edad. De acuerdo a la ENDIREH 2016, 1,317,959 mujeres reportaron haber padecido violencia sexual en el trabajo solo en los últimos 12 meses. De estas, 738,723 reportaron actos que *podrían* ser constitutivos de abuso, acoso u hostigamiento sexual, tal y como están tipificados en los códigos penales del país.³⁵³

De todo este universo de casos que *podrían* llegar a las instituciones de justicia penal en el país, ¿cuántos, de hecho, llegaron?

Según los reportes de incidencia delictiva del Sistema Nacional de Seguridad Pública, el número de averiguaciones previas que se abrieron por delitos sexuales distintos a la violación y al estupro (lo que puede abarcar el abuso sexual, el hostigamiento y el acoso sexual, dependiendo del código penal local) fue de 18,060 para el 2014 y 14,763 para el 2015.³⁵⁴ Estas averiguaciones previas, por supuesto, son de hombres y mujeres, que pueden ser de cualquier edad, por lo que no es exactamente comparable con la información que provee la ECOPRED y la ENDIREH. Pero la comparación sigue siendo indicativa de cualquier forma. Y lo que indica es que existe una brecha entre la violencia que ocurre y la que se denuncia penalmente.³⁵⁵

³⁵² “Alguna vez te ha tocado o intentado tocar alguna parte de tu cuerpo y te hizo sentir mal. Alguna vez has tenido algún encuentro sexual indeseado (alguien te ha obligado o intentado obligar a ver o realizar alguna práctica sexual)”. Así se formula la pregunta en la ECOPRED 2014.

³⁵³ Llegué a esta cifra sumando las mujeres que reportan, para los últimos 12 meses, que “le han propuesto o insinuado tener relaciones sexuales a cambio de mejoras o beneficios en el trabajo”, “la han obligado a mirar escenas actos sexuales o pornográficos (fotos, revistas, videos o películas pornográficas)”, “alguna persona le mostró sus partes íntimas o se las manoseó enfrente de usted”, “la han manoseado, tocado, besado o se le han arrimado, recargado o encimado sin su consentimiento.”

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ Las brechas entre la violencia y las denuncias no son exclusivas de estos delitos, por supuesto. La Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad

La discriminación en el empleo en México

¿A qué se debe esta brecha? En parte: a que se estima que denunciar es una pérdida de tiempo y a la falta de confianza en las autoridades.³⁵⁶ Algo que puede ser entendible. La experiencia que reportan muchas víctimas que sí denuncian no es enteramente positiva.³⁵⁷ Las procuradurías, por lo general, no tienen la capacidad para procesar adecuadamente este tipo de delitos (ni muchos otros, en realidad)³⁵⁸ y la revictimización es una práctica común.³⁵⁹

Esto se confirmó con la ENDIREH 2016. De acuerdo a esta encuesta, el 91.2% de las mujeres que vivieron violencia laboral no solicitó apoyo a ninguna institución, ni presentó una queja o denuncia ante autoridad. El 17.1% no solicitó apoyo, ni denunció porque pensó que no le iban a creer o que le iban a decir que era su culpa; el 17.1% porque consideró que era una pérdida de tiempo o porque no tenía tiempo; el 12.4% porque no confía en las autoridades; el 20% porque no sabía cómo y dónde denunciar; y el 23.9% por miedo a las consecuencias o a las amenazas. Existe, en otras palabras, un problema de acceso a la justicia grave para la violencia en el trabajo que viven las mujeres (y, podríamos hacerlo extensivo a cualquier persona que quiera denunciar este tipo de violencia o discriminación en el trabajo).

Según datos extraídos del Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatal y del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal, en el 2013, se iniciaron 2,242 investigaciones por los delitos de hostigamiento y/o acoso sexual; en el 2014, fueron 2,134 y en el 2015, fueron 1,954 (estos datos incluyen tanto las averiguaciones previas, como las carpetas de investigación). Para cada año, los Censos incluyen el número de víctimas

Pública (ENVIPE) año con año señala que la “cifra negra” en México es altísima. En el 2012, según la ENVIPE, el 92.1% de los delitos no fueron ni reportados, ni investigados; en el 2013, la cifra negra fue de 93.8%; en el 2014, de 92.8%; en el 2015, de 93.7%; y en el 2016, de 93.6%.

³⁵⁶ Sonia Frías & Alejandra Ríos Cázares, “After Rape: Mexican Women’s Help-Seeking Access to Emergency Health Care in Public Prosecutor’s Offices”, *Feminist Criminology*, 2017, p. 4; Sonia Frías, “Strategies and Help-Seeking Behavior Among Mexican Women Experiencing Partner Violence”, *Violence Against Women*, vol. 19, núm. 1, 2013, pp. 35-37.

³⁵⁷ Frías, *supra*, p. 37.

³⁵⁸ Véase Merino & Gómez Ayala, *supra*; Lecuona & Jiménez, *supra*.

³⁵⁹ Para ver las capacidades institucionales que las Procuradurías tienen para procesar delitos sexuales, puede verse Alejandra Ríos, *Sistemas de información de los ministerios públicos con perspectiva de género*, Instituto Nacional de las Mujeres, mayo 2013, Cuaderno de Trabajo no. 39.

Estefanía Vela Barba

y presuntos inculpados que fueron señalados en las investigaciones. Parece que estos datos confirman lo que la ENDIREH arroja: son pocos los casos que se denuncian ante las autoridades, comparado con lo que ocurre.

Tabla 20. Número de investigaciones, víctimas y presuntos inculpados señalados en las investigaciones para los delitos de acoso y hostigamiento sexual en México (a nivel nacional)

	2013	2014	2015
Averiguaciones previas y carpetas de investigación	2,242	2,134	1,954
Víctimas	1,893	1,732	4,869
Presuntos inculpados	1,588	1,428	2,804

Ahora: en los tres años, las investigaciones que culminaron con una consignación o vinculación de proceso fueron mínimas, como puede verse con los números de “causas penales ingresadas” por año. Fueron 117 en el 2013; para el 2014, fueron 69 y para el 2015 fueron 105. Por desgracia, los datos tal y como están compilados hacen que sea imposible rastrear qué ocurre con cada caso. Es solo posible hacer un estimado de cuántas investigaciones inician y cuántas más o menos culminan ante un tribunal. Pero con los datos disponibles se puede, una vez más, confirmar que, tratándose del acoso y el hostigamiento sexual, parece que ocurre lo mismo que señala la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) para el resto de los delitos: muy pocos llegan ante tribunales.

Tabla 21. Número de averiguaciones previas y causas penales ingresadas para los delitos de acoso y hostigamiento sexual en México (a nivel nacional)

	2013	2014	2015
Averiguaciones previas y carpetas de investigación	2,242	2,134	1,954
Causas penales ingresadas	117	69	105

Con la información disponible, es imposible saber cuántas personas fueron *condenadas*. Solo es posible saber cuántas personas fueron *sentenciadas*. Si se contrasta con el número de personas que fueron señaladas en las investigaciones, el porcentaje es mínimo. Entre el 2013 y el 2015, 83 personas fueron sentenciadas por los delitos de acoso y hostigamiento sexual. Esto representa apenas el 1.4% del total de las personas señaladas en las averiguaciones previas. Suponiendo que el 100% de esas personas fueron

La discriminación en el empleo en México

condenadas –algo que, de nuevo, con la información pública disponible no es posible saber–, el número sigue siendo muy bajo.

Tabla 22. Número de personas inculpadas en la etapa de la investigación y número de personas sentenciadas para los delitos de acoso y hostigamiento sexual en México (a nivel nacional)

	2013	2014	2015
Presuntos inculpados	1,588	1,428	2,804
Personas sentenciadas	35	40	8

Si lo que se quiere es *castigar* el acoso y el hostigamiento sexual –incluido el que ocurre en el trabajo–, esta vía no parece ser eficaz para lograrlo.

ii. El delito de discriminación

Como se mencionó previamente, con excepción de Baja California, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Nayarit, Oaxaca y Quintana Roo, el resto de las entidades federativas han tipificado, de alguna forma u otra, la discriminación como un delito autónomo. En prácticamente todos los casos, la discriminación que se prohíbe incluye la discriminación en el empleo; esto es, se prohíbe que se “nieguen o restrinjan derechos laborales”.

El Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Centro de Investigación y Docencia Económicas se dio a la tarea de investigar si y cómo es utilizado el delito de discriminación, enviando solicitudes de acceso a la información pública a las procuradurías y tribunales de nueve entidades federativas (Aguascalientes, Campeche, Chiapas, Ciudad de México, Estado de México, Jalisco, Querétaro, Veracruz y Zacatecas).³⁶⁰ Se les requirió información sobre las averiguaciones previas, consignaciones y sentencias del delito de discriminación, para los años de 2012 a 2015.

Para empezar: Aguascalientes y el Estado de México no presentaron ningún dato. Chiapas solo contaba con datos para el 2015 y reportó simplemente que se había iniciado 1 averiguación previa, sin que quedara claro en qué culminó. Jalisco solo ofreció datos sobre las consignaciones para estos años. En todos los casos, reportó cero.

Con excepción de la Ciudad de México, ninguna de las entidades que contaban con datos los tenían desagregados por las distintas modalidades del delito. Esto es: no se sabe si se trató de una negación de un servicio o prestación; de una vejación o exclusión; de una negación o restricción

³⁶⁰ Estos datos también son parte de la misma investigación que la que incluye los datos del COPRED.

Estefanía Vela Barba

de derechos laborales; o de una provocación o incitación al odio. En la Ciudad de México, entre el 2012-2015: 6 consignaciones fueron por negar un servicio o una prestación; 9 por vejar o excluir a una persona o grupo de personas; 3 por negar o restringir derechos laborales y 2 por provocar o incitar al odio.

Ninguna entidad federativa tenía los datos desagregados por el motivo de discriminación tampoco. Esto es: no se sabe si el caso tenía que ver con el género, la orientación sexual, el color de piel, la discapacidad, el estado de salud, etc.

En las entidades en las que reportaron datos (Ciudad de México, Campeche, Chiapas, Querétaro, Veracruz y Zacatecas), las brechas entre las averiguaciones previas y las consignaciones son importantes. En la Ciudad de México, por ejemplo: se abrieron en total 1,395 averiguaciones previas en estos años, de las cuales solo 20 culminaron en consignaciones y 2 en una sentencia.

Tabla 23. Número de averiguaciones previas, consignaciones y sentencias sobre el delito de discriminación

Entidad	2012			2013			2014			2015		
	AP	C	S	AP	C	S	AP	C	S	AP	C	S
Ciudad de México	268	2	1	294	4	1	374	7	0	459	7	0
Campeche	110	2	-	291	8	-	169	18	-	195	19	-
Querétaro	3	1	0	27	1	0	22	1	0	15	3	0
Veracruz	23	-	0	9	-	0	19	-	0	1	-	0
Zacatecas	0	0	0	0	0	0	3	0	0	3	0	0
Chiapas	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-
Jalisco	-	0	-	-	0	-	-	0	-	-	0	-
Estado de México	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Aguascalientes	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Total	404	5	1	621	13	1	587	26	0	674	29	0

En Campeche se reportó algo similar: hubo 865 averiguaciones previas en todo este periodo, pero solo 47 de ellas culminaron en consignaciones. De estas, no se sabe cuántas culminaron en sentencias. En Querétaro se reportaron 67 averiguaciones previas, 6 consignaciones y 0 condenas.

De las entidades que sí contaban con datos, solo existe el registro de 1 sentencia condenatoria por el delito de discriminación para todo el periodo de 2012-2015. Esto es, en 4 años, solo se reportó la condena penal de 1 persona por discriminación; y fue en el Distrito Federal, en el 2013, y la persona fue condenada a 1 año y 3 meses de pena privativa de libertad.

La discriminación en el empleo en México

Los datos del Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatal y del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal presentan un panorama igual de desolador para el delito de discriminación. En estos Censos, solo se cuenta con datos para los años de 2014 y 2015. Para el primer año, se iniciaron 455 investigaciones y para el segundo, 566. El número es bajo si se piensa en todos los datos que se revisaron en el segundo apartado de este trabajo.

Tabla 24. Número de investigaciones, víctimas y presuntos inculpados señalados en las investigaciones para el delito de discriminación en México (a nivel nacional)

	2014	2015
Averiguaciones previas y carpetas de investigación	455	566
Víctimas	464	937
Presuntos inculpados	444	567

El número de causales penales ingresadas es también bajo: en el 2014, solo se registran 10 y en el 2015, 15.

Tabla 25. Número de averiguaciones previas y causas penales ingresadas para el delito de discriminación en México (a nivel nacional)

	2014	2015
Averiguaciones previas y carpetas de investigación	455	566
Causas penales ingresadas	10	15

Y, por supuesto, el número de personas sentenciadas es bajísimo. Solo 6 fueron sentenciadas en el 2014 y 1 en el 2015. Básicamente: a 7 de 1,011 señaladas en las investigaciones les dictaron sentencia. Eso es el 0.69% de las personas.

Tabla 26. Número de averiguaciones previas y causas penales ingresadas para el delito de discriminación en México (a nivel nacional)

	2014	2015
Presuntos inculpados	444	567
Personas sentenciadas	6	1

Con todos estos datos, me atrevo a afirmar que el delito de discriminación es absolutamente ineficaz: si su propósito es castigar la discriminación, no sirve para ello.

c. Problemas de ineficiencia

Entiendo que una regulación tiene un “problemas de ineficiencia”, cuando está diseñada de forma tal que termina por ofuscar y dificultar su implementación efectiva. No es que sea absolutamente ineficaz, simplemente está diseñada para que sea difícil satisfacer sus propósitos. En el caso de la regulación de la discriminación en el empleo, me parece que esto es lo que ha ocurrido con el sistema de denuncias que se ha establecido.

i. Los laberintos para la denuncia

Como espero haya quedado claro: en México, la regulación para la discriminación y la violencia en el empleo es un entrampado complejo. Solo a nivel legislativo, sin contar las políticas administrativas, reglamentarias o los programas gubernamentales, existen una multiplicidad de regímenes que regulan esta discriminación, estableciendo cada uno una vía para que las personas puedan denunciarla.

Esto significa que la discriminación en el empleo *puede* estar prohibida, de manera simultánea, por el derecho laboral, el derecho penal, el derecho civil, el derecho administrativo y la legislación anti-discriminación. *Puede*, porque no siempre lo está y esto depende del lugar en el que la persona se encuentre o la institución para la cual trabaja. Esto significa que las personas pueden contar con múltiples vías para denunciar la violencia o la discriminación.

Ahora: la realidad es que cada una de estas vías legitima a distintas personas para denunciar. La Ley Federal del Trabajo está disponible para trabajadores de empresas privadas. Esto significa que se tiene que ser trabajador y se tiene que ser trabajador en una empresa *privada* para poder acceder a esta vía. Todo apunta a que esta vía no está disponible para quien aún no trabaja para una empresa, pero fue discriminada en las convocatorias o procesos de contratación. Lo mismo pasa con la denuncia, por ejemplo, del acoso, el hostigamiento y la discriminación al interior de las instituciones públicas: estos son mecanismos disponibles, todo indica, para los y las trabajadoras de las instituciones para las cuales aplican.

De manera adicional, es importante notar que, salvo en la vía civil, parece que ni en la administrativa, ni en la penal o la laboral se contempla explícitamente la posibilidad de denunciar a las *instituciones* públicas, sino solo a servidores públicos. Esto es: tratándose del acoso o la discriminación que ocurre al interior del gobierno, por lo general, la mayoría de los procedimientos están encaminados a imponer una sanción administrativa o penal para el acosador o discriminador responsable, pero a la institución

La discriminación en el empleo en México

que lo solapa, tolera, permite o excusa, no le pasa nada. Esto también supone, por supuesto, que hay un acosador o discriminador responsable. Algo que, al menos tratándose de la discriminación *indirecta*, no siempre es el caso (o al menos no de manera tan directa).

Ahora: además de las diferencias en quiénes pueden demandar y ser demandados, la complejidad estriba en que cada vía tiene sus propias reglas probatorias. La que tiene la carga de la prueba más alta es, por supuesto, la penal. El principio de presunción de inocencia pone la carga de la prueba en quien acusa. Esto hace que la denuncia de la discriminación y del acoso sexual y hostigamiento sexual sean particularmente difíciles (o al menos eso implicaría).

En materia laboral, por el contrario, la carga de la prueba recae sobre el patrón. La legislación laboral es la que tiene más protecciones de este tipo contempladas para los y las trabajadoras. La vía civil, por su parte, si bien no es igual de exigente que la penal, al estar sustentada en la igualdad procesal de las partes puede suponer costos importantes para quienes denuncian la discriminación. Son prácticamente quienes tienen que cargar con la parte evidenciaria.

Por último, cada una de las vías contempla consecuencias distintas para la discriminación y la violencia. La vía civil le garantiza a quien gana una indemnización pecuniaria, aunque no necesariamente un trabajo (o una promoción).

La Ley Federal del Trabajo, por su parte, dependiendo del caso, contempla o bien una indemnización, reinstalación y/o restitución de los derechos de la o el trabajador, o bien una multa para el patrón. En todos los casos en la legislación laboral, cuando se trata de dinero, existen topes importantes. La indemnización para trabajadores más alta que se contempla es de 3 meses de salarios (o la restitución de todo lo perdido). En el caso de las multas para el patrón, la máxima es de 5,000 días de salario mínimo vigente, para los casos de prácticas discriminatorias o acoso y hostigamiento sexual (eso es aproximadamente \$400,000 pesos al día de hoy).

La vía penal, por su parte, contempla la prisión y la multa para quien comete el delito. En caso de ser servidores públicos, por lo general también contempla la destitución e inhabilitación. Y, supuestamente, le garantiza a las víctimas la “reparación del daño”. Pero no queda claro si esto le garantiza a la persona un trabajo. Además, ¿cómo se puede remediar la discriminación en el *empleo* metiendo a la cárcel a quien está a cargo del empleo?

Las autoridades administrativas, pueden fincar responsabilidades administrativas.

Estefanía Vela Barba

La CNDH, por su parte, puede recomendar “medidas para la efectiva restitución” de los derechos de las personas afectadas y, si procede, para la reparación del daño. Aunque, como establece el artículo 46º de la Ley de la CNDH, “la recomendación será pública y no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá”. Si las autoridades no aceptan la recomendación de la CNDH, lo más que puede suceder es que la CNDH los denuncie ante el Ministerio Público u otra autoridad administrativa.

El CONAPRED puede imponer medidas administrativas y de reparación. Que, como ya se vio, eso incluye, para el centro de trabajo “castigado”, “la impartición de cursos o talleres” en el centro de trabajo; “la fijación de carteles en el establecimiento” sobre la discriminación que ocurrió; la difusión de la resolución o de un fragmento de la resolución en distintos medios; una amonestación pública o una disculpa pública o privada. Se supone que también se puede “restituir el derecho conculado” para la víctima de la discriminación; y se le puede compensar el daño, y, finalmente, también se pueden exigir garantías de no repetición.

En relación a las “consecuencias”, quizá la Ley General de Víctimas podría ser un complemento a todo lo hasta ahora visto, incluida la vía civil. Técnicamente, es de “observancia en todo el territorio nacional”, según su artículo 1º. Esta ley le garantiza a todas las víctimas una “reparación integral”, lo que incluye, según el último párrafo del artículo 1º, “las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica.”

Lo que me preocupa, sin embargo, es que, en el agregado, lo que se tiene es un laberinto para la denuncia desde la perspectiva de las personas que sufren de discriminación o violencia en el empleo. Hay vías que garantizan un resultado que puede ser óptimo desde la perspectiva de una víctima –como podría ser la indemnización civil–, pero que le impone un procedimiento costoso. Hay vías que, de nuevo, quizás le quitan los costos de la investigación a la víctima –como la vía penal–, pero resultan ser las que son probatoriamente más difíciles y que no necesariamente hacen mucho para garantizarle un trabajo (como la penal). Se tiene que tejer una argumentación muy fina y sofisticada para obtener buenos resultados, lo que me lleva a llamar este un problema de “ineficiencia”.

Entiendo que ciertos procedimientos no puedan sustituirse –como los relativos a la responsabilidad administrativa–, pero considero que debería existir un procedimiento mucho más simplificado (desde la perspectiva de la víctima) que sirva para todos los casos de discriminación en el em-

La discriminación en el empleo en México

pleo, en donde se contemple no solo la reparación integral del daño para la víctima, sino la sanción ejemplar de la empresa o institución pública. El modelo actual, sobre todo considerando que ciertas vías ni siquiera son eficaces, no creo que es óptimo para garantizar el acceso a la justicia para las víctimas de discriminación o violencia laboral, ni sirve para imponer sanciones ejemplares a quienes de hecho están en la posibilidad de efectuar un cambio al interior de los centros de trabajo. Lo que me lleva al problema más apremiante de la regulación actual: es *insuficiente* para efectivamente reducir la discriminación y promover la inclusión laboral.

Tabla 27. Vías para las personas para denunciar la discriminación, el acoso sexual y el hostigamiento sexual en el trabajo en México

Vía	Para	En contra de	Ante	Por	Consecuencia
Laboral	Trabajadores de empresas privadas	Patrón	Juntas de Conciliación y Arbitraje (ahora) Tribunales laborales	Despidos injustificados, negación de derechos laborales	Indemnización, restitución de derechos y/o reinstalación para trabajadores
Laboral	Trabajadores de empresas privadas	Patrón	Inspección del Trabajo	Prácticas discriminatorias Realizar, permitir o tolerar el acoso u hostigamiento Violar los derechos de mujeres embarazadas	Multas para el patrón: De 50-2,500 SMV para violación de derechos de mujeres embarazadas De 250-5,000 SMV para prácticas discriminatorias, acoso y hostigamiento
Civil	Personas	Persona física o moral	Tribunales civiles	"Daño moral" por discriminación y acoso	Indemnización pecuniaria para la víctima
Penal	Personas	Persona física Empresas	Tribunales penales	Discriminación, hostigamiento sexual, acoso sexual	Penas privativas de libertad y multa Destitución o inhabilitación para servidores Reparación del daño para víctimas Sanción pecuniaria o multa para empresas
Derechos humanos	Personas	Servidores públicos federales y estatales	CNDH u homólogos estatales	Discriminación en el goce de derechos laborales	Medidas para restitución de derechos y para la reparación del daño y perjuicios (no obligatorias)
Anti-discriminación	Personas	Personas físicas o morales o servidores públicos federales y estatales	CONAPRED u homólogos estatales	Discriminación en el goce de derechos laborales	Medidas administrativas y de reparación, incluida la compensación por el daño
Administrativa	Trabajadores del Estado (algunos)	Servidor público	Órganos internos de control o comisiones creadas para tal efecto	Hostigamiento y acoso sexual Discriminación	"Recomendaciones" y responsabilidades administrativas

La discriminación en el empleo en México

d. Problemas de insuficiencia

La regulación para combatir la discriminación en los centros de trabajo actualmente vigente en México adolece, sobre todo, de problemas de *insuficiencia*: los mecanismos no bastan para garantizar el derecho a la no discriminación en el empleo.

i. No existe un mecanismo para detectar y denunciar la discriminación indirecta

La carencia principal que tiene la regulación actual es que no tiene un mecanismo que permita *detectar* la discriminación indirecta. Si bien se puede argumentar que la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal para Erradicar la Discriminación prohíben la discriminación *indirecta*, si no existe un mecanismo que permita detectarla, la prohibición es letra muerta. Por la naturaleza de esta discriminación, las personas comunes y corrientes no tienen la capacidad para detectarla, porque no tienen cómo obtener la información de los centros de trabajo que se necesita para verla. Y es necesario enfatizar este punto: la discriminación indirecta se manifiesta *en cada centro de trabajo* de formas específicas. Por eso es necesario que exista un mecanismo para detectar las prácticas discriminatorias *en cada centro de trabajo*. Éste, actualmente, no existe.

La información que se les pide a las unidades económicas para conformar el Sistema de Información Empresarial Mexicano (SIEM) y el Directorio Nacional de Unidades Económicas del INEGI no es suficiente para obtener la información que se requiere para detectar la discriminación indirecta. No es suficiente por dos razones. Primera: solo pide información del “personal ocupado total, el personal ocupado total por género, el personal remunerado, el personal no remunerado y el personal ocupado no dependiente de la empresa.” Falta que la información esté desagregada por puesto y salario (al menos). Segundo: solo se exige que la información esté desagregada “por género”, lo que, como hemos visto, no es el único motivo de discriminación en el empleo. Ahora: incluso si este Sistema y este Directorio se reformaran para incluir este tipo de información, falta designar a una institución encargada de procesar esta información y de armar casos a partir de ella, para ultimadamente, poder denunciar a los centros de trabajo. Ninguna institución actualmente tiene esta facultad.

Estefanía Vela Barba

ii. No existe un mecanismo para efectivamente castigar a las empresas e instituciones públicas

Actualmente, no existe un mecanismo efectivo para *castigar* a las empresas e instituciones públicas, con una sanción pecuniaria ejemplar.

Lo más que se les puede sancionar a las empresas es por la indemnización del daño y/o por una multa que no asciende a más de 5,000 salarios mínimos vigentes, en la legislación laboral.

Tratándose de las instituciones públicas, salvo la vía civil, el resto de los procedimientos están enfocados en los servidores públicos individuales. Estos son los que pueden ser encarcelados, destituidos o inhabilitados. Pero eso no garantiza necesariamente que sea la institución la que cambia.

iii. No se enfatiza lo suficiente la violencia en el trabajo que no es sexual

Otro punto que me parece necesario mencionar es que mucho de lo que se ha hecho en torno a la violencia en el trabajo, está enfocado en la violencia sexual (especialmente la que viven las mujeres). Ejemplo de esto es que lo que se tipificó en los códigos es el hostigamiento sexual y/o el acoso sexual; y que los Protocolos que se han aprobado también están enfocados en el hostigamiento y acoso sexual. La Ley Federal del Trabajo técnicamente incluye disposiciones en las que se prohíbe toda violencia en contra de los y las trabajadoras, aunque no deja de ser indicativo de esta tendencia el que, en la reforma de 2012, que tenía por objeto garantizar “la igualdad sustantiva”, gran parte del énfasis estuvo también en el acoso y hostigamiento sexual.³⁶¹

El énfasis casi exclusivo en la violencia sexual que se vive en el trabajo es problemático por varias razones. Primero: tal y como se ha tipificado en muchos códigos penales, para que se configure el acoso o el hostigamiento tiene que haber una “intención lasciva” por parte de quien lo comete. Esto supone que siempre que se ejerce violencia sexual, se hace con una intención de obtener placer *sexual*, cuando la literatura sociológica demuestra que no es así. Si bien a veces esto es cierto (esto es: que quien acosa u hostiga lo hace porque busca una gratificación sexual), muchas otras veces la violencia sexual es *una* manera, de muchas, en las que las personas

³⁶¹ El artículo 51, por ejemplo, establece que “son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador: II. Incurrir el patrón, sus familiares o su personal directivo o administrativo, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos[.]”

La discriminación en el empleo en México

–hombres y mujeres– son castigadas o “puestas en su lugar”.³⁶² En este sentido, esta manera en la que el concepto del acoso o el hostigamiento se ha incluido en las leyes ni siquiera capture todo el fenómeno de la violencia sexual y cómo se manifiesta en el mundo laboral.

El segundo problema con el énfasis en la violencia sexual es que deja de lado las otras violencias que se viven en el trabajo, tanto las que se relacionan con el género, como las que se relacionan con otros motivos de discriminación. Como mencioné en el segundo apartado: esto no solo implica que muchas violencias discriminatorias que viven los hombres en el trabajo quedan fuera de la agenda, sino que incluso muchas violencias que viven las mujeres en el trabajo pasan desapercibidas (tanto las que tienen que ver con el género, como las que tienen que ver con otros motivos de discriminación, como el origen étnico, la discapacidad o la orientación sexual, por mencionar algunos ejemplos).

Existe un caso penal que ejemplifica los límites con el paradigma actual del acoso y el hostigamiento sexual.³⁶³ Se trata de un caso en el que un servidor de la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue denunciado por tres mujeres –todas sus subordinadas– por hostigarlas. Una lectura pormenorizada de sus testimonios revela cómo, por meses, no solo se les insinuaba sexualmente, sino que, ante el rechazo, las castigaba laboralmente. Al momento de ser sentenciado, sin embargo, el problema quedó reducido a las veces que las tocó sin su consentimiento, a las veces que les exigió que lo “saludaran”, a las veces que “las incomodó sexualmente”, como si hubiera sido lo único problemático de su comportamiento. El hecho de que podía amedrentarlas laboralmente; el hecho de que se atrevía a decirles que, si lo denunciaban, serían despedidas; el hecho de que podía condicionar su trabajo quedó por completo invisibilizado en la sentencia penal. El problema quedó reducido al de un señor “lujurioso” que simplemente no respetaba la voluntad de las mujeres. La dimensión

³⁶² Véase, por ejemplo, el texto de Theresa K. Vescio, “Sugar-Coated Discrimination”, *supra*, en el que analiza cómo la sexualización de las mujeres en el trabajo es una herramienta para afianzar la masculinidad de los hombres y desarticular la competencia laboral de las mujeres. Véase el texto Katherine M. Franke sobre el acoso que ocurre entre personas del mismo sexo, para entender de qué manera la sexualidad puede convertirse en un arma para sujetar incluso a los mismos hombres a las normas de género (Katherine M. Franke, “What’s Wrong With Sexual Harassment?”, *Stanford Law Review*, vo. 49, núm. 4, 1997).

³⁶³ Es el caso de la sentencia de la causa penal 103/2012-II, dictada por el Juez Primero de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, el 11 de febrero de 2015.

Estefanía Vela Barba

laboral quedó subsumida a lo sexual. Y, por supuesto, la responsabilidad de la CNDH en todo el asunto ni siquiera fue materia de juicio.

iv. La NMX podría mejorarse y explotarse de mejor manera

Por último, considero que la NMX-R-025-SCFI-2015 podría mejorarse y podría explotarse de mejor manera. Empiezo por las mejoras que podrían hacerse a la NMX.

Primero: es necesario incorporar un formato que permita detectar, año con año, cuál es la conformación laboral del centro de trabajo y no solo cuál es el “clima laboral”. Entiendo, por la Encuesta que se incluye en el Anexo E de la NMX, que ésta *podría* servir para eso. Pero a esta Encuesta le faltan, desde mi perspectiva, varios indicadores clave. Para empezar, solo incluye el indicador de “sexo” y solo ofrece para este indicador dos opciones: o son mujeres o son hombres. Creo que se podría mejorar este indicador para dar cuenta de: a) el sexo del acta de nacimiento original; b) el sexo del acta de nacimiento actual; y c) la identidad de género de las personas. Esto contribuiría a visibilizar a las personas trans o “género-no-conformes” de manera importante. Segundo: esta encuesta no permite medir la relación entre el color de piel y el acceso al trabajo. Este sería un indicador fundamental a ingresar, considerando que en México la discriminación por color de piel es un problema importante. Tercero: si bien actualmente en la Encuesta se incluye la pregunta sobre si la persona tiene alguna discapacidad, las opciones que se incluyen son tener una discapacidad “mental”, “motriz”, “auditiva” y/o “visual”. Considero que podrían mejorarse los indicadores para poder reflejar la dimensión *social* de la discapacidad: cómo esta se genera específicamente en el contexto laboral.

Segundo: la NMX no exige que se monitoree quién *busca ingresar* al trabajo. Esto es: no exige que se implementen mecanismos para detectar *quién responde a una convocatoria de trabajo*. Ya sea para ingresar al centro de trabajo por primera vez o para ascender al interior. Esto sería fundamental, ya que la sola entrada a un centro de trabajo funciona muchas veces como un punto de discriminación.

Tercero: actualmente, la puntuación está diseñada de forma tal que es posible obtener la certificación a pesar de que no se incluye ninguna medida para asegurar la accesibilidad de las personas con discapacidad, o para asegurar la conciliación en la familia y el trabajo (por poner dos ejemplos). Esto ya que se califica la *suma total de los requisitos no críticos*. Considero, por lo tanto, que esta puntuación debería modificarse. No se puede ser un

La discriminación en el empleo en México

verdadero centro de trabajo incluyente si faltan cosas tan importantes en la institución como es la accesibilidad para las personas con discapacidad o la conciliación de la familia y el trabajo. Dado que se trata de una norma que *no* es obligatoria, no habría razón para no exigir *máximos*, más que *mínimos*.

Tercero: entiendo que, para obtener la calificación máxima, es porque de hecho existe la posibilidad de *evaluar* si los números al interior del centro de trabajo han cambiado o no. Esto es: porque se puede ver si el centro de trabajo *es*, de hecho, más incluyente. Pero considero que este, al menos para el segundo año, ya debería ser un requisito indispensable para seguir teniendo la certificación. Como está actualmente la NMX, es posible recertificarse sin que se cumpla con este supuesto. Basta que se mejore en un 10% lo que se señaló en la certificación previa para obtener la recertificación. Dado que este es un instrumento *voluntario*, no encuentro razones para no exigir *lo máximo* de los centros de trabajo.

Cuarto: si bien la NMX en muchos sentidos puede decirse que es un instrumento interseccional, considero que podría mejorarse, especialmente en lo que se refiere a la garantía de los derechos de personas trans. Para el caso de las personas trans, la NMX podría contemplar como uno de los requisitos el que los lugares de trabajo tengan contempladas acciones para el respeto de su identidad de género.

Quinto: considero que se debería incluir en la misma NMX que el centro de trabajo tiene que asegurar que todos los servicios que subcontrate están también certificados o están certificándose en la NMX. No se puede obviar, especialmente en el mundo actual, que existen muchos servicios que se subcontratan. Entre ellos, por ejemplo, el de la limpieza que, como ya quedó establecido, es un trabajo en el que las violaciones a los derechos de los y las trabajadoras están a la orden del día. Aprovechando la naturaleza “voluntaria” de la NMX, podría, de nuevo, establecerse este requisito como uno de los indispensables: que todas las empresas con las que se subcontrate estén certificadas.

Ahora: más allá de las mejoras que puedan hacerse a la NMX en sí misma, considero que se podría explotar de mejor manera.

Primero: la certificación en la NMX debería ser obligatoria para las instituciones públicas. La certificación debería ser anual y estar atada al presupuesto de las instituciones públicas.

Segundo: considero que la certificación en la NMX se debería volver en un requisito indispensable para empresas que quieran ser contratadas por el mismo gobierno. Actualmente, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece que, en casos de licitacio-

Estefanía Vela Barba

nes públicas en las que se utilice el sistema de puntaje, estar certificados le da a las empresas “puntos extras”. Considero que el régimen debería ir más allá: *ningún centro de trabajo puede ser contratado, para ningún tipo de servicio, a través de ningún mecanismo, si no está certificado para la igualdad laboral*. De la misma forma en la que nadie puede ser contratado por el gobierno si no está dado de alta en Hacienda, ninguna empresa tendría por qué ser contratada por el gobierno si no cumple con lo mínimo en materia de igualdad.

Desde aquí, quizá podría contemplarse algún otro tipo de incentivo fiscal para las empresas por certificarse en la NMX. Actualmente, la Ley del Impuesto sobre la Renta solo contempla exenciones para casos de discapacidad o de contratación de personas adultas mayores. Bien podría establecerse algún tipo de exención para la empresa que, año con año, demuestre su certificación.

v. Sistema de indicadores y mecanismos de rendición de cuentas

Como último punto, no quiero dejar de señalar un problema que detecté a lo largo de la realización de esta investigación: si bien se han implementado en los últimos años sistemas de indicadores y mecanismos de rendición de cuentas para garantizar el diseño de políticas públicas con base en la evidencia, no están siendo suficientes para contar con información más precisa y contextualizada sobre el *fenómeno* de la discriminación en el empleo y, específicamente, sobre las políticas que el Estado está implementando para combatirlo.

Como he mencionado en distintos momentos, en el tema específico de la igualdad de género, esto ha sido señalado por el mismo Comité de la CEDAW en múltiples ocasiones: no basta que el Estado reporte *qué está haciendo*; es necesario que reporte si lo que está haciendo *funciona o no*; para qué sí y para qué no; qué, exactamente, es lo que funciona y qué no; y qué podría mejorarse y cómo.

El ejemplo más notorio de esta forma de reportar por parte del Estado es cuando enuncia el número de funcionarios que se han “capacitado” en la materia, sin que exista algún indicador sobre el *impacto* que estas capacitaciones están teniendo. Más allá del número de funcionarios que acceden a estos cursos y el número de horas que están recibiendo: ¿de qué están sirviendo? ¿Está cambiando la forma de diseñar políticas públicas? ¿Está cambiando la manera en la que se está juzgando? ¿Está cambiando la manera en la que se está legislando?

La discriminación en el empleo en México

El otro ejemplo de este tipo de carencias, es la poca información que existe, por ejemplo, en relación al acceso a la justicia para los casos relacionados con la discriminación en el empleo. No basta saber cuántas denuncias, quejas o averiguaciones previas se iniciaron, sino en qué culminaron. ¿Qué sanciones, si algunas, se impusieron? ¿De qué manera se les garantizó la reparación del daño a las personas? ¿Cuáles son los casos más comunes de discriminación en el empleo que se procesaron por el sistema de justicia? ¿Quiénes son las personas que están impulsando estas quejas o denuncias?

Me queda claro que se ha avanzado mucho en la producción de información pública para la igualdad. Pero falta más. Mucho más.

Tabla 28. Elementos mínimos para una política pública integral en contra de la discriminación en los centros de trabajo versus la legislación mexicana

Elementos mínimos para una política pública integral que combata la discriminación en los centros de trabajo	¿Lo tiene la legislación mexicana?	¿Cuál es el problema?
Régimen de derechos laborales respetuoso del derecho a la no discriminación	Parcialmente.	Se discrimina a los y las trabajadoras del hogar Se discrimina por género y preferencia sexual en los requisitos para acceder a pensiones, guarderías y licencias para el cuidado de hijos e hijas Se discrimina a las personas trans porque sus necesidades relacionadas con el reconocimiento de su identidad de género no están contempladas por el régimen laboral y de seguridad social No se garantiza adecuadamente la conciliación entre el trabajo y la vida familiar
Sistemas de información sobre los centros de trabajo	No.	Si bien existe la obligación para las empresas de ser parte de distintos sistemas y directorios de información, estos no están diseñados para satisfacer las necesidades de la lucha en contra de la discriminación en los centros de trabajo. En otras palabras: los centros de trabajo, públicos y privados, no tienen la obligación de proporcionar información de manera periódica sobre su conformación laboral a una autoridad autorizada para recibir y procesar esta información
Mecanismos efectivos para denunciar, castigar y reparar la discriminación directa en el empleo	Parcialmente.	Existen múltiples vías para denunciar por discriminación, acoso y hostigamiento sexual, pero ninguna contempla <i>todo</i> lo necesario para efectivamente detectar, castigar y reparar la discriminación, lo que dificulta el acceso a la justicia para las víctimas Estos mecanismos por lo general carecen de una visión <i>institucional</i> , que permita el castigo ejemplar de empresas e instituciones públicas, que son quienes tienen el poder de efectuar cambios al interior de los centros de trabajo.

Elementos mínimos para una política pública integral que combatá la discriminación en los centros de trabajo	¿Lo tiene la legislación mexicana?	¿Cuál es el problema?
Mecanismos efectivos para denunciar, castigar y reparar la discriminación indirecta en el empleo	No.	<p>No existe un sistema de información sobre los centros de trabajo que permita detectar posibles prácticas discriminatorias</p> <p>No existe una autoridad encargada de procesar esa información y que, en caso de detectar posibles prácticas discriminatorias, tenga la facultad de investigar al centro de trabajo e iniciar un juicio por discriminación indirecta</p> <p>No existe una autoridad que cuente con las herramientas necesarias para procesar estos juicios y sancionar a los centros de trabajo de manera ejemplar</p>
Obligaciones e incentivos para los centros de trabajo	Parcialmente.	<p>La NMX-R-025-SCFI-2015 no es lo suficiente interseccional.</p> <p>La NMX-R-025-SCFI-2015 no se aprovecha lo suficiente como incentivo para las empresas</p> <p>La NMX-R-025-SCFI-2015 no es obligatoria para las instituciones públicas</p>
Sistema de indicadores y mecanismos de evaluación y rendición de cuentas efectivos	Parcialmente.	<p>No están operando de forma tal que garanticen que las instituciones públicas cuenten con diagnósticos sobre los resultados, aciertos y problemas de las políticas públicas que implementan</p> <p>Los sistemas de transparencia y acceso a la información pública siguen siendo deficientes, especialmente a nivel estatal</p>