

Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Laboral

ESTEFANÍA VELA BARBA
COORDINADORA



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



DERECHOS
HUMANOS



ESCUELA
FEDERAL DE
FORMACIÓN
JUDICIAL

Primera edición: noviembre de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

ISBN 978-607-552-242-5

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Laboral

ESTEFANÍA VELA BARBA
COORDINADORA



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



**DERECHOS
HUMANOS**



ESCUELA
FEDERAL DE
FORMACIÓN
JUDICIAL

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Presentación	XI

PRIMERA PARTE

Capítulo I

Perspectiva de género y derecho laboral	
<i>Haydeé Gómez y Estefanía Vela Barba</i>	3
I. Introducción.....	5
II. La lucha por la igualdad (en el trabajo).....	7
III. La lucha por la igualdad de género hoy	23
IV. La obligación de juzgar con perspectiva de género.....	40
V. En conjunto y, en conclusión.....	62
Bibliografía	63

Capítulo II

El proceso laboral desde la perspectiva de género	
<i>Linda Maclú, Gema P. Cortes Matus y Rodrigo Olvera Briseño</i>	71
I. Introducción.....	73
II. Marco normativo	74

III. Perspectiva de género en materia laboral	78
IV. Los principios de derecho procesal laboral	84
V. La suplencia de la queja.....	98
VI. La exención de la prueba	99
VII. La excepción a la instancia conciliadora.....	100
VIII. Providencias cautelares	102
IX. Procedimiento ordinario	106
X. Procedimiento especial	121
XI. Conflictos individuales de seguridad social.....	128
XII. Procedimiento de los conflictos colectivos de naturaleza económica	131
Bibliografía	131

Capítulo III

Las pruebas en materia laboral, desde la perspectiva de género

<i>Frida Rodríguez Cruz</i>	143
I. Introducción.....	145
II. Protecciones constitucionales, convencionales y legales	146
Bibliografía	193

Capítulo IV

La reparación del daño en materia laboral, desde la perspectiva de género

<i>Andrea Medina Rosas</i>	199
I. Introducción.....	201
II. La reparación integral del daño en materia laboral.....	204
III. Claves metodológicas para la operación reparación integral del daño en materia laboral con perspectiva de género	222
IV. Conclusiones	243
Bibliografía	244

SEGUNDA PARTE

Capítulo I**La discriminación en la contratación, promoción y despido**

<i>Regina I. Medina, Haydeé Gómez, Estefanía Vela Barba,</i> <i>Artemisa Cabrera y Frida Rodríguez</i>	251
I. Introducción.....	253
II. Las cifras básicas de la discriminación	254
III. El derecho a la no discriminación en el trabajo.....	265
IV. El contenido del derecho a la no discriminación en el trabajo.....	272
V. La regulación de la discriminación en el trabajo	280
VI. Problemáticas procesales	282
VII. Problemáticas de fondo	294
VIII. Problemáticas sobre reparación y sanción	302
IX. Seguimiento del cumplimiento	306
Bibliografía	307

Capítulo II**Los cuidados y el trabajo**

<i>Rebeca Ramos Duarte y Jenny Murrieta Ramírez</i>	313
I. Introducción.....	315
II. Regulación en México.....	316
III. Estándares de la Organización Internacional del Trabajo	335
IV. Juzgar con perspectiva de género (marco internacional y nacional: jurisprudencia y precedentes)	341
V. Conclusiones.....	357
Bibliografía	358

Capítulo III

La brecha salarial

<i>Diana Rangel León</i>	365
I. Introducción al fenómeno	367
II. Problemáticas procesales	374
III. Problemáticas de fondo	381
IV. Problemáticas sobre la reparación	394
Bibliografía	399

Capítulo IV

La violencia laboral

<i>Regina I. Medina, Haydeé Gómez, Estefanía Vela Barba, Artemisa Cabrera y Frida Rodríguez</i>	403
I. Introducción.....	405
II. El fenómeno de la violencia laboral	406
III. Protecciones constitucionales y convencionales	417
IV. La regulación de la violencia laboral en México	422
V. El proceso laboral	425
VI. Asuntos de fondo relevantes	434
Bibliografía	453

Capítulo V

Perspectiva interseccional de discapacidad y género en el derecho de laboral

<i>Mariana Díaz Figueroa</i>	459
I. Problemática en relación con las mujeres con discapacidad	461
II. La discapacidad desde el modelo de derechos humanos	464
III. Acceso a la justicia y ajustes de procedimiento	468
IV. Perspectiva de discapacidad y propuesta metodológica para su aplicación.....	471
V. Problemáticas específicas que enfrentan las mujeres con discapacidad en el derecho laboral.....	478

VI. Discriminación por motivos de discapacidad.....	479
VII. Violencia y acoso en el trabajo.....	484
VIII. Seguridad social.....	485
IX. Participación sindical.....	487
Bibliografía.....	487

Capítulo VI

El trabajo del hogar

<i>Ileana Moreno Ramírez</i>	493
I. Introducción al fenómeno.....	495
II. Problemáticas de fondo.....	503
III. Problemáticas procesales.....	518
IV. Problemáticas sobre la reparación.....	527
Bibliografía.....	531

Capítulo VII

Los sindicatos

<i>Alma Ruby Villarreal Reyes</i>	537
I. Introducción.....	539
II. Demanda en contra del sindicato por representación proporcional en la directiva del gremio.....	551
III. Marco constitucional y convencional.....	557
IV. Marco legal.....	564
Bibliografía.....	592

Presentación

En los últimos diez años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio lugar a un nuevo paradigma a partir del cual el lenguaje del derecho se ha transformado. En esta década se amplió el parámetro de regularidad constitucional, se consignaron herramientas interpretativas novedosas, se estableció la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y recientemente se afirmó la obligación de las y los jueces federales de realizar un control oficioso de convencionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento, entre muchos otros desarrollos.

A pesar de estos cambios dramáticos en nuestro sistema, el modelo de formación y capacitación de personal jurisdiccional y los materiales de apoyo se habían mantenido estáticos y no evolucionaron a la par. Por ello, desde el inicio de mi gestión como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal expuse la necesidad de consolidar un nuevo perfil de las personas juzgadoras, sustentado en la formación de las competencias y habilidades propias del nuevo paradigma constitucional.

En ese contexto, y teniendo en mente las necesidades formativas de nuestros operadores de justicia, la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema

Corte y la Escuela Federal de Formación Judicial diseñaron el proyecto editorial *Manuales de Actuación*, dirigido especialmente al personal jurisdiccional. Los *Manuales* buscan ser verdaderas herramientas didácticas que, por un lado, faciliten la resolución de los casos a la luz de los estándares más actualizados en derechos humanos, y por el otro, contribuyan a la formación especializada en temas esenciales para la impartición de justicia.

Así, los *Manuales* abordan temas que han sido poco explorados en la formación de las y los impartidores de justicia, aun cuando resultan trascendentales para su labor. Algunos *Manuales* desarrollan conocimientos transversales a la función jurisdiccional, con independencia de la materia. Otros buscan profundizar sobre temas específicos en diversas materias como penal, civil o laboral.

Cada *Manual* es coordinado académicamente por una persona experta en el tema. Por su parte, los capítulos son escritos por personas nacionales e internacionales que fueron cuidadosamente elegidas a partir de su formación y experiencia. El eje rector, en todo momento, ha sido fortalecer la impartición de justicia con herramientas pedagógicas accesibles, y claras, en línea con nuestra visión de una nueva formación judicial.

En ese contexto, el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, elaborado por la Suprema Corte en el año 2013 y recientemente actualizado en 2020, ofrece los conceptos básicos y los estándares mínimos que deben conocer todas las personas juzgadoras para resolver con perspectiva de género, de manera general, en todas las materias. Con todo, conscientes de la necesidad de brindar lineamientos específicos para aplicar la perspectiva de género en cada una de las materias, decidimos incluir dentro del proyecto de *Manuales de actuación* una serie de manuales que acompañen al *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, con la intención de poner a disposición del personal jurisdiccional conocimiento especializado en las materias penal, familiar y laboral.

Así, en esta ocasión me complace presentar los manuales para juzgar con perspectiva de género en materias penal, familiar y laboral. A estos manuales los caracteriza

su rigor metodológico, así como su presentación clara y accesible. Asimismo, los une un objetivo común: fortalecer la protección de los derechos de todas las mujeres y personas de la diversidad sexual que participan en un proceso judicial, brindando a juezas y jueces un instrumento didáctico que les proporciona las herramientas para lograrlo.

Cada uno de estos manuales se encuentra dividido en dos partes. La primera parte ofrece elementos básicos sobre la forma en la que se aplican los derechos humanos en cada proceso, así como diversos aspectos sobre el razonamiento probatorio, las reparaciones o la ejecución de las sentencias desde la perspectiva de género.

La segunda parte de los manuales se enfoca en delitos o problemáticas concretas de cada una de las materias. Recordemos que en cada rama del derecho existen diferentes relaciones y dinámicas con cargas de género que deben ser visibilizadas y tomadas en cuenta por las personas juzgadoras del país al momento de resolver algún caso. Por ello, cada capítulo ofrece los instrumentos necesarios para desarrollar los procedimientos y diligencias de situaciones específicas, con enfoque de género.

En relación con el *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia penal*, a partir de diversos precedentes, las autoras desarrollan los estándares vinculados con la investigación y procesamiento de feminicidios, homicidios, delitos sexuales, la trata de personas, la violencia en la familia, el aborto, los delitos contra la salud y la delincuencia organizada, los delitos patrimoniales, el secuestro, la privación ilegal de la libertad y la desaparición, así como casos que involucren a personas con discapacidad desde la perspectiva de género.

Por su parte, en el *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar* primero se presentan las bases constitucionales y convencionales que rigen en la materia. Después se abordan problemáticas de género en temas concretos dentro de dicha materia, entre ellos, violencia contra la familia, las uniones, la relación de filiación, los alimentos y compensación, la guardia y custodia, la tutela y las infancias LGBTQI+. El análisis tiene como base los estándares más protectores que ha emitido la Suprema Corte y los organismos internacionales en este campo.

Finalmente, el *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia laboral* parte de la trascendental reforma constitucional en materia laboral de 2017, así como de la publicación de la nueva Ley Federal del Trabajo de 2019. En ese sentido, el *Manual* examina los criterios más protectores que se pueden aplicar durante las distintas etapas del proceso laboral, así como en casos relacionados con la discriminación en la contratación, promoción y despido; los cuidados y el trabajo; la brecha salarial; la violencia laboral; discriminación a las mujeres con discapacidad; el trabajo del hogar, y los sindicatos.

Desde mi llegada a la Presidencia de la Suprema Corte, el compromiso en el Poder Judicial de la Federación ha sido nivelar el terreno para que la justicia esté al alcance de todas y todos, sin excepción. En este contexto se inserta la publicación de los manuales para juzgar con perspectiva de género en las materias penal, familiar y laboral, a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos.

Estoy seguro de que estas herramientas de consulta jugarán un papel muy importante en la formación y capacitación continua del personal jurisdiccional y de todas las personas interesadas. De esta manera, la Suprema Corte contribuye a consolidar una justicia más accesible y más igualitaria en todos los rincones de nuestro país.

Ministro Arturo Zaldívar

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de Judicatura Federal*

Primera Parte

Perspectiva de género y derecho laboral

Haydeé Gómez*

Estefanía Vela Barba**

* Haydeé Gómez Avilez es Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es analista legal en Intersecta.

** Estefanía Vela Barba es Maestra en Derecho por la Universidad de Yale. Actualmente es Directora Ejecutiva de Intersecta.

Perspectiva de género y derecho laboral. I. Introducción; II. La lucha por la igualdad (en el trabajo); III. La lucha por la igualdad de género hoy; IV. La obligación de juzgar con perspectiva de género; V. En conjunto y, en conclusión.

I. Introducción

En 1917, se estableció en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la prohibición para las mujeres de realizar “labores insalubres o peligrosas”. Esto incluía, según la Ley Federal del Trabajo aprobada en 1931, trabajos relacionados con la “reparación de máquinas o mecanismos en movimiento” y los “trabajos subterráneos y submarinos”. ¿Por qué se estableció esta prohibición?

En 2012, se reformó la Ley Federal del Trabajo. Entre las múltiples disposiciones que se introdujeron a la ley, se encontraba la relativa a la licencia para casos de adopción. Por primera vez, se reconoció que era necesario contemplar un tiempo, fuera del trabajo, para que las personas que adoptaran una criatura pudieran darle la acogida que merece. La Ley, sin embargo, estableció un periodo diferente para los y las trabajadoras: a ellas les concedió una licencia de seis semanas, mientras que, a ellos, una licencia de apenas cinco días. ¿Por qué se estableció esta distinción?

Al término de 2019, según las estimaciones del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), mientras que el 77.1% de los hombres mayores de quince años eran económicamente activos, en mujeres apenas el 44.9% se encontraban

en esta misma circunstancia (INMUJERES e INEGI, 2020, p. 106). Con la pandemia, la desigualdad laboral incrementó aún más. Según las estimaciones del Consejo para Prevenir la Discriminación de la Ciudad de México, en este periodo, “la probabilidad de empleo de una mujer cayó cuatro puntos porcentuales respecto a la de los hombres” (COPRED, 2021, p. 39). ¿A qué se debe la discrepancia?

La perspectiva de género es una herramienta que permite responder cada una de estas preguntas. Es una herramienta que permite detectar, entender y, ultimadamente, enmendar diferencias de género ilegítimas que vulneran los derechos de las personas, particularmente de las mujeres. Es una herramienta que puede ser adaptada a múltiples disciplinas y contextos. Esto incluye, por supuesto, su adaptación al mundo jurídico y, concretamente, al judicial.

El propósito principal de este capítulo es proporcionar una introducción a la perspectiva de género de forma que sea relevante para las personas que imparten justicia en materia laboral. Para ello, se ha dividido el capítulo dos grandes partes.

La primera parte está diseñada para entender de dónde surge la llamada perspectiva de género. Como podrá verse, si se quiere entender esta herramienta, es importante conocer la lucha por la igualdad de género. Esta sección del capítulo está pensada para repasar brevemente la historia de lucha, aplicada en todo momento al mundo del trabajo. ¿Cuáles han sido las injusticias de género que se han cometido en lo laboral que se han buscado enmendar? ¿Cuáles son algunos de los problemas que hoy persisten en relación con el género y el mundo del trabajo sobre los cuales se debe actuar? En otras palabras: ¿por qué es necesario incorporar la perspectiva de género para entender lo que hoy ocurre en el mundo del empleo? Estas son las preguntas que tratan de responderse en esta parte.

La segunda parte del capítulo está diseñada para abordar específicamente la obligación de incorporar la perspectiva de género en la actuación judicial. En México, incorporar la perspectiva de género no es, simplemente, un ideal para las personas juzgadoras. Es una obligación. ¿De dónde surge esta obligación? ¿Qué implica? ¿Cómo se aterriza en casos concretos? ¿Cuál es, en concreto, la metodología que

permite incorporar la perspectiva de género en el actuar judicial? Para eso está pensado este capítulo.

II. La lucha por la igualdad (en el trabajo)

Como se mencionó párrafos atrás: si se quiere entender la perspectiva de género, es importante entender el contexto en el que esta herramienta se va forjando. Como toda herramienta, busca servir para *algo*. Ese *algo* es detectar y enmendar las desigualdades de género injustificadas. En el caso del mundo jurídico, se trata de las ilegítimas desigualdades de género perpetradas a través del derecho, ya sea intencionalmente o no, por acción o por omisión.

Esta parte está dedicada a dar ejemplos de estas desigualdades ilegítimas, tanto las históricas, como las contemporáneas. Su propósito, de nuevo, es contribuir al entendimiento de la “perspectiva de género”: de dónde surge y por qué es necesaria.

1. Desigualdades y soluciones normativas

¿Cómo solía tratar el orden jurídico mexicano a los hombres y a las mujeres? ¿Qué ordenaba en términos de género? ¿Cómo se justificaba este trato? Y, ¿cómo comenzó a cambiar esta regulación? ¿A través de qué reformas? ¿Gracias a quién?

a. Viejas distinciones

La perspectiva de género, como se mencionó previamente, puede entenderse como una herramienta diseñada para detectar, entender y enmendar desigualdades ilegítimas. El foco está, en todo momento, en esas desigualdades ilegítimas. ¿Como cuáles? Como muchas de las establecidas en las mismas normas.

Por dar un ejemplo proveniente del mundo del trabajo: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en una norma que permaneció hasta 1974, establecía lo siguiente:

Artículo 123. II.- [...] Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de diez y seis años. Queda también prohibido a unas y otros el trabajo nocturno industrial; y en los establecimientos comerciales no podrán trabajar después de diez de la noche.

Directamente en la Constitución, se establecía una prohibición para que las mujeres desempeñaran “trabajo nocturno industrial”, trabajo en “establecimientos comerciales” después de las diez de la noche y, finalmente, “labores insalubres o peligrosas”. La Ley Federal del Trabajo, en una norma que permaneció hasta 1974, se encargó de especificar aún más estas disposiciones. En esta Ley podía leerse lo siguiente:

Artículo 107. Queda prohibido respecto de las mujeres:

I.- El trabajo en expendios de bebidas embriagantes de consumo inmediato;

II.- La ejecución de labores peligrosas o insalubres [...].

Artículo 108. Son labores peligrosas:

I.- El engrasado, limpieza, revisión y reparación de máquinas o mecanismos en movimiento;

II.- Cualquier trabajo con sierras automáticas, circulares o de cinta, cizallas, cuchillos, cortantes, martinets y demás aparatos mecánicos cuyo manejo requiera precauciones y conocimientos especiales;

III.- Los trabajos subterráneos y submarinos;

IV.- La fabricación de explosivos, fulminantes, sustancias inflamables, metales alcalinos y otras semejantes [...]

Artículo 109. Son labores insalubres:

I.- Las que ofrezcan peligro de envenenamiento, como el manejo de sustancias tóxicas o el de materias que las desarrollen;

II.- Toda operación industrial en cuya ejecución se desprendan gases o vapores deletéreos o emanaciones nocivas;

III.- Cualquier operación en cuya ejecución se desprendan polvos peligrosos o nocivos;

IV.- Toda operación que produzca por cualquier motivo humedad continua [...]

Como puede verse, en la Constitución y la Ley Federal del Trabajo se le imponían toda una serie de restricciones a las mujeres en relación con los trabajos que

podían desempeñar. Si bien la Constitución establecía, desde 1917, que a ninguna persona podía impedírsele “que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”, la misma Constitución contemplaba una excepción a esta norma: aquella referente a las mujeres y a los hombres.

Este tipo de diferencias eran comunes. Las leyes mexicanas daban un trato diferente a los hombres y a las mujeres. Dentro del matrimonio, tenían obligaciones distintas. En el ámbito laboral, la mujer tenía restricciones que el hombre no. En la esfera política, la mujer no era considerada ciudadana y no podía votar, ni ser votada. Hasta las “faltas” que podían cometer, al interior del matrimonio, eran distintas.

Estas son solo algunas diferencias, pero había más. En algún punto de la historia mexicana, por ejemplo, la mujer adquiría la mayoría de edad después que el hombre (Vela Barba, 2012). La mujer tampoco tenía la patria potestad de sus hijos, siquiera, antes de 1870. La mujer dependía del marido para realizar contratos, para comprar y vender sus bienes y para iniciar juicios (Vela Barba, 2011). Las leyes, por supuesto, estaban en sintonía con el pensamiento y las costumbres de la época: el trato diferenciado entre niños y niñas, hombres y mujeres permeaba todos los ámbitos de la sociedad, empezando en el seno familiar y en la educación y siguiendo hasta el mundo del trabajo.

¿Cómo se justificaban estas diferencias? Por ejemplo: Cuando se discutía el voto de las mujeres en los debates de la Constitución de 1917, el Secretario del Congreso afirmó lo siguiente:

El hecho de que algunas mujeres excepcionales tengan las condiciones necesarias para ejercer satisfactoriamente los derechos políticos, no funda la conclusión de que éstos deben concederse a las mujeres como clase. La dificultad de hacer la selección autoriza la negativa. La diferencia de los sexos determina la diferencia en la aplicación de las actividades; en el estado en que se encuentra nuestra sociedad, la actividad de la mujer no ha salido del círculo del hogar doméstico, ni sus intereses se han desvinculado de los [intereses] de los miembros masculinos de la familia; no ha llegado entre nosotros a romperse la unidad de la familia, como

llega a suceder con el avance de la civilización; las mujeres no sienten, pues, la necesidad de participar en los asuntos públicos, como lo demuestra la falta de un movimiento colectivo en ese sentido.

Son varias las ideas contenidas en este fragmento. La primera es que hay “diferencias entre los sexos” que llevan a que los hombres y las mujeres desempeñen distintas actividades. La supuesta desigualdad sexual justificaba, en otras palabras, una desigualdad social: del rol y lugar que ocupaban en la sociedad. Esta es una idea contenida también en la famosa “Epístola de Melchor Ocampo”, que se le leía a las personas al momento de casarse. De acuerdo con esta Epístola:

El hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la Sociedad se le ha confiado.

La mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo propia de su carácter.

Por virtud de los cuerpos con los que nacían, a las personas no solo se les asignaban identidades distintas —hombre, mujer—, sino funciones, lugares y hasta intereses distintos. El derecho se encargaba de replicar y reforzar este “orden de género”, reconociéndoles a los hombres y a las mujeres distintos derechos y obligaciones. Conforme a la Epístola: el hombre era el fuerte y valiente y, por lo tanto, le correspondía darle protección a la mujer. La mujer era la compasiva y tierna, por lo que le correspondía dar consuelo.

Precisamente por este trato diferenciado es que muchas mujeres, unidas en un movimiento político, comenzaron a alzar la voz. En la gran mayoría de casos, reclamaban, no estábamos más que frente a diferenciaciones *injustificadas*. Diferenciaciones que tenían que parar.

Si ahí, en el orden jurídico, encontraban parte de la injusticia, ahí mismo, creyeron algunas, podían encontrar su reparación.

b. Nuevas soluciones

En México, como ocurrió en muchos otros países, parte del activismo feminista se enfocó en el orden jurídico. Se buscó, por un lado, comenzar a erradicar las diferenciaciones injustificadas que las normas solían hacer, reformando una variedad de leyes. Por otro, se buscó incorporar al derecho una serie de principios y herramientas que permitieran garantizar el acceso efectivo a los mismos derechos, en todo momento, en condiciones de igualdad. Esta lucha puede verse reflejada en dos tipos de instrumentos: por un lado, las reformas constitucionales y, por otro, los tratados internacionales.

En este breve apartado se repasan las reformas constitucionales y los tratados internacionales más relevantes para el tema de género. El propósito es, en primer lugar, tratar de revisar brevemente cuáles eran los problemas que estaban llamados a resolver y, en segundo lugar, sentar las bases para el edificio constitucional y convencional que hasta el día de hoy debe informar la labor de la judicatura.

i) Las reformas de 1953 y 1974

Por ejemplo, en 1953, después de varios intensos debates (Vela Barba, 2012), la Constitución federal fue reformada para finalmente reconocerles a las mujeres la ciudadanía plena, para que así pudieran votar y ser votadas en las mismas condiciones que los hombres. Ahí donde el artículo 34 simplemente decía “son ciudadanos [...] los mexicanos”, ahora decía “son ciudadanos [...] los varones y mujeres que...” El objetivo es que no quedara duda que las mujeres estaban incluidas en la ciudadanía.

Si bien esto cambió el mundo de la política, permanecían muchas otras distinciones en la ley, como las laborales. Tuvieron que pasar 21 años más que para que se reformara la Constitución federal para erradicarlas. El impulso político detrás

de esta reforma, de 1974, era que México había sido seleccionado como la sede de la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, organizada por las Naciones Unidas. El orden jurídico mexicano tenía que estar acorde al espíritu del evento. Por esta razón, se aprobó una reforma que realizó tres grandes modificaciones a la Constitución Federal:

- En el artículo 4º, se incluyó finalmente la disposición que establece que “El varón y la mujer son iguales ante la ley.” Con esta inclusión, se mandaba la señal de que ninguna ley debía diferenciar de manera injustificada entre los derechos y obligaciones que les asignaba a los hombres y a las mujeres.
- En el artículo 123 finalmente se quitaron las restricciones laborales para las mujeres. En concreto: la prohibición de que las mujeres trabajaran en centros comerciales después de las 10 de la noche y de que desempeñaran trabajos peligrosos e insalubres. La única diferencia entre trabajadoras y trabajadores que se reconocía en la Constitución era la relativa a las trabajadoras embarazadas. Estas tienen derecho a un descanso 6 semanas antes y después del parto; y, durante el periodo de lactancia, tienen derecho a dos descansos al día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Hasta el día de hoy, esta diferencia permanece.
- Finalmente, en el artículo 4º, se incluyó el derecho de toda persona “a decidir de manera libre, responsable, e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos.” La inclusión de este derecho tenía dos propósitos: sentar las bases para la planeación familiar y la reducción del número de hijos que tenían las familias mexicanas; y garantizar “la incorporación de la mujer a las tareas colectivas”. Este derecho, en otras palabras, tenía como uno de sus propósitos permitir que las mujeres controlaran su reproducción para poder tener un mayor control sobre su vida laboral.

ii) La CEDAW

Para 1974, que es cuando se reformó finalmente la Constitución para incluir explícitamente la igualdad entre hombres y mujeres, ya existía la idea, a nivel internacional, de contar con un tratado internacional dedicado a la eliminación de la discriminación contra las mujeres.

Para ese entonces, había pasado casi una década desde la emisión de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en 1967.¹ Si bien esta Declaración era importante, se estimaba que era insuficiente. Algo similar ocurría con los múltiples tratados ya existentes que reafirmaban que los Estados debían garantizar derechos “sin distinción por motivos de [...] sexo”, como es el caso de los Pactos Internacionales, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²

Se requería algo más vinculante que la Declaración y más detallado que los Pactos.

De esos esfuerzos surgió la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), ratificada por el Estado Mexicano en 1981. Hasta el día de hoy, es el tratado internacional más importante en esta materia. Ha sido ratificado por 187 países.³

Este tratado buscaba erradicar las desigualdades en *todas* las esferas de la vida: “la política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra”. Esto incluía, por supuesto, el mundo del trabajo.

¹ Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1967. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2017.pdf>

² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2, párrafo 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2, párrafo 2.

³ Al respecto se puede consultar: Verveer, Melanne y de Silva de Alwis, Rangita, “Why Ratifying the Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) is Good for America’s Domestic Policy”, *Georgetown Institute for Women, Peace and Security Blog*, 18 de febrero de 2021. Disponible en: <https://giwps.georgetown.edu/why-ratifying-the-convention-on-the-elimination-of-discrimination-against-women-cedaw-is-good-for-americas-domestic-policy/>

Hay varios puntos a resaltar de la CEDAW. Para empezar, la CEDAW no incluye “derechos especiales” para las mujeres. Simplemente reitera que todos los derechos que se reconocen en el orden internacional para “las personas”, también se le deben reconocer a las mujeres. Esto puede verse en el artículo 11, que se refiere al mundo del trabajo. Vale la réplica completa del párrafo 1 de este artículo:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
- d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
- e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Como puede verse, el artículo 11 no reconoce ni un solo derecho que no estuviera ya contemplado, de alguna forma u otra, en la Constitución mexicana o en la legislación laboral. Se reconoce el derecho al trabajo *como un derecho*. Y se reconocen distintos derechos para garantizar que ese trabajo se realice en condiciones dignas, plenas e igualitarias. Lo que hace la CEDAW es reiterar que estos derechos

se les deben garantizar a las mujeres. ¿Por qué era necesario reiterar esto? Justo porque, en muchos países —como ocurría en México—, siempre se encontraban razones para exceptuar a las mujeres de estas protecciones.

Ahora, la CEDAW también reconocía que había ciertos problemas que una y otra vez impactaban a las mujeres. Por ejemplo, el que las mujeres perdieran trabajo por “razones de matrimonio o maternidad”. Si las mujeres se casaban, perdían su trabajo en muchas ocasiones, algo que rara vez pasaba con los hombres. También: si las mujeres se hacían madres, veían su vida laboral mermada. Algo que rara vez ocurría con los hombres. Por el contrario: se asumía que con mayor razón se dedicarían al trabajo fuera de la casa. Buscando resolver esta discriminación, el párrafo 2 del artículo 11 estableció lo siguiente:

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Además de incluir un catálogo de derechos, la CEDAW es importante porque establece una serie de obligaciones con las que tienen que cumplir los Estados. En concreto, se establecieron cuatro obligaciones fundamentales.

La primera, y obvia, es que los Estados tendrían que erradicar las normas que discriminaran, sin importar si estas estuvieran en la Constitución o alguna otra norma inferior. En la lucha por la igualdad, era necesario que el Estado empezara poniendo el ejemplo.

La segunda y relacionada, es que el Estado tendría que garantizar que ninguna autoridad o institución pública discriminara al ejercer sus funciones. Esto es clave: no bastaba que las leyes se modificaran. Era necesario que cada acto de autoridad —desde las detenciones hasta las condenas, desde la provisión de servicios hasta el acceso a bienes— también se hiciera en condiciones de igualdad.

En tercer lugar y también relacionada, la CEDAW obligó a los Estados también a erradicar la discriminación que practican las personas, las organizaciones o las empresas privadas. Se reconocía, en otras palabras, que la discriminación no solo era perpetrada directamente por el Estado y sus funcionarios, sino por todas las personas. En ese mismo espíritu, por ejemplo, el artículo 5 establece nada más y nada menos que:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

Finalmente, y esto es clave, los Estados tenían que hacer todo lo necesario para eliminar tanto la discriminación directa, como la indirecta. Conforme al Comité de la CEDAW, estas se definen de la siguiente manera:

Se entiende por discriminación directa contra la mujer la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género. La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la

mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra. Además, la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre.⁴

Por último, es importante destacar que la CEDAW, en su artículo 4, estableció lo siguiente:

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

Con este artículo, la CEDAW permitió medidas que son conocidas como “acciones afirmativas”, que *pueden* llegar a favorecer a las mujeres. No bastaba, en otras palabras, *eliminar* leyes, políticas, programas o prácticas que discriminaran directa o indirectamente. Sería también necesario tomar medidas que activamente aceleraran la igualdad *en los hechos*.

iii) La Belém do Pará

En 1994 se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la Convención “Belém do Pará”, por el lugar en Brasil en el que fue adoptada.⁵ México la ratificó en 1995.

⁴ Comité CEDAW, Recomendación General No. 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28/Corr.1, 8 mayo 2012. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN28

⁵ Para una breve historia de la Convención, véase Mejía Guerrero, Luz Patricia, “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano”, 2012, *Revista IIDH*, vol. 56, pp. 189-213. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30352.pdf>

Una diferencia entre la CEDAW y la Belém do Pará es que la primera proviene del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, mientras que la segunda es parte del sistema interamericano de derechos humanos de la Organización de los Estados Americanos. La Convención Belém do Pará ha sido ratificada hasta ahora por 27 países.⁶

Otra diferencia importante entre CEDAW y Belém do Pará es el tema: CEDAW está dedicada a la discriminación, mientras que Belém do Pará se enfoca en la violencia. De hecho, la palabra “violencia” no aparece ni una sola vez en el cuerpo de la CEDAW, si bien en Recomendaciones Generales subsecuentes el Comité de la CEDAW —el órgano encargado de vigilar su cumplimiento— ha aclarado que por supuesto que la CEDAW protege a las mujeres de la violencia de género.⁷ Por otra parte, si bien la Belém do Pará está enfocada en la violencia, en realidad se preocupa por la violencia cuando tiene una relación con la discriminación. Esto puede verse en la definición que ofrece del fenómeno, en su artículo 1º:

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

La Convención Belém do Pará tiene el propósito de erradicar la violencia que viven las mujeres que está “basada en el género”. No es cualquier violencia. Es aquella, como se afirma en el Preámbulo de la Convención, que es una “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.

Como ocurre con la CEDAW, la Belém do Pará está pensada para reiterar que el derecho de las mujeres “a una vida libre de violencia”, tal y como está reconocido en el artículo 3, tiene validez tanto “en el ámbito público como en el privado”. En concreto y conforme a su artículo 2:

⁶ Véanse las ratificaciones por país en esta liga: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>

⁷ Véanse las recomendaciones 12, 19 y 35 del Comité de la CEDAW. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN28

Se [entiende] que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Con esto queda claro que el Estado está obligado a erradicar todos los tipos de violencia de género que existan —como la sexual, la psicológica o la física—, en todos los ámbitos en los que se reproduzca: sea en la casa, en la escuela, en la calle, en las instituciones o, por supuesto, en el trabajo.

iv) La reforma de 2001

En el 2001, se aprobó una de las reformas a la Constitución más relevantes en materia de igualdad, incluida la igualdad de género. Una de las piezas más importantes de este cambio fue la inclusión textual del derecho a la no discriminación en el artículo 1º.

Antes de esta reforma, el artículo 1º afirmaba, sin más, que “en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución”. Esta disposición es conocida como el derecho a la igualdad, que garantiza la base del orden constitucional: que todas las personas gozarán de todos los derechos.

Con la reforma, ahora el artículo 1 pasó a ser más específico, estableciendo que:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de

salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El derecho a la no discriminación otorga una protección reforzada a la del derecho a la igualdad. Reitera que *no* se debe excluir a las personas del goce de sus derechos, reconociendo todas las razones que históricamente han servido para discriminar, como el género, las preferencias sexuales, la discapacidad o el origen étnico.

v) La reforma de 2011

Finalmente, la última reforma fundamental para entender la lucha por la igualdad de género y el edificio constitucional y convencional que sirve para honrarla es la que se realizó a la Constitución federal en el 2011, que es conocida como la reforma de los “derechos humanos”.

Esta reforma realizó varios cambios importantes. Se destacan dos.

En primer lugar, sedimentó la importancia de los tratados internacionales de los derechos humanos, poniéndolos al mismo nivel que la Constitución. Actualmente, el artículo 1º de la Constitución establece que:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Con esta disposición, los derechos humanos contenidos en tratados internacionales gozan del mismo estatus que los que están contenidos en la Constitución.

Eso significa que para asuntos relacionados con la desigualdad de género, se debe mirar a la Constitución *junto con los tratados internacionales* de forma integral. La CEDAW y la Belém do Pará se volvieron igual de relevantes que la Constitución, en otras palabras.

En segundo lugar, la reforma estableció que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Esto es fundamental, porque deja en claro que todas las autoridades tienen que ver cómo pueden asegurar el goce efectivo de los derechos de las personas en todo lo que les corresponde. De cara a la ciudadanía, en las labores que realizan; y hacia adentro, con las personas que trabajan en la institución. Para eso, tienen que voltear a ver no solo la Constitución, sino cada uno de los tratados internacionales que sean relevantes para lo que hacen.

vi) Las mujeres y la OIT

Antes de proceder a los retos para la igualdad de género hoy, es importante dedicar un pequeño apartado a las luchas que se han librado en una sede internacional particular: la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La OIT, a nivel internacional, es una de las autoridades más importantes en lo que estándares laborales se refiere. Es, también, una organización ya vieja, que en 2019 cumplió 100 años desde su apertura. Por lo mismo, es posible ver cómo sus propias normas referentes a las mujeres han ido cambiando.

Por poner el ejemplo más obvio: de la misma manera en la que la Constitución mexicana restringía el trabajo de las mujeres, existían Convenios de la OIT que hacían prácticamente lo mismo. El Convenio número 4 sobre el trabajo nocturno (mujeres) de 1919, por ejemplo, establecía que “las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas.” El Convenio número 45 sobre el trabajo subterráneo (mujeres) de 1935, por su parte, prohibía emplear a mujeres en trabajos subterráneos de minas.

Como se ha empezado a documentar,⁸ sin embargo, gracias a la influencia de grupos de mujeres, las normas del trabajo emitidas por la OIT también han buscado garantizar sus derechos.

Actualmente, existen distintos Convenios relevantes para las mujeres en el mundo del trabajo. Ellos son:

- Convenio 183 sobre la protección de la maternidad de 2000 (que fue una revisión del del Convenio 103 de 1952, que a su vez fue una revisión del Convenio 3 de 1919)
- Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951
- Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958
- Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 2011
- Convenio 190 sobre la violencia y el acoso de 2019

vii) Otras disposiciones, otras luchas

Además de los tratados que incluyen el derecho a la no discriminación, existen tratados que, como la CEDAW, se especializan en ciertos tipos de discriminación.

Destacan dos. Primero, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que ha sido ratificada por 178 países, incluido México en 1976. Segundo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual ha sido ratificada por 174 países, incluido México en el 2007.

Estos tratados internacionales importan, porque el género —el que una persona sea hombre o mujer—, puede ser un factor *entre muchos* que lleva a que una persona viva discriminación. El color de piel, el origen étnico, la discapacidad, o la clase pueden ser otros que influyen quién goza efectivamente de sus derechos.

⁸ Al respecto se puede consultar: Boris, Eileen, Hoehtker, Dorothea y Zimmerman, Susan, *Women's ILO*. Leiden, Brill, 2018. Disponible en <https://brill.com/view/title/36159>

III. La lucha por la igualdad de género hoy

Como se pudo ver, en México, como en muchos otros países, teníamos un orden jurídico que incluía y reproducía una visión particular sobre el lugar y papel de los hombres y de las mujeres y de la relación entre ambos. La normativa del mundo del trabajo no era ajena a este orden. Por el contrario, el mundo del trabajo también dependía de y reproducía esta división. El trabajo no solo se concebía como una labor de los hombres, sino que cuando se llegaba a admitir a las mujeres a este espacio, como quiera había muchos ámbitos que les resultaban vedados.

Lo que también se revisó en la sección pasada, sin embargo, es cómo a lo largo de las décadas se fue trabajando porque este tipo de visiones fueran expulsadas del derecho. La labor, de cualquier manera, no se quedó simplemente en la “neutralización” del orden jurídico. Se buscaron distintas reformas constitucionales y ratificaciones internacionales que permitirían sentar las bases para la generación de un mundo verdaderamente igual.

Si es así, ¿por qué sigue siendo necesario hablar y aprender sobre la igualdad de género? Si ya es un hecho que la Constitución y múltiples tratados internacionales garantizan la igualdad, ¿por qué es necesario seguir dedicando espacio y tiempo a este tema? El problema de la discriminación por género es como muchos otros problemas en el país: existe una brecha entre lo que mandata la Constitución y los tratados internacionales y lo que de hecho se cumple en la realidad.

En esta sección, se van a abordar de los problemas actuales más comunes de discriminación por género: 1) el de la discriminación directa, que, como se define en la CEDAW, es “la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género” y 2) la discriminación indirecta, que resulta de la interacción de múltiples factores. Ambas condicionan el ejercicio efectivo de los derechos de las personas, si bien a través de formas distintas. Como se aclaró en un inicio, los ejemplos a los que se harán referencia provienen precisamente del mundo del trabajo.

1. La discriminación directa

El primer tipo de discriminación por género que persiste en la actualidad es la que se encuentra directa o explícitamente en una norma, una política, un programa, un acto de autoridad o una práctica.

A pesar de que la Constitución y los tratados internacionales son claros en que los derechos de las personas no deben condicionarse por el género, existen una multiplicidad de normas y actos que eso es precisamente lo que hacen. Dependiendo de si la persona es hombre o mujer, se le siguen condicionando sus derechos.

Por ejemplo: hasta 2020, el artículo 201 de la Ley del Seguro Social establecía lo siguiente:

Artículo 201. El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

Artículo 205. Las madres aseguradas, 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, durante las horas de su jornada de trabajo, en la forma y términos establecidos en esta Ley y en el reglamento relativo.

Estos artículos establecían requisitos distintos para los trabajadores y trabajadoras para acceder al servicio de guarderías. Mientras que las trabajadoras tienen garantizado el acceso al servicio sin condición alguna, los trabajadores tienen que ser viudos, divorciados o tener la custodia judicialmente decretada a su favor

para que puedan acceder a él. Como bien reitera el artículo 205: los casados bajo ningún supuesto pueden tener acceso a este servicio. Algo que, por supuesto, no ocurre con las mujeres. Estas pueden ser casadas, solteras, divorciadas o viudas y siempre tienen el acceso garantizado.

Ante un mismo hecho —trabajadores y trabajadoras con hijos que necesitan utilizar el servicio de guardería—, la Ley establece criterios diferenciados de acceso. El criterio a partir del cual se establece el trato diferenciado es el género: ya que el requisito para acceder cambia dependiendo de si es un hombre (un trabajador) o una mujer (una trabajadora).

Estos artículos fueron impugnados ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En el Amparo en Revisión 59/2016, resuelto apenas el 29 de junio de 2016, la Segunda Sala sostuvo que:

[E]sta diferencia atenta contra la igualdad de derechos que debe regir para toda persona independientemente de su sexo, además de que obstaculiza a los padres trabajadores a gozar del servicio en igualdad de derechos que la mujer trabajadora, colocándolos en una situación de desventaja.

Esto es, para la Suprema Corte, los artículos de la Ley del Seguro Social eran inconstitucionales porque les negaban a los trabajadores el acceso a un servicio que a las trabajadoras se les garantizaba, sin que existiera una justificación para este trato diferenciado. 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.

Esto es, si bien los artículos les negaban a los trabajadores casados el acceso a las guarderías, esta negación, encima, estaba basada en un estereotipo: que no era necesario darle a estos trabajadores acceso a las guarderías, porque tenían una esposa que se podía hacer cargo del cuidado de sus hijos. Sostuvo la Corte:

[Si] se examinan los supuestos en los que la ley concede al trabajador el beneficio de recibir el servicio de guardería, [se] condiciona el servicio a los viudos, divorciados o los que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, a que no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato. Esto es, 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.

De ahí que las normas fueran inconstitucionales: porque privaban a los padres trabajadores de un derecho que a las madres trabajadoras les garantizan, y la razón detrás de la privación obedecía a un estereotipo sobre el rol que las madres debían asumir.

Es importante señalar que con todo y que la Suprema Corte declaró estos artículos inconstitucionales en tres ocasiones, no fue sino hasta el 21 de octubre de 2020 que finalmente se expulsaron de la Ley del Seguro Social gracias a una reforma que aprobó el Congreso de la Unión.

Otro ejemplo, también reciente y también de la Ley del Seguro Social, que aún no ha sido reformado por el Congreso:

Artículo 130. Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez. [...]

La misma pensión le corresponderá al viudo [...] que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.

Este artículo establece los requisitos para acceder a la pensión de viudez. Estos requisitos son distintos dependiendo de si se trata de una viuda o un viudo. La viuda, basta comprobar que estaba casada con el asegurado para tener derecho a la pensión (o que era su concubina). El viudo, en cambio, tiene que comprobar, además del vínculo con la pensionada, que dependía económicamente de ella.

Esta norma fue impugnada ante la Segunda Sala de la Suprema Corte. En el Amparo en Revisión 664/2008, resuelto el 16 de septiembre de 2008, la Segunda Sala sostuvo lo siguiente:⁹

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 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.

De ahí que, para la Segunda Sala, esta distinción sea inconstitucional, porque “además de fundarse exclusivamente en el género, no existen razones distintas que la justifiquen.” Ante una situación idéntica —un trabajador y una trabajadora cotizando toda su vida para que sus familias queden protegidas—, se debe garantizar el mismo derecho —que los viudos y viudas accedan en condición de igualdad a la pensión—. ¹⁰

Valga un último ejemplo. Como se mencionó en la introducción de este capítulo, en 2012 se reformó la Ley Federal del Trabajo y por primera vez se incorporó una licencia para casos de adopción. Se reconoció que era necesario contemplar un tiempo, fuera del trabajo, para que las personas que adoptaran una criatura

⁹ Esta determinación fue reiterada en el Amparo en Revisión 14/2012.

¹⁰ Valga mencionar que este artículo también excluye a las parejas del mismo sexo de los beneficios de la seguridad social, ya que está redactada de forma tal que se asume que la trabajadora tiene viudo y el trabajador tiene viuda. Esto es, presume que solo parejas compuestas por un hombre y una mujer van a acceder a las prestaciones establecidas en la ley. Esto, ya lo determinó la Segunda Sala de la Suprema Corte, en el Amparo en Revisión 485/2013, también es inconstitucional.

pudieran darle la acogida que merece. La Ley, sin embargo, estableció un periodo diferente para los y las trabajadoras: a ellas les concedió una licencia de seis semanas, mientras que, a ellos, una licencia de apenas cinco días. Si bien esta norma aún no ha sido impugnada ante la Corte, no hay duda de que no soportaría un escrutinio estricto.

Lo interesante a notar por ahora es cómo las tres disposiciones hasta ahora mencionadas —la pensión por viudez, el acceso a guarderías, el acceso a licencias para casos de adopción— siguen reforzando, en conjunto, una serie de mandatos de género. En resumen: los hombres trabajan, las mujeres cuidan. ¿Cómo así? El caso de las licencias para casos de adopción no lo esconde: a la hora de asignar tiempo para cuidar, se les asigna más tiempo a las mujeres, que a los hombres, a pesar de que se encuentran exactamente en la misma circunstancia (la adopción de una criatura). En el caso de las guarderías, se refuerza esta idea: si bien se admite que hay mujeres que trabajan, se *asume* que requieren siempre de guarderías porque *ningún hombre* se hará cargo de las criaturas; en cambio, se asume que un trabajador solo va a requerir una guardería si no tiene una esposa. La esposa cuida. La pensión por viudez remata esta presunción. Se presume que las viudas de los trabajadores siempre requieren una pensión porque, básicamente, se asume que no trabajan fuera del hogar; y se asume que los viudos nunca necesitan una pensión porque siempre trabajaron fuera del hogar.

Sí: como pudo verse, dos de estas tres disposiciones ya fueron declaradas inconstitucionales. Pero ello ocurrió apenas en la última década.

Los ejemplos hasta ahora dados son de normas contenidas en leyes. Por eso es importante en este punto recordar tanto la Constitución y la CEDAW, como la misma Ley Federal del Trabajo. En conjunto, estas normas prohíben la discriminación perpetrada por todo tipo de autoridades —no solo por las legislativas—, así como por personas, organizaciones o empresas privadas. ¿Qué implica esto? Que es importante pensar en todos los reglamentos, normas, resoluciones, convocatorias y decisiones de estos sujetos que podrían discriminar.

Por ejemplo: en el Amparo Directo en Revisión 992/2014 analizó si dos anuncios, de compañías privadas diferentes, en los que se establecían requisitos de

sexo y de edad para acceder al trabajo, eran violatorios o no del derecho a la no discriminación. En un anuncio, se solicitaba una persona que fungiera de “repcionista” y otra de “analista contable”. En el primer caso, se restringía la edad a los 18 y 25 años, mientras que en el segundo, se restringía de los 25 a 40. En el primer caso, se exigía que fuera de sexo “femenino”, mientras que para el segundo puesto, se anunciaba que el sexo podía ser “indistinto”. Para el caso de la recepcionista, además, se exigía que tuviera una excelente “presentación, estatura 1.60, talla 30”. Tratándose del segundo anuncio, lo que se buscaba era una persona que se desempeñara como “promotor de eventos”. En este caso, sin embargo, se afirmaba que buscaban “una joven alegre, vinculada a las Relaciones Públicas. Con Buena presentación[.] Edad de 18 a 35 años. Sexo femenino.” La Corte, en estos casos, determinó que sí se violentaba el derecho a la no discriminación.

Este tipo de anuncios, como consta en un artículo académico sobre la discriminación en el trabajo escrito por Eva Arceo y Raymundo Campos (2019),¹¹ no son raros y continúan a pesar de su ilegalidad.

El problema, por supuesto, no es solo lo escrito, sino también lo dicho. Un caso que ilustra este problema es el de *Price Waterhouse v. Hopkins*, resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1987. En esta ocasión, se le negó una promoción a una trabajadora de la empresa Price Waterhouse porque se estimó que, para obtenerla, tenía que “mejorar” sus modos; en específico: tenía que “caminar más femeninamente, hablar más femeninamente, vestirse más femeninamente, usar maquillaje, estilizar su pelo y usar joyería”.¹² Se le castigó, en otras palabras, por fallar en expresar la feminidad que, para la empresa, era la adecuada.

¿Cuántas decisiones de trabajo no se toman aún así, con base en estereotipos de género?

¹¹ El mencionado artículo se puede consultar en: Arceo-Gomez, Eva y Campos-Vazquez, Raymundo. “Double Discrimination: Is Discrimination in Job Ads Accompanied by Discrimination in Callbacks?”. *J Econ Race Policy*, 2019, vol. 2. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs41996-019-00031-3>

¹² El caso se puede consultar en: *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/228/case.html>

En el libro *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Rebecca J. Cook y Simone Cusack (2009) se dedican a explorar las maneras en las que las personas estereotipan. Para ellas, para eliminar todas las formas de discriminación por género, “debe dársele mayor prioridad y reflexión a la eliminación de la estereotipación perjudicial de género.” Para ello, es importante “nombrar los estereotipos de género e identificar el daño que ocasionan [como] un ejercicio crítico para su erradicación”.

¿Qué estereotipos de género persisten aún en el mundo del trabajo y cómo informan las decisiones que se toman? Por ejemplo: “a las mujeres les interesa más la familia que el trabajo”, por lo que no se les ofrece una promoción ya que más trabajo les quitaría más tiempo de su familia. Otro ejemplo: “los hombres no son tan sensibles y pacientes como las mujeres”, por lo que no se les contrata a ellos para labores de cuidado de niños y niñas. Un último ejemplo: “Los hombres solo quieren una cosa de las mujeres: sexo”, por lo que se les responsabiliza a las mujeres del acoso que padecen, porque ellas “se pusieron en ese lugar, sabiendo cómo son los hombres”.

¿Por qué es necesario aún hoy hablar de igualdad de género e incorporar la perspectiva de género, por ahora, al mundo del trabajo? Precisamente por la persistencia de este tipo de ideas.

2. La discriminación indirecta

El segundo tipo de discriminación por género que persiste en la actualidad es la indirecta. Siguiendo a la CEDAW: “La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra.” (CEDAW, 2012).

a. Las enormes disparidades

Para detectar una discriminación indirecta, ayuda primero detectar disparidades en el ejercicio efectivo de derechos. La pregunta es: ¿quién puede ejercer efecti-

vamente sus derechos? ¿Quién no puede hacerlo? ¿Sobre quiénes recaen sistemáticamente ciertas injusticias?

Si se analiza el mercado laboral en México, puede verse que hay múltiples disparidades de género.¹³

La primera está en la participación laboral. Por lo general, en los últimos diez años, la participación de las mujeres oscila en el 40% de participación. En contraste, la participación de los hombres en el mercado laboral ha oscilado alrededor del 70%. Quién entra y quién no entra al mercado laboral, en otras palabras, está determinado en parte por si la persona es hombre o mujer.

Si las mujeres trabajan más horas a la semana, ¿por qué tienen menor participación en el mercado laboral y por qué perciben menos ingresos? La respuesta radica, precisamente, en las labores domésticas y de cuidados. Ahora: incluso al interior del mercado laboral, persisten diferencias de género en relación con el sector y la posición en la ocupación. En el sector primario, por ejemplo, la participación de las mujeres ocupadas es de solo 3.7%, en contraste con la de los hombres que es del 17.4%. La participación de las mujeres también es menor en el sector secundario (ahí están el 17.2% de las mujeres ocupadas) que la de los hombres (ahí están el 31% de los hombres ocupados). Más bien, a las mujeres se les encuentra en el sector terciario: casi 8 de cada 10 mujeres —el 78.6%— laboran en este sector, mientras que apenas 5 de cada 10 hombres —el 51%— trabaja aquí.

Respecto de qué posición en la ocupación tienen hombres y mujeres, destaca, por ejemplo, que hay, en proporción, más mujeres que son trabajadoras *no* remuneradas (el 5.7% del total de mujeres ocupadas) que los hombres (el 2.8%) y que el porcentaje de hombres ocupados que son empleadores (6.3%) es más del doble que el porcentaje de mujeres (2.7%). El extremo más bajo —trabajos que *no* se pagan—,

¹³ Todas estas cifras están basadas en las proporcionadas, con más detalle, en el Capítulo referente a la discriminación en la contratación, promoción y despido de este Libro. También es importante saber que el Instituto Nacional de las Mujeres, junto con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, publican cada año un informe que se llama *Mujeres y hombres en México*. En este pueden encontrarse una variedad de indicadores sobre brechas de género, incluidos aquellos referentes al empleo.

es más común para las mujeres (que para los hombres), mientras que el extremo más alto —ser empleador— es más común para los hombres (que para las mujeres).

Las mujeres también perciben menores ingresos cuando sí logran entrar al mercado laboral. En el primer trimestre de 2021, según datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), publicados por el INEGI, el 42.7% de las mujeres recibieron un salario mínimo o menos como ingreso de su trabajo. Solo el 29.7% de los hombres recibieron el mismo nivel de ingresos. En ambos casos, por supuesto, la cifra es inaceptable —estamos hablando de que por trabajar se recibe en el mejor escenario *un* salario mínimo—, lo que habla de la precarización del trabajo en el país. Lo que no se puede dejar de ver es que esto, encima de todo, tiene un impacto de género también.

Cuando se analiza el número de horas trabajadas por las personas adultas en México, de acuerdo con los datos de la ENOE, resulta que las mujeres trabajan más horas que los hombres. Las mujeres que se encuentran económicamente activas realizan 59.9 horas de trabajo a la semana, mientras que los hombres realizan 49.5 horas. Esto significa que, en promedio, las mujeres trabajan casi 10 horas más a la semana que los hombres. ¿A qué se debe la disparidad? A las labores del hogar y de cuidado. Si bien los hombres que son económicamente activos dedican más horas a la semana a trabajo fuera de casa (pues realizan 41.8 horas contra 35.5 de las mujeres), dedican mucho menos horas a las labores del hogar y de cuidado (aquí solo dedican 7.7 horas contra 24.4 de las mujeres).

Otro ejemplo: también existe una brecha de género en el tipo de violencia que viven las personas en el trabajo.¹⁴ Según la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de Seguridad Pública (ENVIPE) del INEGI, de los delitos que hombres y mujeres padecieron *en* su lugar del trabajo, los delitos sexuales que incluyen el hostigamiento, los tocamientos sin consentimiento, el exhibicionismo y los intentos de violación, representan apenas el 0.6% de los delitos que reportaron

¹⁴ Estas cifras están extraídas del Capítulo referente a la violencia en el trabajo de este Libro.

los hombres, mientras que en mujeres ascienden a representar el 13.3% del total de delitos que dijeron haber vivido en el lugar de trabajo. Básicamente: las mujeres representan 9 de cada 10 de las víctimas de estos delitos perpetrados en el espacio laboral. Las mujeres también representan 7 de cada 10 víctimas del delito de violación que ocurrió en este espacio.

Estas son solo algunas de las diferencias de género que pueden encontrarse en el mercado laboral en México hoy. Puede haber muchas más, pero dan una idea cómo sigue siendo un espacio desigual en términos de género.

b. Explicando disparidades

¿Por qué no hay más mujeres en la agricultura? ¿Por qué hay menos hombres en la educación? ¿Por qué las mujeres invierten más horas en el trabajo del hogar que los hombres? ¿Por qué los hombres invierten más horas en el trabajo fuera del hogar que las mujeres? ¿Por qué hay menos mujeres en la administración pública federal? ¿Por qué hay menos mujeres en puestos clave de poder en las empresas? ¿Por qué? ¿A qué se deben estas disparidades?

A estas preguntas, típicamente se ofrecen tres respuestas:

- 1) no vemos más mujeres/hombres en ciertos espacios o trabajos porque **no pueden** cumplir con lo que exigen, porque no tienen la capacidad para ello;
- 2) no vemos más mujeres/hombres en ciertos espacios o trabajos porque **no deben** ocuparlos, porque lo que les corresponde es otra cosa;
- 3) no vemos más mujeres/hombres en ciertos espacios o trabajos porque **no quieren** ocuparlos, porque sus intereses son otros.

No pueden, no deben, no quieren: estos son los tres argumentos que por lo general se ofrecen para explicar las desigualdades que aún existen en el acceso a espacios, funciones y derechos entre hombres y mujeres en el mundo laboral del país. En muchos sentidos, los argumentos que solían darse para justificar la exclusión de las mujeres de la ciudadanía en 1917, vistos páginas atrás, persisten aún.

De la misma manera en la que la “perspectiva de género” sirve para detectar disparidades, incluyendo la variable del género en el análisis de la realidad, también sirve para desarticular argumentos que tienden a ser simplistas y a estar cargados de estereotipos. Ahí donde las personas afirman que las mujeres o los hombres “no pueden”, “no deben” o “no quieren” hacer algo, la perspectiva de género debe aplicarse para ver qué tan ciertas o justas son sus afirmaciones.

i) Cuestionando eso de la "diferencia natural"

La primera idea que la perspectiva de género lleva a cuestionar es la que afirma que los hombres y las mujeres simplemente *son* diferentes y que es *esa* diferencia “natural” la que explica y justifica una diferencia *social* específica. En el libro *La discriminación en el empleo en México*, se proporciona un ejemplo de por qué esto es tan importante:

En el 2005, Larry Summers, el entonces presidente de la Universidad de Harvard, era parte de un panel en el que se discutía por qué seguía existiendo una disparidad importante entre el número de hombres y de mujeres que incursionaban en las ciencias y las ingenierías. Ofreció, como una de las razones, el “hecho” de que los cerebros de los hombres y de las mujeres simplemente eran “diferentes”, que estaban “programados” de manera distinta y eso, ultimadamente, era lo que llevaba a los hombres y a las mujeres a elegir caminos profesionales distintos. La consecuencia de esto, por supuesto, es que el “problema”, si es que podía hablarse de un problema, no era Harvard y sus políticas, que estaban excluyendo a las mujeres, sino “la naturaleza” misma que las había dotado con un cerebro que tenía otro tipo de capacidades y las llevaba a tener otro tipo de intereses.

Rebecca Jordan-Young, una científica estadounidense, se dio la tarea de revisar toda la evidencia científica en la que la teoría de Summers descansa, en un libro que se llama *Brain Storm*, publicado en el 2010. Después de un análisis riguroso, basado en el método científico, de más de 300 artículos académicos, Jordan-Young concluyó que la teoría de la diferencia cerebral no tenía un sustento, en los términos en los que por lo general se articulaba. Lo que se estaba presentando como “conocimiento”, no cumplía con los estándares científicos básicos. Esa diferencia tan proclamada, no existía en los términos en los que se presentaba, con las

consecuencias que se señalaban. Un año después de *Brain Storm*, Cordelia Fine publicó *Delusions of Gender*, en donde llegó a las mismas conclusiones. En el 2017, Angela Saini, apoyándose en aún más estudios, confirmó lo mismo en su libro *Inferior* (Vela Barba, 2017, p. 120).¹⁵

La perspectiva de género obliga a revisar los estudios y supuestos en los que personas como Summers se basan para sustentar sus afirmaciones.

ii) El "orden de las cosas"

La segunda idea que la perspectiva de género lleva a cuestionar es la que afirma que los hombres y las mujeres *deben* ser diferentes. Que cada uno está llamado a cumplir un papel y a ocupar un lugar distinto en la sociedad.

Un ejemplo de este tipo de lógica es la creencia, por ejemplo, de que las mujeres *deben* encargarse de manera predominante del hogar.

La perspectiva de género sirve para identificar estereotipos sobre los hombres y sobre las mujeres, incluidos los estereotipos prescriptivos: los que *mandatan* un comportamiento específico para las personas por el hecho de ser hombres o mujeres. La perspectiva de género obliga a analizar esta exigencia desde la óptica de los derechos humanos.

iii) Las elecciones de las personas

La tercera idea que la perspectiva de género lleva a cuestionar es la que afirma que si los hombres y las mujeres tienen un acceso diferenciado a ciertas profesiones, funciones, roles, espacios e incluso derechos, esto es simplemente un reflejo de sus "preferencias" y de sus "elecciones".

A las mujeres les "interesa" más el hogar, el cuidado cotidiano de los niños y niñas y por eso invierten más horas ahí, afirman. A los hombres les "interesa" más,

¹⁵ Página 120. <http://estefaniavelabarba.com/wp-content/uploads/2015/12/Vela-Barba-Discriminacion-CC%81n-en-el-empleo-2018-portada.pdf>

en cambio, el trabajo y menos el día a día de la casa y por eso pasan más tiempo en el primero. Que eso tarde que temprano se traduzca en una brecha salarial o en una disparidad laboral, por lo tanto, no tiene nada de malo, ya que es un mero reflejo de sus “elecciones”.

Este es un argumento que tiende a utilizarse sobre todo para tratar de explicar disparidades en el acceso a ciertas profesiones. La perspectiva de género, una vez más, lleva a cuestionar el simplismo de ideas como esta.

En el libro *La discriminación en el empleo en México*, se proporcionan también ejemplos de esto. Valga retomar uno de ellos:

En un análisis sobre cómo las empresas utilizaban el argumento de la “falta de interés” de las mujeres en el trabajo para justificar porqué empleaban a tan pocas de ellas, la académica del derecho Vicki Schultz repasó la evidencia empírica sobre cómo las personas forman sus intereses laborales. Varias ideas sobresalen de su análisis. La primera: los intereses de las mujeres en el trabajo cambian con el tiempo. Que al inicio de sus carreras trabajen en empleos estereotípicamente femeninos no necesariamente significa que continuarán así con el tiempo. Y el cambio tiene que ver, sobre todo, con las oportunidades que tienen. De hecho, si muchas mujeres inician en trabajos estereotípicamente femeninos, puede ser precisamente porque no tienen muchas más opciones, por la misma discriminación en el trabajo. Pero cuando estas oportunidades se presentan, muchas las toman. Segundo: los mismos hombres no tienen, tampoco, sus intereses preestablecidos y cambian también dependiendo de su contexto laboral. En una investigación que se realizó sobre hombres que trabajan en empleos con poca movilidad, escasa remuneración y sin mayor estímulo, se dieron cuenta que los hombres se comportaban exactamente como muchas personas creen que se comportan las mujeres: interrumpían sus carreras con mayor frecuencia; privilegiaban su vida familiar por encima de su vida laboral; valoraban más la parte social de su trabajo —las relaciones con sus compañeros— que al trabajo en sí. La lección es sencilla: antes de juzgar ciertas actitudes como “típicas” de las mujeres, habría que cuestionar si no son actitudes que cualquier persona, en ese mismo contexto, desarrollaría (Vela Barba, 2017, p. 122).

La perspectiva de género, de nuevo, lleva a indagar estos factores y no aceptar, sin cuestionar, explicaciones simplistas.

iv) Hay que ver lo social

La perspectiva de género lleva a cuestionar ideas que sostienen, sin mayor sustento, que los hombres y las mujeres simplemente “son” diferentes; que “deben” ser diferentes; o que “quieren” ser diferentes y que es *eso* lo que explica el acceso diferenciado a trabajos, servicios, funciones, lugares y derechos. Pero si no es así de sencillo, si no es que “son”, “deben” o “quieren” ser diferentes y llevar vidas diferentes, ¿entonces qué es? ¿Qué explica las disparidades en el ejercicio efectivo de derechos?

La perspectiva de género ofrece un marco analítico para ello: si se quieren explicar esas diferencias, no basta quedarse en el análisis de los cuerpos, ni de las simples “preferencias”, sino que es necesario analizar el contexto en el que las personas viven. Importa, en otras palabras, analizar cómo los sistemas económicos, jurídicos, políticos, religiosos o culturales de un lugar dado afectan las vidas que las personas desarrollan y, así, afectan el ejercicio de sus derechos.

Por eso es tan común encontrar en los estudios de género la distinción entre “sexo” y “género”. El “sexo”, afirman estos estudios, es el conjunto de características físicas por virtud de las cuales clasificamos a las personas como “hombres” o “mujeres”. El *sexo* refiere al cuerpo. El género, en cambio, se refiere a las actitudes, comportamientos, intereses, talentos, virtudes y defectos que entendemos como “femeninos” y “masculinos”. El *sexo* con el que las personas nacen no necesariamente determina el comportamiento que van a desarrollar; los intereses que van a mostrar; los talentos que van a poseer; las virtudes y defectos que van a desplegar. No hay una relación *necesaria* —natural, predeterminada— entre el sexo y el género.

Una mujer puede ser una ingeniera y un hombre puede dedicarse a la crianza de los niños y niñas. Una mujer puede tener el pelo corto y un hombre puede tener el pelo largo. Una mujer puede ser fría y calculadora y un hombre puede ser sensible y tierno. Una mujer puede ser una política ejemplar y un hombre puede no serlo.

Que muchas mujeres se comporten conforme al estándar que se entiende como “femenino” no quiere decir que esto es necesariamente producto de la naturaleza,

sino que bien puede ser resultado de distintos factores sociales. Que muchos hombres se comporten conforme al estándar que se entiende como “masculino”, tampoco quiere decir que esto es necesariamente producto de la naturaleza, sino que también puede ser el resultado de distintos factores sociales. La clave es identificar esos factores sociales.

¿Como cuáles? En el libro *La discriminación en el empleo en México* se identifican una variedad de factores que inciden en quién conforma el mundo laboral en términos de género.

Por ejemplo: un factor que puede afectar la disparidad de género en el trabajo son las formas que se utilizan para reclutar personas a un trabajo. “El que las convocatorias sean públicas o privadas y los procesos de contratación sean formales o informales es un factor que se ha visto que afecta quiénes solicitan y son contratadas en un trabajo.” (*Ibidem*, p. 127). Esto es importante, ya que en muchas ocasiones se argumenta que si hay pocas mujeres en un lugar de trabajo es porque “ni siquiera solicitan”. Pero el que las mujeres soliciten o no a un trabajo puede depender de varios factores, incluido cómo se publicita el trabajo, la reputación del lugar del trabajo, cómo está estructurado el trabajo o alguna otra razón similar.

Ahora: si las personas solicitan un trabajo, ¿cómo son evaluadas? Eva Arceo y Raymundo Campos, por ejemplo, condujeron un experimento sobre la evaluación del currículum de una variedad de candidatos y candidatas en el mercado mexicano. (Arceo-Gómez y Campo-Vázquez, 2013). Básicamente enviaron el mismo currículum a distintas empresas, variando el sexo, el estado civil y la foto de las personas solicitantes. Las fotos estaban diseñadas para representar personas “blancas”, “mestizas” o “indígenas”. Lo que medían es que tanta respuesta tenían las personas. “Encontraron que, para las mujeres, importa su estado civil y su ‘fenotipo’: [era] más [común] que las empresas [respondieran] a las mujeres que [estaban] solteras, que a las casadas; también [era] más [común] que [respondieran] a las ‘blancas’ o ‘mestizas’ que a las mujeres ‘indígenas’. Este resultado no se pudo observar para los hombres (esto es, no les [afectó] si [eran] casados o no; ‘blancos’, ‘mestizos’ o ‘indígenas’).” (Vela Barba, 2017, p. 81). Un estudio similar realizado recientemente encontró, por ejemplo, que la posibilidad de acceder a un trabajo también estaba relacionada con el peso, particularmente en el caso para

las mujeres (González Garza, 2018). Esto tiene que ver con cómo son evaluadas las personas al momento de la contratación. “Existen estudios que apuntan a cómo la práctica de requerir currículums con nombre y foto se presta para la discriminación, porque permite que se ‘activen’ los prejuicios.” (Vela Barba, 2017, p. 131) Esto incluye prejuicios sexistas, racistas, clasistas, gordofóbicos, capacitistas y demás —y su conjunción, como los estudios muestran—.

Además de cómo son las prácticas para que una persona entre a un lugar de trabajo, importa también cómo son tratadas una vez ahí, cómo son las prácticas que permiten el desarrollo y la retención del talento una vez que ha ingresado al trabajo. Si una mujer accede a un espacio, ¿qué clase de tratamiento puede esperar en él? ¿Cómo afecta este trato su desarrollo o permanencia en su trabajo? ¿Cómo son las prácticas para la promoción? “¿Cuál es el sistema de recompensas que tiene una compañía? ¿De qué depende que las personas escalen o no? ¿Qué clase de alianzas permite que se formen? Todos estos factores pueden impactar su conformación en términos raciales, de género, etc.” (*Ibidem*, p. 138).

Por ejemplo: los horarios de una oficina pueden impactar quién se queda y quién se sale de un trabajo. Hay horarios que vuelven incompatible tener una vida personal con la laboral. Para quienes se encargan del cuidado de algún miembro de la familia —labor que sigue estando a cargo de las mujeres en una mayor proporción que los hombres en México, como ya viste—, esto puede ser desastroso. ¿Cuáles son las políticas de conciliación entre el trabajo y la familia de un lugar dado?

v) ¿Lo biológico nunca importa?

Valga, en este punto, plantear una interrogante: al final, ¿a lo que esto lleva es a negar que existan diferencias biológicas? No, la “perspectiva de género” no lleva a negar que existan diferencias biológicas entre los hombres y las mujeres.

Para empezar, la perspectiva de género solo exige que se cerciore de que las diferencias biológicas que ciertas personas sostienen que existen, existan. Históricamente, se ha llegado a afirmar, por ejemplo, que las mujeres simplemente no tenían la misma inteligencia y capacidades cognitivas que los hombres (Fausto-Sterling,

1992); algo que no es verídico. También se ha llegado a afirmar que las mujeres no podían desempeñar muchas de las labores que hoy desempeñan, porque simplemente eran demasiado “débiles”. Esa generalización, por supuesto, tampoco es cierta. Reconocer que se trata de una generalización no significa que lo que hay que creer ahora es que todas las mujeres son igual o más fuertes que todos los hombres; ni significa negar que muchos hombres pueden ser más fuertes que muchas mujeres. Solo significa que hay que proceder con cautela y tener precisión a la hora de hablar de “diferencias biológicas”.

Segundo: la perspectiva de género simplemente obliga a distinguir entre diferencias biológicas y mandatos culturales. Por ejemplo: hay quienes afirman que lo “propio” de los hombres es tener el pelo corto; y que lo “propio” de las mujeres es tenerlo largo. Esto no tiene nada que ver con lo que es “natural”. Muestra de ello es simplemente cómo el pelo de los hombres —y no solo el de las mujeres— ha cambiado con el tiempo. La perspectiva de género solo obliga a la cautela cuando se afirma que ciertas cosas —colores, juguetes, actividades, roles, trabajos, intereses, libros, revistas, películas, estilos, etc.— son, naturalmente, “de hombres” o “de mujeres”.

Tercero: Por supuesto que la perspectiva de género obliga a reconocer diferencias biológicas cuando éstas existen. Este es el caso del embarazo y la lactancia, por poner un ejemplo. Es un hecho biológico que hay ciertas personas con la capacidad de gestar. La perspectiva de género no implica obviar este dato; por el contrario, obliga a reconocerlo para que se pueda cumplir una de las máximas en esta materia: garantizar que “las diferencias” no se traduzcan “en desigualdades” sociales, en palabras de la antropóloga Marta Lamas (Lamas, 1999). En este supuesto, la perspectiva de género obliga a reconocer las diferencias biológicas para garantizar que, por lo social —por los arreglos laborales, familiares, culturales, sociales que existen—, este “hecho biológico” no perjudique a las personas.

IV. La obligación de juzgar con perspectiva de género

Como pudo verse en la sección anterior, en el mundo laboral mexicano persisten una serie de problemas de discriminación de género. Desde normas hasta deci-

siones sobre contrataciones, promociones y despidos que siguen tomándose con base en estereotipos de género. Aunado a ello, persisten también normas, políticas y prácticas que, si bien son neutrales en cuanto al género, tienen efectos desiguales. Esto termina impactando quién entra, quién sube y quién sale del mundo laboral. Afecta cómo se conforman los sectores de trabajo y cómo es, incluso, el día a día de las personas.

En la sección anterior, sin embargo, también se revisaron las herramientas constitucionales y convencionales más importantes que existen para hacerle frente a estos problemas. Entre la Constitución, la CEDAW, la Belém do Pará y una serie de convenios de la Organización Internacional de Trabajo —entre otros instrumentos—, las personas, incluidas por supuesto las mujeres, tienen una serie de protecciones tanto frente a la discriminación directa, como a la indirecta. En conjunto, estas disposiciones obligan al Estado y a todas sus autoridades no solo a no perpetrar directamente la discriminación y a no permitir tampoco que agentes privados la perpetren, sino a tomar medidas para reconfigurar el mundo del trabajo para que sea un espacio más igualitario, más decente, más digno.

En esta misión, ¿qué papel tienen los tribunales, particularmente los laborales? ¿Cómo se traduce todo lo anterior a su función? ¿Por qué están también atados a la obligación de incorporar la perspectiva de género en su actuar? Y, ¿de qué manera deben hacerlo? Esta sección está dedicada a dar respuesta a estas preguntas.

1. Los fines del derecho laboral

Lo primero que interesa resaltar es que incorporar una “perspectiva de género”, tal y como se desarrolló en la sección anterior, es no solo compatible con la Ley Federal del Trabajo, sino que hasta se puede argumentar que la misma Ley la requiere.

La LFT, es importante recordarlo contiene principios importantes para el momento de aplicar e interpretar sus disposiciones. Un ejemplo claro de esto es el artículo 2, reformado en 2012, que a la letra señala lo siguiente:

Artículo 2o.- Las normas del 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.

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 e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

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. (Énfasis añadido)

El propósito de las normas laborales, afirma la LFT, es “propiciar el trabajo digno o decente”. ¿Qué se entiende por trabajo digno o decente? Entre otras cosas: aquel trabajo en el que “no existe la discriminación”. Si los tribunales laborales tienen como propósito principal hacer cumplir la LFT, esta ley los obliga a siempre propiciar que el trabajo, las relaciones de trabajo, estén libres de discriminación. Es lo que exige el derecho a la no discriminación, básicamente.

Ahora: de manera más específica, el artículo 2 de la LFT también señala que con las normas laborales se busca tutelar “la igualdad sustantiva o de hecho”. Esto implica garantizar “el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias

biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres.” Este artículo directamente incorpora la noción de que no basta una igualdad “formal” o no basta que no haya discriminación directa, para que se cumpla con el propósito de la LFT. Lo que importa es que haya igualdad sustantiva o que, usando la terminología de la CEDAW, se erradique también la discriminación indirecta. Para que ello ocurra, establece la LFT, es necesario considerar las “diferencias biológicas, sociales y culturales” entre hombres y mujeres. ¿Cuáles son estas? Las que se revisaron en la sección anterior. La misma LFT exige que los tribunales puedan distinguir entre lo biológico y lo social y cultural, con el propósito de garantizar el mismo acceso a los derechos.

En adición al artículo 2, también es importante el artículo 6 de la LFT. A su letra, este establece:

Artículo 6o.- Las Leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de la vigencia.

Este mismo artículo remite a los tratados internacionales, volviéndolos fuente directa de derecho laboral y relevantes, por lo tanto, para los tribunales laborales al momento de resolver controversias. En este caso, la misma LFT remite, por ejemplo, a la CEDAW, a la Belém do Pará, al Convenio 111 de la OIT, entre otros. Remite a sus definiciones de discriminación y de género.

2. El control de constitucionalidad y convencionalidad

Más allá de lo que mandata la LFT, es importante reconocer, sin embargo, que todos los tribunales, sin importar la materia, están obligados a realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad.

El control de constitucionalidad es una forma de sujetar al poder político a la Constitución y preservar la supremacía constitucional. Es un ejercicio donde se contrasta un acto de autoridad o norma inferior con lo que establece la

Constitución para determinar su validez. De no ser compatible, prevalece lo que mandata el texto constitucional (Cossío Díaz, 2013, p. 1).

Como se mencionó en el apartado previo, una de las reformas más relevantes para la igualdad de género y, en general, para los derechos humanos, es la del 2011. Fueron múltiples las modificaciones a la Constitución que entonces se realizaron. Destaca, de nuevo, el que se les diera a los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales el mismo nivel que aquellos contenidos en la Constitución. También es importante recordar que se estableció que *todas* las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tenían la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Y finalmente, es crucial reconocer que se agregaron distintos principios rectores de derechos humanos, entre los que se encuentra el *principio pro persona*.

Esta reforma ha tenido distintos impactos, pero uno de ellos ha sido precisamente hacia la judicatura. Ha permitido, en muchos sentidos, la reconfiguración del quehacer judicial. Ha sido el fundamento para que, ahora, todos los tribunales, sean de legalidad y tengan el potencial de ser “de constitucionalidad”, es decir, que puedan ejercer tanto un control de constitucionalidad, como un control de convencionalidad.

Pero ¿qué es el control de convencionalidad? El control de convencionalidad se refiere a que, al momento de estudiar una disposición interna, los órganos de administración de justicia —incluyendo juezas y jueces— están obligados a estudiar esa disposición a la luz del *corpus iuris* interamericano, además del control de constitucionalidad establecido en sus normas nacionales, siempre que el Estado haya aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

¿Cómo se conforma ese cuerpo normativo interamericano? De las disposiciones de los tratados internacionales que se encuentran dentro de la competencia de la Corte Interamericana, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, así como de las interpretaciones que esa Corte haga de éstas (Ibáñez Rivas, 2017, p. 33).

a. Fallos de la Suprema Corte relevantes

La reforma de 2011, como se mencionó, trajo consigo un cambio de paradigma. De lo que ya no puede quedar duda es que todos los tribunales, al resolver los casos de su competencia, siempre tienen que procurar el respeto por los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Lo que se ha seguido disputando y la Suprema Corte ha ido resolviendo son los límites de esta obligación.

Dentro de las decenas de fallos que ha resuelto la Corte en relación con el control de convencionalidad y convencionalidad,¹⁶ destacan dos que sirven para explicar a más detalle qué implica y qué es lo que se ha disputado.

i) Expediente Varios 912/2010

El primer caso es el Expediente Varios 912/2010. Este caso tiene que ver con la resolución de la Corte Interamericana relacionada con la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco. En este caso, resuelto en 2009, el Estado mexicano fue condenado. ¿Cuáles eran las implicaciones del fallo para el Poder Judicial? A eso está dedicado el Expediente Varios 912/2010 (García Ramírez, 2011, p. 155), que, por cierto, se falló un mes después de la reforma constitucional de derechos humanos mencionada. En particular, en este caso se estudiaron los alcances de la jurisprudencia interamericana en el derecho interno y la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos (De la Paz Varela Dominguez, 2011).

Al respecto, la Suprema Corte determinó, entre otros temas, que las resoluciones de la Corte Interamericana son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano en sus respectivas competencias cuando México forma parte del litigio concreto. En contraposición, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana donde el Estado mexicano no sea parte, serán de carácter orientador para

¹⁶ Al respecto se puede consultar: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-09/CONTROL_DE_CONVENCIONALIDAD.pdf

las y los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable para la persona, de acuerdo con el artículo 1º constitucional (2011, párrs. 19-20).

Adicionalmente, estableció la obligación del poder judicial —es decir, de las y los jueces— de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* y cómo debe ser entendido en México (*Ibidem*, párr. 24). Para ello, puntualizó que todas las autoridades en el país, de acuerdo con la reforma de derechos humanos mencionada, se encuentran obligadas a velar por los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente internacional. adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, es decir, aplicando el principio *pro persona* (*Ibidem*, párr. 27).

En el caso de la función jurisdiccional, las personas juzgadoras, derivado de esta reforma, están obligadas a inaplicar las normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia (*Ibidem*, párr. 29). De reconocer solamente un control concentrado de constitucionalidad que sólo podía ejercer el Poder Judicial Federal, la Corte pasó a reconocer un control difuso. Esto se traduce en que cualquier persona juzgadora puede contrastar la norma que está por aplicar con la ley fundamental y los tratados internacionales en la materia, convirtiéndose en juezas y jueces de legalidad y de constitucionalidad (Ochoa Huerta, 2010, p. 43; Highton, 2011, pp. 108-109).

En consecuencia, el parámetro de análisis del control de convencionalidad, de acuerdo con la Corte, se integra de: 1) todos los derechos contenidos en la Constitución Federal —de acuerdo con los artículos 1 y 133—; 2) los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que México sea parte; 3) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana (donde México fue parte); y 4) criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de esa corte (donde México no fue parte) (expediente varios 912/2010, párr. 31).

Para lograr su objetivo, este tipo de interpretación implica realizar tres pasos: (i) interpretación conforme en sentido amplio; (ii) interpretación conforme en sentido estricto; (iii) inaplicación de la norma cuando las opciones anteriores no sean posibles (*Ibidem*, párr. 33).

El primero, la interpretación conforme en sentido amplio se refiere a que las personas juzgadoras del país deben interpretar el orden jurídico la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El segundo, la interpretación conforme en sentido estricto, implica que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

El tercero, finalmente, se traduce en que se inaplique la ley como último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

ii) Contradicción de Tesis 293/2011

La segunda resolución de suma importancia para el paradigma del control de constitucionalidad y de convencionalidad es la Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta en 2013. En ella, la SCJN estableció que los derechos humanos previstos en —tratados internacionales forman parte del parámetro de regularidad constitucional y amplió la doctrina vinculante de la Corte Interamericana para las y los jueces nacionales.

Sostuvo, en primer lugar, que *todos* los criterios interamericanos eran obligatorios para las y los jueces, incluso en aquellos donde el Estado mexicano no haya sido parte. Sin embargo, afirmó que solo tienen este carácter cuando resulten los más favorables para la persona, como lo ordena el principio *pro persona* contenido en el artículo 1º constitucional. (Contradicción de tesis 293/2011, 2013, p. 59).

Aunado a eso, concluyó que cuando se trate de criterios derivados de sentencias en las que el Estado mexicano no haya sido parte, los operadores jurídicos deberán

analizar si el precedente resulta aplicable al ordenamiento jurídico mexicano. En otras palabras, deben verificar si el marco normativo analizado, el contexto fáctico y las particularidades del caso son análogas e idóneas para la aplicación del precedente interamericano (*Ibidem*, p. 60).

Finalmente, la Corte resolvió que, si bien los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales forman parte del parámetro de control de constitucionalidad, cuando exista una restricción expresa en la Constitución al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional (*Ibidem*, p. 37).

3. La relación con la igualdad de género

¿Por qué es relevante el control de constitucionalidad y convencionalidad para la igualdad de género?

Para empezar, obligan a que toda norma y todo acto estén siempre sujetos a la Constitución y a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que México es parte. Implica que no puede haber más una decisión, una norma, *no puede haber nada*, fuera de este parámetro. Para la igualdad de género, la inclusión de los tratados internacionales es fundamental, considerando todas las protecciones que se han reconocido en ellos.

En segundo lugar, y aquí está también la novedad, cualquier juez, cualquier jueza, tienen ya que hacer este control. Eso incluye a los tribunales laborales. Es cierto: los tribunales laborales no tienen la facultad de expulsar normas del orden jurídico por ser inconstitucionales. Pero eso no significa que no tengan otras opciones: pueden, como se mencionó, hacer una interpretación conforme (en sentido amplio o estricto) o incluso llegar a inaplicar disposiciones que vulneran derechos.

4. La obligación de juzgar con perspectiva de género

Hasta ahora se han revisado dos elementos clave para el tema de la igualdad de género en materia laboral.

El primero tiene que ver con cómo la misma Ley Federal del Trabajo establece que el derecho laboral debe estar encaminado a la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres. El derecho laboral, en otras palabras, está pensado —o esa es la pretensión, al menos— para ayudar a garantizar el ejercicio *efectivo* de derechos por parte de hombres y mujeres. Esto vincula a los tribunales de manera directa: todas sus decisiones interpretativas, todas sus resoluciones deben siempre procurar estos fines.

El segundo tiene que ver con el control de constitucionalidad y convencionalidad. Actualmente, todas las personas juzgadoras del país —incluidas las laborales— tienen la obligación de garantizar que las normas —y cualquier acto, en realidad— respete los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales. Como se vio en la sección anterior, en materia de igualdad de género, incluida la referente a la igualdad en el trabajo, los tratados internacionales han sido clave para robustecer las protecciones de las personas frente a la discriminación.

Finalmente, está la obligación y metodología concreta para juzgar con perspectiva de género. Como la ha definido la Suprema Corte, la perspectiva de género debe entenderse como un método que, en términos generales, permite analizar la manera en la que las construcciones sociales y culturales en torno a “lo masculino” y “lo femenino” producen impactos diferenciados en la vida de las personas (amparo directo en revisión 4811/2015, 2016, p. 32). Este método funciona en diferentes áreas del conocimiento, entre ellos, el jurídico. Dentro de esta área, la perspectiva de género ha permitido avanzar hacia la igualdad sustantiva, puesto que posibilita que:

las instituciones jurídicas —desde las más tradicionales hasta las más novedosas— atiendan las implicaciones del género, así como para que las normas sean interpretadas y aplicadas sin pasar por alto los distintos contextos a los que se enfrentan las personas, debido a esta categoría en sus múltiples efectos (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, pp. 81-82).

En el ámbito jurisdiccional, particularmente, la utilización de la perspectiva de género se ha vuelto una obligación para todas las juezas y jueces al momento de

impartir justicia, con el objetivo de subsanar los potenciales efectos discriminatorios que el ordenamiento jurídico y las prácticas institucionales pueden tener en detrimento de las personas por su condición de género, como las mujeres, niñas y minorías sexuales (*Ibidem*, p. 119).

En este sentido, la Suprema Corte ha reiterado que esta perspectiva debe concebirse como una obligación intrínseca de la labor jurisdiccional, por lo que es obligatoria y aplicable para todos los casos aun si las partes no la solicitan, y comprende, además, obligaciones específicas donde el género puede tener efectos diferenciados (Amparo Directo en Revisión 4811/2015, 2016, p. 30). Como metodología, esta obligación exige a las personas juzgadoras cumplir con ciertos elementos para poder juzgar con perspectiva de género, que se analizan más adelante.

¿Por qué es necesario que los tribunales impartan justicia con perspectiva de género? Por un lado, y relacionándolo con lo visto en la sección anterior, los tribunales estarán llamados a resolver casos en los que la *litis* tiene que ver precisamente con la discriminación por género. Ya sea que se impugnen normas por considerar que estas discriminan o, en el caso de lo laboral, que se demande a una persona empleadora por discriminar a una trabajadora, por ejemplo. En estos casos, los jueces y juezas tendrán que conocer y saber usar todas las herramientas y conceptos hasta ahora vistos para resolver con base en la Constitución y en los tratados internacionales.

Por otro lado, la perspectiva de género es necesaria para garantizar que, en el juicio, no se discrimine por género. Esto es crucial: es una herramienta que va a garantizar que los tribunales, en sí mismos, no acaben discriminando, ya sea al tomar decisiones basadas en estereotipos, obviando diferencias de género relevantes o ignorando, de plano, los efectos que las normas tienen en las partes.

Vayamos por partes a ver cómo se ha desarrollado esta obligación en los fallos de la Suprema Corte, en el ámbito internacional y, específicamente, en las resoluciones de la Corte Interamericana.

a. La jurisprudencia de la Suprema Corte y la obligación de juzgar con perspectiva de género en

No es posible encontrar ni en el texto constitucional, ni en algún tratado internacional la obligación explícita de “juzgar con perspectiva de género”. Ello no significa, sin embargo, que esta obligación no existe.

La Suprema Corte es quien se ha encargado de desarrollar esta obligación en sus fallos, señalándola como una forma de garantizar a las personas el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la obligación de aplicar la perspectiva de género se deriva directamente del derecho de acceso a la justicia en relación con los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, reconocidos en los artículos 1, 4 y 17 de la Constitución. En palabras de la Suprema Corte:

el Estado tiene la carga de probar que al impartir justicia la aplicación de una regla de derecho no conlleva a un impacto diferenciado en el tratamiento de las personas involucradas en la litis por razón de género, por lo que es imprescindible que en toda controversia que se advierta posibles desventajas ocasionadas por estereotipos culturales o bien que expresamente den cuenta de denuncias por violencia por género en cualquiera de sus modalidades, las autoridades del Estado implementen un protocolo para ejercer sus facultades atendiendo a una perspectiva de género (Ibidem, párr. 33) (Énfasis añadido).

Finalmente, esta argumentación se consolidó cuando el Tribunal Supremo concluyó que “se impone el deber a los jueces mexicanos, inclusive de manera oficiosa, de impartir justicia con base en una perspectiva de género, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria” (Expediente Varios 1396/2011, 2015, p. 91)

La Corte es enfática: esa obligación “debe operar como regla general, y debe enfatizarse en aquellos casos donde se esté ante grupos de especial vulnerabilidad, [...] procurando en todo momento que los paradigmas imperantes de discriminación

por razón de género no tengan una injerencia negativa en la impartición de justicia” (*Ibidem*, párrs. 93-94) (Énfasis en el original). En esta línea, se ha establecido que esa perspectiva debe aplicarse *en toda controversia judicial, aún cuando las partes no lo soliciten*; basta con que las personas juzgadoras adviertan que el género puede ocasionar impactos diferenciados.

A pesar de ese carácter obligatorio en todos los casos, el Tribunal Supremo ha identificado tres tipos de casos en los que se impone esta obligación de forma reforzada a las personas juzgadoras: (i) donde se identifica o alega una situación de poder o asimetría basada en el género, (ii) en los que se detecta o denuncia un contexto de violencia, discriminación o vulnerabilidad derivada de esa categoría, y (iii) donde, a pesar de no acreditarse una situación de poder o un contexto de violencia, se advierte la posibilidad de que exista un trato o impacto diferenciados basados en el género (SCJN, 2020, p. 128).

Al respecto, la Corte ha puntualizado que antes de analizar el fondo de una controversia donde se denuncie una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, debe verificarse que existen situaciones de poder o contextos de desigualdad estructural basados el género, el sexo o la orientación sexual de las personas, para determinar la aplicabilidad de esta perspectiva (Amparo Directo en Revisión 4398/2013, 2014, p. 20).

Para ello, se debe evaluar la posición que cada una de las partes ocupa a partir de los hechos que forman parte de la controversia y del material probatorio presentado durante el proceso jurisdiccional (*Ibidem*, p. 21). Si no hay pruebas suficientes, las personas juzgadoras tienen la obligación de recabar de oficio el material probatorio que estime necesario cuando se involucren los derechos de una persona que pertenezca a algún grupo vulnerable, con el fin de analizar las situaciones de violencia por género o las circunstancias de desigualdad provocadas por los estereotipos de género (*Ibidem*, pp. 26-27).

Una vez que se comprobó que no existe un contexto de desigualdad o una relación asimétrica de poder, se debe analizar si el género ocasiona afectaciones a la esfera jurídica de las personas. Por ejemplo, cuando las normas jurídicas, las prácticas

institucionales y sociales que derivan en un trato diferenciado a las personas debido a su género (SCJN, 2020, p. 130).

¿Qué implica utilizar la perspectiva de género? De acuerdo con el Tribunal Supremo, implica utilizarla para (i) interpretar las normas y aplicar el derecho; y (ii) apreciar los hechos y las pruebas que forman parte de la controversia. Con respecto al primero, comprende leer e interpretar la norma “tomando en cuenta los principios ideológicos que la sustentan, así como la forma en que afectan, de manera diferenciada, a quienes acuden a demandar justicia.” (Tesis: 1a. XXIII/2014, 2014).¹⁷

El segundo, por otro lado, involucra dilucidar la forma en que las condiciones y circunstancias por cuestiones de género afectan la apreciación de los hechos y las pruebas de la controversia (SCJN, 2020, p. 125).

En materia laboral, por ejemplo, la Corte ha reconocido obligaciones específicas a las autoridades jurisdiccionales al momento de valorar una prueba cuando se trate de la credibilidad de la renuncia de una mujer que alega haber sido despedida por estar embarazada. En este caso, se debe:

examinar escrupulosamente si existen indicios o pruebas circunstanciales que pudieran llevar a la conclusión de que resulta inverosímil que la trabajadora haya renunciado a su empleo, [...] y tomar en cuenta las características particulares del caso, así como las condiciones personales de la trabajadora, tales como su preparación, estado de salud, solvencia económica y cualquier otro elemento de juicio que permita determinar si es verosímil o no que la trabajadora haya renunciado a su empleo estando embarazada (Contradicción de tesis 318/2018, 2019b, párrs. 32-33).

Aplicando la perspectiva de género y reconociendo la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer embarazada que requiere de una protección

¹⁷ Tesis: 1a. XXIII/2014 (10a.), PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. SU SIGNIFICADO Y ALCANCES, PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, Tomo I, febrero de 2014, p. 677. Registro digital 2005458.

estatal reforzada, la Suprema Corte concluyó que la persona empleadora es quien debe demostrar que la mujer embarazada “renunció de manera libre y espontánea; sin que en ningún caso el sólo escrito que la contenga sea suficiente para demostrar su excepción, aún en caso de no haberse objetado o habiéndose perfeccionado, sino que se requieren elementos de convicción adicionales” (*Ibidem*, p. 35).

Con respecto a las mujeres víctimas de violencia, por ejemplo, la Corte ha establecido que, para asegurar su derecho de acceso a la justicia, se deben “establecer reglas para la valoración de los testimonios de las víctimas [de este tipo de violencia] con una perspectiva de género, con el objeto de evitar afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas y que su inadecuada valoración pueda llevar a las personas juzgadoras a restar credibilidad a la versión de las víctimas” (SCJN, 2017, párr. 54). Esto incluye a las víctimas de hostigamiento y acoso sexual en el trabajo.

En este sentido, la Corte ha enfatizado reiteradamente que la perspectiva de género no sólo se debe utilizar en casos que involucren a mujeres. Aunque las mujeres son quienes más resienten los efectos nocivos de las nociones tradicionales sobre los géneros, esta perspectiva busca detectar, de manera amplia, la manera en la que el derecho afecta situaciones cuando no se considera el género como una categoría de análisis. En consecuencia, independientemente del género de las personas, lo que importa es verificar una posible situación de desigualdad basado en el sexo, las funciones del género o la orientación sexual (SCJN, 2020, p. 127).

A pesar de que no hay un método definitivo para analizar un caso con perspectiva de género, el Tribunal Supremo ha identificado seis elementos básicos para su aplicación:

- (i) identificar posibles situaciones de poder que, por cuestiones de género, expliquen un desequilibrio de las partes en la controversia;
- (ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas sin ningún tipo de prejuicio de género;

- (iii) si no son suficientes, ordenar las pruebas necesarias para visualizar el contexto de violencia o discriminación por género;
- (iv) si se detecta tal situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta;
- (v) emplear los estándares de derechos humanos aplicables, y
- (vi) evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, procurando un lenguaje incluyente (1a./J. 22/2016, 2016).¹⁸

b. El derecho internacional y la obligación de juzgar con perspectiva de género

A pesar de que esa obligación no se encuentra de forma explícita en ningún tratado internacional, distintos organismos han señalado que surge de la interpretación de los derechos humanos reconocidos en convenios internacionales de los que México forma parte.

Si bien en la CEDAW no existe una mención explícita de la obligación de juzgar con perspectiva de género, el Comité CEDAW ha interpretado que esta obligación surge del artículo 2, inciso c, el cual dispone que los Estados se comprometen a “establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.”

Aunado a esto, ese Comité ha señalado que el acceso a la justicia es fundamental para el ejercicio de otros derechos humanos. No obstante, existen una serie de obstáculos que aún impiden a las mujeres acceder a la justicia en condiciones de igualdad, como leyes discriminatorias, estereotipos, normas culturales patriarcales

¹⁸ Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, p. 836.

y situaciones de discriminación interseccional. Para acabar con esos obstáculos, el Comité recomendó, “adoptar medidas, incluyendo la sensibilización y la capacitación de todos los actores del sistema de justicia y de los estudiantes de derecho para eliminar los estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género en todos los aspectos del sistema judicial” (Comité CEDAW, 2015, párr. 29).

En el ámbito interamericano de protección de derechos humanos, por su parte, la Convención Belém do Pará fue creada, como ya se mencionó, con el fin de, entre otros, eliminar cualquier estereotipo basado en la idea de inferioridad de las mujeres. Con respecto a la obligación de juzgar con perspectiva de género, la Corte IDH ha interpretado que el fundamento de esta obligación se encuentra en el artículo 7, inciso e de la Convención Belém do Pará, el cual establece que los Estados parte están obligados a adoptar políticas que prevengan, sancionen y erradiquen la violencia contra las mujeres. En específico enlista la obligación de

- tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra las mujeres.
- establecer procedimientos legales justos y eficaces para las mujeres que han sufrido violencia, incluyendo medidas de protección, juicios oportunos y acceso efectivo a esos procedimientos; y
- prever mecanismos judiciales y administrativos necesarios para que las mujeres víctimas de violencia puedan tener acceso a reparaciones.

Para realizar este mandato, se requiere que las personas que se encargan de impartir justicia, tales como jueces y juezas de todos los niveles y competencias, juzguen con perspectiva de género, a fin de reconocer prácticas con impactos desproporcionados en la vida de las personas y eliminar, con ello, los estereotipos de género.

En el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, la Corte IDH sostuvo que del derecho de las mujeres del derecho a las mujeres a vivir una vida libre de violencia y otros derechos específicos consagrados en la Convención de

Belém do Pará surgen obligaciones estatales de respeto y garantía. En particular, las obligaciones del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, sostuvo:

deben alcanzar todas las esferas de actuación del Estado, transversal y verticalmente, es decir, todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), tanto a nivel federal como estadual o local, así como en las esferas privadas. Ello requiere la formulación de normas jurídicas y el diseño de políticas públicas, instituciones y mecanismos destinados a combatir toda forma de violencia contra la mujer, pero también requiere, la adopción y aplicación de medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia por razón de género contra la mujer (Corte IDH, 2018, párr. 215).

c. La jurisprudencia interamericana y la obligación de juzgar con perspectiva de género

La Corte IDH ha utilizado de manera amplia la metodología para juzgar con perspectiva de género en sus fallos. En particular, la Corte ha utilizado este método al momento de: (i) estudiar el contexto; (ii) apreciar los hechos; (iii) valorar las pruebas; (iv) identificar discriminación interseccional; (v) verificar las previsiones adoptadas durante la investigación de delitos que comprenden hechos violentos contra niñas y mujeres; (vi) identificar estereotipos, prejuicios, prácticas y roles de género; y (vii) identificar medidas de reparación (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p. 103).

Aunque no se rescatan todos los estándares que han utilizado esta perspectiva por su extensión, se rescatan los más significativos para el desarrollo de esta obligación en el ámbito interamericano, a fin de visibilizar su relevancia e impacto en el desarrollo jurisprudencial interno. Este análisis resulta importante porque, como se sostuvo anteriormente, la jurisprudencia interamericana vincula a las autoridades jurisdiccionales nacionales cuando México ha sido parte de la controversia, así como cuando, en el caso concreto, sea más favorable para la persona que las disposiciones internas, de acuerdo con las propias determinaciones de la Suprema Corte. Estos estándares, consecuentemente, aplican también en materia laboral.

Es importante reconocer, sin embargo, que los derechos laborales no han sido siempre un tema recurrente en los fallos de la Corte IDH. La razón detrás de esto no ha sido la falta de vulneraciones a los derechos laborales, sino la magnitud y gravedad de otras vulneraciones. (López Patrón, 2008) Se afirma lo anterior porque, como se verá, la mayoría de los casos en los que la Corte IDH ha desarrollado la metodología para juzgar con perspectiva de género *no* han sido casos laborales. Como cualquier metodología, sin embargo, esta puede utilizarse para esos casos.

1) *Análisis del contexto del caso*. Para resolver un caso, la Corte IDH ha señalado que resulta fundamental conocer la situación general en el momento en que sucedieron los hechos del caso, a fin de comprender su impacto en las violaciones a la Convención en concreto. Particularmente, resulta imperativo analizar el contexto social, cultural y político para dar cuenta del impacto que el género tuvo en la violación de derechos humanos.

Uno de los casos más relevantes en este aspecto fue el caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Al analizar el contexto que se vivía en México, la Corte IDH concluyó que la “cultura de discriminación” que permeaba en Ciudad Juárez tenía cierta relación con la violencia contra las mujeres (Corte IDH, 2009, párrs. 398-399).

De este modo, identificó que existía evidencia de que los patrones socioculturales que permeaban en la sociedad mexicana habían generado la inacción estatal, mientras que reprodujo violencia contra las víctimas y sus familiares (*Ibidem*, párr. 400). Esto, sostuvo la Corte, propició un ambiente de impunidad que permitió la posible repetición de actos violentos contra mujeres, y la desconfianza en el sistema judicial familiares (*Ibidem*, párr. 388).

2) *Apreciación de los hechos*. Incluir la categoría de género en esta etapa del análisis es importante en la medida en que permite identificar situaciones o dinámicas que involucren el género de las personas y que, de otra forma, pasarían inadvertidas.

Al respecto, la Corte IDH ha utilizado esta perspectiva para identificar principalmente: cuestiones particulares que colocan a las mujeres en una situación de

vulnerabilidad; las razones y fines con los que se comete violencia contra las mujeres; concepciones perjudiciales o prejuicios sobre la forma de actuar de las mujeres en determinadas situaciones; la existencia de situaciones asimétricas de poder; y la forma en que el actuar del Estado afecta los derechos de manera diferenciada.

Por ejemplo, en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, la Corte señaló que, al analizar los hechos, la Corte debe tomar en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de forma diferenciada a los hombres. En particular, se reconoce que durante los conflictos armados peruanos, las mujeres se enfrentaron a situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como los actos de violencia sexual, los cuales, son utilizados como un medio simbólico para humillar (Corte IDH, 2006, párr. 223).

3) *Valoración de las pruebas.* La Corte IDH ha reiterado que es fundamental utilizar la perspectiva de género en la valoración probatoria. Por un lado, ha señalado que las personas juzgadas tienen la obligación de evitar cualquier visión estereotipada o prejuiciosa al momento de estudiar las pruebas (Corte IDH, 2014, párr. 278). De no hacerlo, estarían ante la vulneración de algún derecho y permitiría, además, perpetuar desigualdades por razón de género.

Por otra parte, la Corte IDH ha sostenido que es imperativo que las personas juzgadas identifiquen la manera en la que el género incide al momento de otorgar valor a las pruebas presentadas. Por ejemplo, en los casos de Fernández Ortega y Rosendo Cantú, ambos en contra de México, la Corte concluyó que cuando se trata de un delito sexual, se debe tomar en cuenta la importancia del testimonio de las personas víctimas, considerando que, por sus características, es complicado contar con otro tipo de medios de prueba (Corte IDH, 2010a, párr. 100, 2010b, párr. 89).

4) *Verificación de las previsiones adoptadas durante la investigación de delitos que comprenden hechos violentos contra niñas y mujeres.* Además de llevarse a cabo durante la función jurisdiccional, la Corte IDH ha enfatizado que la perspectiva de género también se debe utilizar durante la etapa de investigación, con el objetivo de

atender a víctimas de discriminación y violencia por razón de género (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p. 110).

Como parte de las medidas de no repetición, la Corte ordenó a México en el Caso Campo Algodonero la obligación de estandarizar los protocolos, manuales y criterios ministeriales de investigación, de servicios periciales y de impartición de justicia que se emplean para investigar delitos vinculados con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres (Corte IDH, 2009, párrs. 541-542).

5) *Reconocimiento de discriminación interseccional*. La perspectiva de género ha permitido identificar no sólo las implicaciones de la categoría del género en los casos en particular, sino también la manera en que otras categorías intervienen para producir una situación de vulnerabilidad particular.

Por ello, la Corte IDH ha resaltado que la concurrencia de múltiples factores de vulnerabilidad puede derivar en una forma específica de discriminación que resulta de la intersección de esos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido un carácter distinto (Corte IDH, 2015, párr. 290). En este sentido, la Corte IDH ha reiterado que categorías como el origen étnico (Corte IDH, 2010a, 2010b), la orientación sexual (Corte IDH, 2012), o la identidad o expresión de género (Corte IDH, 2020, 2021) pueden afectar las circunstancias del caso. Por ende, deben ser tomadas en cuenta por las personas juzgadas.

6) *Identificación de estereotipos, prejuicios, prácticas y roles de género*. Las sentencias de la Corte IDH han permitido identificar estereotipos de género especialmente en tres momentos: (i) en los actos u omisiones en los que ha incurrido el Estado; (ii) en el desarrollo de las investigaciones; y (iii) en la toma de decisiones (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p. 113).

Con respecto a la primera, la Corte IDH ha identificado que hay algunas acciones u omisiones del Estado que evidencian la existencia de visiones estereotipadas sobre las mujeres. Por ejemplo, en el Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, concluyó que la manera en la que los policías se refirieron a

las víctimas, haciendo uso de lenguaje sexista y obsceno, era una prueba de los “estereotipos profundamente machistas que buscaban reducir a las mujeres a una función sexual o doméstica, donde salir de estos roles [...] era motivo suficiente para castigarlas” (Corte IDH, 2018, p. 216).

La segunda se refiere al desarrollo de las investigaciones, las cuales suelen derivar en la inacción o la falta de debida diligencia estatal, que impacta directamente en el manejo y recolección de medios de prueba, en el desarrollo de las líneas de investigación o en el retraso injustificado de las diligencias necesarias para el caso.

Por ejemplo, en el caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México, resolvió que concepciones basadas en estereotipos de género como que las víctimas se habían “ido con el novio”, habían entorpecido y retardado las investigaciones, originando tanto la inacción estatal, como la reproducción de la violencia contra las víctimas y sus familiares (Corte IDH, 2009, pp. 400-401).

La tercera, finalmente, se ha encontrado en las determinaciones judiciales. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que no hay ninguna justificación convencionalmente válida para que un estereotipo o prejuicio sea el fundamento de una decisión que afecta la esfera jurídica de las personas (SCJN, 2020, p. 116).

Por ejemplo, en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, donde las autoridades jurisdiccionales nacionales le otorgaron la custodia de dos menores de edad a su padre por la orientación sexual de su madre, la Corte sostuvo que esa determinación se basó únicamente en concepciones tradicionales sobre el rol social de las mujeres como madres y según el cual “se espera socialmente que [éstas] lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas” (Corte IDH, 2012, párr. 189).

En este orden de ideas, en la determinación del interés superior de la niñez en casos de cuidado y custodia, no pueden considerarse especulaciones, presunciones o estereotipos sobre características de la madre o padre o sobre preferencias culturales relacionadas con conceptos tradicionales de familia. En cambio, se deben establecer, mediante pruebas, la conexidad y causalidad entre la conducta del padre o la madre y el impacto en el desarrollo de la niña o niño (Corte IDH, 2012, pp. 125-126).

7) *Establecimiento de medidas de reparación*. Otro aspecto fundamental e las sentencias de la Corte IDH son las medidas de reparación cuando un derecho humano ha sido violado, de acuerdo con el artículo 63.1 de la CADH. Para su establecimiento, este Tribunal ha señalado que es sumamente importante utilizar la perspectiva de género, con el fin de identificar las características y condiciones de esa violación (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p. 117).

Por ejemplo, en el caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México, determinó que, reconociendo la discriminación estructural que se identificó en el caso, “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo”, pues “no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación” (Corte IDH, 2009, párr. 450).

V. En conjunto y, en conclusión

Como puede verse, la obligación de incorporar la perspectiva de género en el quehacer jurisdiccional se desdobra en distintos elementos. De forma resumida, tiene que aplicarse tanto para analizar las normas, como los hechos y a lo largo del proceso: desde que se admite un caso y hasta que se resuelve. Afecta la valoración de las pruebas y la determinación de la reparación del daño, incluso.

¿Cuál es su propósito? Se reitera: en el caso de los tribunales, la obligación de juzgar con perspectiva de género permite garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Permite no solo resolver el fondo de los asuntos con base en los derechos humanos —incluido el derecho a la igualdad y a la no discriminación—, sino hacerlo sin vulnerar a las personas aún más a lo largo del juicio.

¿De qué formas, en concreto, se aterriza a la materia laboral? A ello está dedicado al resto de este libro. Lo importante es que quede claro por qué se tiene que hacer y para qué. Se espera que después de todas estas páginas, ello sea así.

Bibliografía

- ARCEO-GOMEZ, Eva y CAMPOS-VAZQUEZ, Raymundo (2019) “Double Discrimination: Is Discrimination in Job Ads Accompanied by Discrimination in Callbacks?”. *J Econ Race Policy*, 2019, vol. 2. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs41996-019-00031-3>
- _____, (2013) “Race and Marriage in the Labor Market: A Discrimination Correspondence Study in a Developing Country”, *MPRA Paper* núm. 48000, Junio. Disponible en: http://mpra.ub.uni-muenchen.de/48000/1/MPRA_paper_48000.pdf
- COSSÍO DÍAZ, J. R. (2013) *Sistemas y modelos de control constitucional en México*. 2a. edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- COOK, J. Rebecca y CUSACK, Simone, (2009) *Estereotipos de Género. Perspectivas legales transnacionales*, Trad. Andrea Parra, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press. Disponible en: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf
- Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México, (2021) *Impactos diferenciados. Efectos de la pandemia de COVID-19 en la situación laboral de las mujeres en México*.
- BORIS, Eileen, Hoehtker, Dorothea y Zimmerman, Susan, *Women's ILO*. Leiden, Brill, 2018. Disponible en <https://brill.com/view/title/36159>
- FAUSTO-STERLING, Anne, (1992) *Myths of Gender: Biological Theories about Women and Men*, Nueva York, Basic Books.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2011) “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista Ius*, 5(28), pp. 123-159. doi: 10.35487/rius.v5i28.2011.68.
- GONZÁLEZ GARZA, Eva Maricela, (2018) ¿Son las mujeres obesas menos empleables? discriminación por obesidad en México: un experimento de

campo, Tesis de Maestría, El Colegio de México. Disponible en: <https://repositorio.colmex.mx/concern/theses/b8515n54n?locale=es>

HIGHTON, E. (2011) “Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, E., Bogdandy, A. von, y Morales Antoniazzi, M. (eds.) *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?* Ciudad de México: -MaxPlank-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, pp. 107-173.

IBÁÑEZ RIVAS, J. M. (2017) *Control de Convencionalidad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos.

DE LA PAZ VARELA DOMINGUEZ, G. (2011) *Caso Radilla Pacheco y reforma constitucional en materia de derechos humanos en México. Consecuencias de su nuevo contexto*, Publicaciones de los becarios de la Corte. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Instituto Nacional de las Mujeres & Instituto Nacional de Estadística y Geografía, (2020) *Mujeres y hombres en México 2019*.

LAMAS, Marta, “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género”, *Papeles de Población*, 1999, vol. 5, núm. 21, julio-septiembre. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/112/11202105.pdf>

MEJÍA GUERRERO, Luz Patricia, “La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano”, 2012, *Revista IIDH*, vol. 56, pp. 189-213. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30352.pdf>

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (En línea). Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)

OCHOA HUERTA, C. (2010) “Análisis de control”, en Mecanismos constitucionales para el control del poder político. 3a. edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/228/case.html>

VELA BARBA, Estefanía, (2012) “El derecho a la igualdad y la no discriminación en México”, *Colección Equidad de género y democracia*, vol. 2, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal. <http://estefania-velabarba.com/wp-content/uploads/2015/09/237231391-El-derecho-a-la-igualdad-y-a-la-no-discriminacion.pdf>

_____, *La Suprema Corte y el matrimonio: una relación de amor*, (2011) Tesis de Licenciatura en Derecho, México, ITAM. Disponible en: <http://estefianiavelabarba.com/wp-content/uploads/2015/09/Tesis-La-Suprema-Corte-y-el-matrimonio.pdf>

_____, *La discriminación en el empleo en México*, (2017) México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República. <http://estefianiavelabarba.com/wp-content/uploads/2015/12/Vela-Barba-Discriminacio%CC%81n-en-el-empleo-2018-portada.pdf>

VERVEER, Melanne y DE SILVA DE ALWIS, Rangita, (2021) “Why Ratifying the Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) is Good for America’s Domestic Policy”, *Georgetown Institute for Women, Peace and Security Blog*, 18 de febrero de 2021. Disponible en: <https://giwps.georgetown.edu/why-ratifying-the-convention-on-the-elimination-of-discrimination-against-women-cedaw-is-good-for-americas-domestic-policy/>

Legislación nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Federal del Trabajo
- Ley del Seguro Social

Legislación internacional

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de mayo de 1981.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de mayo de 1981.

Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1967.
Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2017.pdf>

Tesis

“PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. SU SIGNIFICADO Y ALCANCES”. Tesis: 1a. XXIII/2014 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, Tomo I, febrero de 2014, p. 677. Registro digital 2005458.

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”. Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, p. 836.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Expediente varios 1396/2011 SCJN, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de mayo de 2015. (2015)

Expediente Varios 912/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de julio de 2011. (2011)

Contradicción de Tesis 293/2011, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2013).

Primera Sala

Amparo directo en revisión 4398/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de abril de 2014. (2014)

Amparo directo en revisión 4811/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de mayo de 2016. (2016)

Amparo directo en revisión 3186/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 01 de marzo de 2017. (2017)

Segunda Sala

Contradicción de tesis 318/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 08 de mayo de 2019. (2019)

Amparo en Revisión 14/2012, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 08 de febrero de 2012.

Amparo en Revisión 485/2013, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, 29 de enero de 2014.

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH (2006) *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2006. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

- _____, (2009) *Caso González y Otras ('Campo Algodonero') vs. México*. CIDH, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- _____, (2010a) *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf
- _____, (2010b) *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf
- _____, (2012) *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- _____, (2014) *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf
- _____, (2015) *Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 01 de septiembre de 2015. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf
- _____, (2018) *Caso Mujeres víctimas de tortura sexual de Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf

_____, (2020) *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf

_____, (2021) *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Comité CEDAW, “Recomendación General núm. 19. La violencia contra la mujer”, 1992. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_S.pdf

_____, Recomendación General No. 28 relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28/Corr.1, 8 mayo 2012. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN28

_____, “Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19”, Recomendación General 35, 26 de julio de 2017. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?281enc=6Qk-G1d%2fPPRiCAqhKb7yhsldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWAeqJn4T6-8N1uqnZjLbtFuaxmiWrx1jUjN2YPr87ua2opczpm8HRQTpbV8yB4x-PAMNMdlvkCJoAEe33GIZ%2fzBVX>

_____, “Recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015. Disponible en:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d-%2fPPRiCAqhKb7yhsldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDy18wzCAUXNqyQ6jsIdNYETAeDvV6dejOczay7a%2b26T1wjJFHfgXT%2flzCbvd%2bngmCTC>

El proceso laboral desde la perspectiva de género

Linda Maclú*

Gema P. Cortes Matus**

Rodrigo Olvera Briseño***

* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente es Directora de la Dirección de Estudios e Investigación de Derechos Humanos de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Maestra en Derecho Constitucional y Juicio de Amparo. Actualmente es profesional operativa en la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*** Maestro en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Magna cum laude*, por la Universidad de Notre Dame. Abogado litigante, Educador Popular y Defensor de Derechos Humanos.

El proceso laboral desde la perspectiva de género. I. Introducción; II. Marco normativo; III. Perspectiva de género en materia laboral; IV. Los principios de derecho procesal laboral; V. La suplencia de la queja, VI. La exención de la prueba; VII. La excepción a la instancia conciliadora; VIII. Providencias cautelares; IX. Procedimiento ordinario; X. Procedimiento especial; XI. Conflictos individuales de seguridad social; XII. Procedimiento de los conflictos colectivos de naturaleza económica.

I. Introducción

La reforma constitucional en materia laboral de 2017, trajo grandes retos al sistema jurídico mexicano. El 1 de mayo de 2019 se publicó la reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT), misma que fue modificada casi en su totalidad. Incluso aquellas porciones normativas que no se modificaron, adquirieron un nuevo significado a partir de la renovación total de esta ley.

Uno de los objetivos que se pretendía lograr, refiere a que las características introducidas en la reforma constitucional fueran las líneas conductoras de los procedimientos que resuelvan los conflictos (individuales y colectivos). El diseño de este nuevo modelo de justicia comprende una regulación integral para resolver los casos con mayor incidencia y complejidad (Molina Martínez, 2021, p. 33).

De manera general, las principales reformas consistieron en la reubicación de los órganos impartidores de justicia, a partir de la creación de tribunales laborales del Poder Judicial Federal y Local, lo cual implicó la desaparición de las Juntas de Conciliación y Arbitraje (JCyA). Asimismo, se reconocen diversos procedimientos como el ordinario, los especiales, los individuales de seguridad social, entre otros (*Ibidem*, p. 34).

La reforma a la LFT otorga una gran importancia a la protección de las mujeres trabajadoras, a la igualdad de oportunidades y a laborar en un ambiente libre de violencia (Alcalde *et al.*, 2019) La LFT incluye 11 artículos en materia de género (*Idem*), destacando, entre otras cuestiones, la paridad de género en las directivas sindicales, así como la obligación de la parte empleadora para evitar la discriminación, el hostigamiento y el acoso sexual (*Idem*).

Además de atender la violencia dentro de los espacios laborales, es importante no perder de vista la protección a las y los trabajadores en los procesos jurisdiccionales que pudieran derivar de su labor. De esta forma, el presente artículo pretende evidenciar el actual proceso laboral y la necesidad de juzgar con perspectiva de género para asegurar un adecuado acceso a la justicia para todas las personas

Es así que, el presente capítulo abordará, en primer lugar, el marco normativo tanto nacional como internacional que ayuda a interpretar el proceso en materia laboral. Asimismo, se abordará la perspectiva de género de manera general, para posteriormente analizar casos concretos sobre cómo se debe juzgar con dicha herramienta durante cada proceso.

Por otro lado, se analizarán los principios que rigen el proceso laboral y cómo deben ser implementados en la nueva ley en materia laboral, desde un enfoque diferenciado para casos que involucran el género de las personas.

Finalmente, se ilustrará, paso por paso, qué clase de cuestiones se tendrían que considerar para garantizar que en cada etapa del proceso se esté juzgando con perspectiva de género o, en otras palabras, que se proteja el derecho a la no discriminación de las partes, en razón del género de las personas.

II. Marco normativo

1. Internacional

El principal organismo internacional en materia laboral es, sin duda, la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esta Organización fue fundada en 1919

luego del término de la Primera Guerra Mundial, se creó como un reflejo de la necesidad de alcanzar una paz duradera y universal, a través de la justicia social.¹ Una vez conformada, la OIT se convirtió en la primera agencia de las Naciones Unidas en 1946 (Escuela de Formación Judicial, 2021, p. 1).

Una de sus características principales es que funciona de manera `tripartita` pues convoca a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros, con el objetivo de establecer las normas de trabajo, así como analizar lo relativo a la formulación de políticas y programas que promuevan el trabajo digno para todas las personas (*Idem*).

La OIT es un órgano de suma importancia para los derechos humanos laborales. Su trabajo, así como sus convenios emitidos dotan de contenido y regulan una diversidad de áreas relacionadas con los derechos laborales. Por ejemplo, su normativa internacional aborda, entre muchas otras, cuestiones relativas a accidentes de trabajo, indemnizaciones, derechos sindicales, seguridad social, prohíbe diversas formas de trabajo infantil, trabajo forzoso, trabajadores rurales, entre otras (*Idem*).

El papel que ha jugado nuestro país frente a la OIT ha sido muy activo. Actualmente, México ha ratificado 81 convenios,² de los 188 que han sido adoptados por la Organización. Además, desde su ingreso cuenta con una delegación permanente en el Consejo de Administración que prácticamente representan a dos gremios: personas trabajadoras y empleadoras (Escuela de Formación Judicial, 2021, p. 11).

Además de las distintas herramientas emanadas de la OIT, existen diversos instrumentos internacionales que deben tomarse en cuenta. Algunos de los que ofrecen protección a los derechos laborales y que implementan mecanismos adecuados de acceso a la justicia son: la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (artículo 36), la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII), la Convención Americana sobre Derechos Huma-

¹ Al respecto puede revisarse: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>

² Al respecto puede revisarse: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102764

nos (CADH) (artículos 8, 25 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 14), entre otros.

En nuestra región, particularmente en México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), creada por la CADH,³ ha tenido una gran presencia para la creación de un diálogo jurisprudencial con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y el resto del Poder Judicial de la Federación. El 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la SCJN resolvió la contradicción de tesis 293/2011, la cual supuso una oportunidad histórica para explorar el potencial de la reforma en materia de Derechos Humanos de junio de 2011. La SCJN analizó 2 puntos de contradicción: (i) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución y (ii) el valor de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH.

Con relación al primer punto de contradicción, el Pleno determinó que, según la redacción vigente del artículo 1º constitucional, el ordenamiento jurídico reconoce los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México es parte, por ello el conjunto normativo que debe observarse ante la alegación de una violación a un derecho humano, se compone por “normas de derechos humanos”, con independencia de su fuente.

Sobre el segundo punto de contradicción, relativo al valor de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, el Pleno resolvió que la jurisprudencia interamericana es vinculante para el Poder Judicial de la Federación, incluso la que resulte de los casos en los que el Estado mexicano no es parte. En cumplimiento de ello, las personas juzgadas deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

³ Aprobada en noviembre de 1969 y en vigencia desde 1978.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido de gran relevancia para la resolución de casos por parte de la SCJN. Sin embargo, los derechos laborales no fueron siempre un tema recurrente en los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH, cuyo motivo no es la ausencia de violaciones a estos derechos, sino la gravedad de otras violaciones a los derechos humanos, como el derecho a la vida y a la integridad de las personas, particularmente, de los líderes sindicales asesinados o desaparecidos, o a la vulneración de garantías judiciales y protección judicial de trabajadores despedidos, dejando un poco de lado la evidente vulneración al desarrollo progresivo de derechos económicos y sociales de esos trabajadores (López Patrón, 2008)

Lo anterior dio un giro radical en el año 2018, cuando la Corte IDH resolvió el caso *Lagos del Campo vs Perú*, que resultó paradigmático por diversas razones. Por una parte, fue el primer caso en donde la Corte IDH hizo justiciable un derecho social a través del artículo 26 de la CADH; por otro lado, en aquella ocasión, el Tribunal analizó la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la estabilidad laboral, así como a garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los derechos laborales (Corte IDH, 2017, párr. 156).

A partir de este caso, hemos podido observar la resolución de diversos casos relacionados con derechos laborales, así como la emisión de la opinión consultiva no. 27, relacionada con derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (Corte IDH, 2021).

2. Nacional

En el ámbito nacional se ha dicho que la incorporación de los derechos sociales en la Constitución mexicana de 1917 fue un mérito de la Asamblea Constituyente de Querétaro. Sin embargo, es innegable que —en el caso de México— los derechos sociales fueron una victoria de la clase trabajadora, después de la Revolución de 1910 (Escuela de Formación Judicial, 2021, p. 16).

Desde la promulgación de la Constitución de 1917, el artículo 123 ha sido la base del derecho mexicano en materia laboral. En dicha disposición se establece

el funcionamiento general de las relaciones laborales. Es decir, refiere a los derechos de las personas trabajadoras, así como las obligaciones que tienen las y los patrones. Aunque la Constitución es la base de los derechos laborales, estos no podrían entenderse sin la Ley Federal del Trabajo, pues es el instrumento que regula de manera específica todo lo relativo a las relaciones laborales. Cabe destacar que, para efectos de las personas trabajadoras del Estado, existe la Ley Federal para los Trabajadores del Estado que surge del apartado B de la disposición constitucional señalada anteriormente.

El 24 de febrero de 2017, se publicó una reforma al artículo 123, apartado A, de la Constitución Federal, que representa uno de los cambios más importantes en la historia de la justicia laboral de nuestro país.

Varios puntos de la reforma conciernen al derecho procesal de los trabajadores mexicanos: por ejemplo, la desaparición de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.⁴ Asimismo se incorporaron una serie de cuestiones que se observaron desde la reforma constitucional: (i) una conciliación obligatoria previa, profesional y ajena a la instancia judicial, a cargo de centros de conciliación; (ii) un conocimiento jurisdiccional posterior de los conflictos; (iii) la enunciación de los principios que deben cumplir las sentencias o resoluciones de los tribunales laborales; (iv) las formas y plazo para la operación de la reforma; (v) reglas para la solución de los asuntos iniciados y su coexistencia con las reglas procesales anteriores; y (vi) la transferencia de los registros y expedientes.

III. Perspectiva de género en materia laboral

1. Igualdad y no discriminación

El artículo primero constitucional y diversos instrumentos internacionales⁵ prohíben la discriminación con base en diversas categorías protegidas, tales como el

⁴ Se puede consultar: http://www.diputados.gob.mx/sia/coord/refconst_lviii/html/201.htm

⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades.

Si bien el principio de igualdad y la prohibición de la discriminación han sido reconocidos constitucionalmente desde la promulgación de la Constitución vigente, y la discriminación en razón de género ha sido mencionada explícitamente desde 2001, la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos fortaleció este principio al mencionar explícitamente la discriminación en razón de otros motivos por los cuales está prohibida la discriminación, como por ejemplo la condición de salud de las personas o sus `preferencias sexuales´.⁶

El principio de igualdad y no discriminación es uno de los principios más importantes en materia de derechos humanos. Este principio permea todo el ordenamiento jurídico mexicano y está reconocido en diferentes tratados internacionales de derechos humanos, tal como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁷ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁹ Asimismo, diversas legislaciones recogen dicho principio y reglamentan su aplicación en sede nacional, tal como la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

No toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria. Existe una diferencia entre una distinción jurídicamente válida, y un acto de discriminación. Las distinciones constituyen una diferencia razonable y objetiva que se realiza tomando en cuenta una situación en concreto, mientras que un acto discriminatorio constituye una diferencia arbitraria que redundaría en detrimento de los derechos humanos (Corte IDH, 2012, párr. 285). En ese sentido, la Constitución y los instrumentos internacionales mencionados no prohíben

⁶ Vale la pena mencionar, aunque no es propósito del presente trabajo, que dicha denominación es incorrecta. Lo adecuado es “orientación sexual”.

⁷ Artículo 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸ Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹ Artículo 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

hacer distinciones hacia grupos o individuos de manera particular, sino que dichas distinciones se realicen de forma arbitraria e injustificada.¹⁰

La SCJN ha determinado que únicamente se pueden considerar constitucionales aquellas distinciones basadas en las categorías que tengan una justificación razonable y objetiva.¹¹ La diferencia de trato se vuelve discriminatoria si los criterios para establecer esa diferencia no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2009, párr. 8).

2. Igualdad y no discriminación en materia laboral

Con la existencia de un aumento significativo de las mujeres en el ámbito laboral, (CIDH, 2011, párr. 79) se han evidenciado diferentes áreas que deben atenderse con el fin de garantizar, sin discriminación y en igualdad de condiciones, los derechos laborales de las mujeres. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido que es vital que las autoridades cuenten con programas de inserción y permanencia en el trabajo, así como garantizar condiciones de calidad (CIDH, 2011, párr. 81).

Aunado a todas las problemáticas que pudieran existir desde el ingreso, o bien, dentro de los propios espacios laborales, se suman los desafíos —que se abordarán más adelante— referentes a la tutela judicial efectiva. La misma CIDH ha señalado que el acceso a la justicia “continúa siendo una primera línea de defensa para los derechos de las mujeres en esta esfera” (*Ibid*).

Por su parte, la OIT desde su mandato ha hecho diversos esfuerzos por promover la justicia social y un trabajo en condiciones de dignidad, igualdad, seguridad y libertad. A esta lucha se ha hecho hincapié en la necesidad de abandonar visiones

¹⁰ Artículo 4º de la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación; y Observación General No. 18, “No discriminación”, del 10 de noviembre de 1989, del Comité de Derechos Humanos, párr. 6 a 8.

¹¹ Al respecto: Tesis: P/J. 9/2016 (10a.), Registro No. 2012594, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, pp. 112.

tradicionales sobre la división del trabajo, así como de las relaciones de desigualdad que existen entre hombres y mujeres. Frente a esto, la Organización ha procurado fomentar la igualdad de género a través de diversas normas internacionales (OIT, 2008, página 4) entre las que destacan:

- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111);
- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156);
- Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183). (OIT, 2008, página)

En nuestro país, con la Reforma Laboral de 2012, se modificó el artículo 2 de la LFT para reconocer explícitamente el principio de la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres:

Artículo 2 [...]

Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

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.

En el mismo sentido, con la reforma laboral de 2019, se modificó el artículo 3 de la LFT para reconocer expresamente que es de interés social garantizar un ambiente laboral libre de discriminación y de violencia.

Con toda razón, la doctrina está reconociendo que la inclusión del principio de igualdad sustantiva en la Ley Federal del Trabajo es fundamental para la democratización de las relaciones del trabajo (Alcalde *et al*, 2021).

3. Obligación de juzgar con perspectiva de género

Como se mencionó, los artículos 1° y 4° de la CPEUM establecen que queda prohibida toda discriminación motivada, entre otras, por cuestiones de género, así como la garantía de igualdad de todas las personas. De esta forma, todas las autoridades, incluidas las jurisdiccionales, tienen la obligación de respetar dichos artículos y evitar que sus actuaciones no materialicen algún acto discriminatorio en razón del género (Contradicción de Tesis 422/2016).

La Primera Sala de la SCJN ha establecido que utilizar la perspectiva de género es una obligación que se actualiza de oficio, pues se encuentra implícita en las facultades jurisdiccionales de las personas juzgadoras. De esta forma, las autoridades deben utilizar una metodología que permita mirar y detectar posibles situaciones de desventaja o de impactos desproporcionados (Escuela de Formación Judicial, 2021, p. 15).

En este sentido, el Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la propia SCJN establece que:

(...) la perspectiva de género se constituye como una herramienta para la transformación y deconstrucción, a partir de la cual se desmontan contenidos y se les vuelve a dotar de significado, colocándolos en un orden distinto al tradicionalmente existente. Su aportación más relevante consiste en develar por lo menos la otra mitad de la realidad y, con ello, modificar la ya conocida (Lagarde, 1997, p. 16), permitiendo que nuestra mirada sobre un fenómeno logre: (i) “visibilizar a las mujeres, sus actividades, sus vidas, sus necesidades específicas y la forma en que contribuyen a la creación de la realidad social[; y (ii)] mostrar cómo y por qué cada fenómeno concreto está atravesado por las relaciones de poder y desigualdad entre los géneros, características de los sistemas patriarcales y androcáticos” (Serret y Méndez, 2011, p. 40).¹²

¹² Se puede consultar: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Primera edición: noviembre de 2020.

En esa misma línea, la SCJN ha destacado que el objetivo de utilizar esta herramienta para juzgar es detectar y eliminar barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo y que, por ende, impiden la igualdad por cuestiones de género. Por ello, al ser un método analítico, tiene que aplicarse en todos aquellos casos que involucren relaciones asimétricas (Contradicción de Tesis 422/2016).

En lo que respecta a la metodología, la SCJN ha establecido que los pasos necesarios para juzgar con perspectiva de género son los siguientes:

- i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género (Amparo directo en revisión 2655/2013).

Por ello, es necesario que todas las autoridades, en este caso, aquellas operadoras de los sistemas de administración de justicia laboral, apliquen la perspectiva de género en la resolución de los conflictos que se les presenten en el marco de su labor jurisdiccional (Corte IDH, 2021, párr. 116).

En la contradicción de tesis 318/2018, relacionada con la obligación de juzgar con perspectiva de género en un caso de despido injustificado por motivo de embarazo, la Segunda Sala de la SCJN determinó que “juzgar con perspectiva de género implica reconocer la realidad sociocultural en que se desenvuelve la

mujer, lo que exige una mayor protección del Estado con el propósito de lograr una garantía real y efectiva de sus derechos y eliminar las barreras que la colocan en una situación de desventaja, lo que cobra particular relevancia cuando se encuentra en estado de embarazo, momento en el que requiere gozar de la atención médica necesaria de los periodos pre y post natal y de las demás prestaciones de seguridad social que garanticen el bienestar de ella y del menor”.

IV. Los principios de derecho procesal laboral

A raíz de la reforma constitucional en materia laboral del 24 de febrero de 2017, previo a su reglamentación complementaria, las modificaciones planteadas al artículo introdujeron ciertos elementos distintivos del procedimiento laboral que contribuyeron a materializar el acceso a la justicia, mediante procedimientos ágiles y legitimados democráticamente.

En la doctrina procesal laboral, los principios son los elementos sin los cuales una figura deja de ser y que se ubican dentro de la misma Ley Federal del Trabajo en los actuales artículos 685, 686, 987 y 688. Antes de la reforma laboral, los principios generales del proceso laboral eran: (i) publicidad (artículo 720 de la LFT), (ii) gratuidad (artículos 19, 824 y 962 de la LFT), (iii) inmediatez, (iv) oralidad predominante (artículo 743 de la LFT), (v) instancia de parte (artículos 685, 771, 772, 784 y 886 de la LFT), (vi) concentración (artículos 763 y 848 de la LFT), (vii) sencillez (artículos 687 y 878 de la LFT) y (viii) tutelar o de equilibrio procesal. (De Buen, pp. 69-73).

A pesar de que estos principios podrían constituir una base sólida para el derecho procesal laboral, en la realidad no se materializaron como principios protectores, sino que fueron concebidos de manera distinta, lo cual ocasionó que no se hicieran presentes en los procesos llevados ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje (Molina Martínez, 2021, pp. 14 y 15).

Si bien la reforma constitucional en materia laboral del 24 de febrero de 2017 planteó ciertos elementos distintivos del procedimiento laboral, fue la legislación

secundaria (LFT) la que terminó de delinear estos principios, que si bien, ya estaban reconocidos de alguna manera, en la realidad práctica, la reforma a la LFT, en su conjunto, les otorgó una nueva dimensión, contenido y significado.

Se entiende por principios del procedimiento, los elementos que definen las formas y sucesión temporal de los actos procesales, la comunicación de los sujetos procesales entre sí y con la sociedad en general, así como el vínculo existente entre el órgano jurisdiccional con el material fáctico que se aporta a la instancia.¹³

Estos principios se refieren a la propia configuración del litigio y se reflejan sobre las partes procesales, o sobre el objeto del proceso (Lousada Arochena 2015, p. 125). En ese sentido, el artículo 685 de la LFT establece que:

El proceso del derecho del trabajo se rige bajo los principios de inmediación, inmediatez, continuidad, celeridad, veracidad, concentración, economía y sencillez procesal. Asimismo, será público, gratuito, predominantemente oral y conciliatorio.

Los Tribunales deben garantizar el cumplimiento de los principios y condiciones citados. El juez deberá atender al principio de realidad sobre los elementos formales que lo contradigan. Asimismo, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso y los fines del derecho del trabajo.

Cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto a que no comprenda todas las prestaciones que de acuerdo con esta Ley deriven de la acción intentada o procedente, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, el Tribunal, en el momento de admitir la demanda, subsanará ésta. Lo anterior sin perjuicio de que cuando la demanda sea oscura o vaga se proceda en los términos previstos en el artículo 873 de esta Ley.

Del artículo mencionado, podemos afirmar que los principios del proceso del derecho del trabajo se pueden agrupar en los siguientes: (1) inmediación, (2) con-

¹³ Se puede consultar: Chiong Arauz, Flavio, Los principios procesales en el sistema oral civil: Los Principios Procesales en El Sistema Oral Civil. Flavio Chiong | Ley procesal | Evidencia (ley) (scribd.com)

centración, (3) celeridad, (4) publicidad, y (5) primacía de la realidad. Asimismo, podemos concluir que el proceso laboral debe ser público, gratuito, predominantemente oral y conciliatorio.

1. Principio de inmediación

La inmediación indica que nadie interviene entre quien demanda, ofrece pruebas, se defiende y quien resuelve el conflicto, por lo que hay un contacto directo entre las partes y requiere que durante las audiencias del proceso estén todas las partes involucradas. Derivado de lo anterior, existe la obligación de que las audiencias sean presididas por un juez o jueza (Molina Martínez, 2021. p. 59; Bovino, 2005, p. 47), por lo que, de lo contrario, las actuaciones serán nulas (LFT, art. 720). Durante el apartado concerniente al proceso ordinario, se podrá observar las diferentes maneras en las que es aplicado este principio.

La SCJN ha profundizado sobre este principio, principalmente, en materia penal. Al respecto ha sostenido que existe una diferencia entre una **inmediación general**, que solo exige la presencia judicial en las actuaciones que se desarrollan en el proceso, y la **inmediación en sentido** estricto que requiere que sea precisamente el juez que dicta la sentencia el que haya estado presente en las actuaciones judiciales. Los dos tipos de inmediación responden a dos finalidades que permite calificar a este principio en una auténtica garantía procesal (Amparo Directo en Revisión 1605/2017, pp. 19-28).

La inmediación general exige que la persona impartidora de justicia, al estar presente en la audiencia, debe supervisar que se hagan efectivas ciertas garantías procesales necesarias para que no sea vulnerado el derecho fundamental a un debido proceso. En *stricto sensu*, es la de situar al órgano judicial en las mejores condiciones de conocer el objeto del proceso: la ausencia de intermediarios que puedan distorsionar, voluntaria o involuntariamente lo transmitido, aporta a la persona juzgadora una posición óptima para ponderar todos los elementos y valorar correctamente, sobre todo en un sistema de libre valoración de la prueba, donde la inmediación juega un papel esencial al permitir las reglas de la sana crítica, sin influencias de intermediarios (*Idem*, y; Herrera Abián, 2006, pp. 4-6).

Este principio es relevante en un régimen de valoración libre de la prueba, pues en el sistema de prueba tasada es el Poder legislativo el que apriorísticamente establece el valor que el tribunal debe asignar a cada uno de los medios de prueba, de modo que esa apreciación en nada se ve alterada por el hecho de que la persona Titular del órgano jurisdiccional mantenga o no un contacto directo con las partes y las pruebas de la *litis*. La inmediación afecta a tres polos distintos: a) al órgano judicial, b) a las partes y c) a la opinión pública (Amparo Directo en Revisión 1605/2017, pp. 19-28).

2. Principio de concentración

Este principio hace referencia a la interacción, a través de un solo acto, de las diversas etapas que lo constituyen, con el fin de concluir el juicio en la menor cantidad de audiencias consecutivas y sin que pase una gran cantidad de tiempo entre ellas (Molina Martínez, 2021, p. 66; Vallejo Cabrera, 2019, p. 51). Como se verá más adelante, en la LFT se contemplan dos etapas del proceso: (i) la fijación de la *litis* (de manera escrita), y (ii) las audiencias (de manera oral). Estas dos etapas materializan la sucesión y continuidad de las actuaciones procesales más relevantes, dando lugar así a la aplicación del principio de concentración (Molina Martínez, 2021, p. 67)

Como hemos citado, entendemos por concentración (Cabanellas de las Cuevas, 2014) “Al acto y consecuencia de concentrar o de concentrarse, este concepto hace referencia al logro de reunir en un determinado punto lo que se encontraba separado”, es decir, para nuestro estudio entendemos que la concentración en el proceso nos permite reducir, en menos actos todas las piezas procesales de manera que se pueda dar agilidad a las causas en el menor tiempo posible, garantizando la celeridad y economía procesal.

El principio de contradicción es un test de veracidad de la prueba rendida en el juicio oral.

Las partes tiene el derecho de aportar las pruebas conducentes a fin de justificar su teoría del caso, y la contraria el derecho de controvertirlas, por lo que el principio

de contradicción “tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario” (Cafferata Nores, 1998, p. 57).

En el nuevo sistema se requiere que toda la información pase por el filtro del contradictorio, ya que con ello puede modificarse, pero en el caso de pasar el test de credibilidad, la información podrá ser de calidad. Una prueba otorgada, de manera unilateral, carece de confiabilidad.

3. Principio de celeridad

Este principio busca que las actuaciones procesales se lleven a cabo con rapidez, buscando que la conclusión del proceso sea de la manera más pronta posible, evitando dilaciones indebidas, con el objetivo de otorgar una tutela eficaz a los derechos laborales que están en juego (Lousada Arochena, 2015, p. 132). Un ejemplo de la aplicación de este principio, durante el proceso, lo podemos observar en la facultad que se otorga a la persona juzgadora para reducir el número de personas para ser citadas para el desahogo de la prueba confesional, cuando se trate de una reiteración de hechos encaminada a dilatar de manera innecesaria el proceso (LFT, art. 788).

El principio de celeridad puede implicar una distinción si se trata de un hombre o una mujer, ya que el sentido de urgencia no significa lo mismo para ambas partes, en todos los casos. Incluso podría significar una distinción en el sentido

de no admitir dilación alguna. Para analizar este principio con perspectiva de género, se debe tomar en cuenta que las mujeres se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad en ciertos casos. Se debe tomar en cuenta la necesidad urgente que una mujer puede tener en una situación particular, por lo que resulta de particular importancia que el caso se resuelva con celeridad, con el fin de no dejarlas en un estado de indefensión aún mayor.

Por ejemplo, la SCJN en la contradicción de tesis 215/2011 hizo alusión a que en los casos en que se analiza el derecho a una indemnización por causa de muerte de una persona trabajadora, impera el principio de celeridad. Lo anterior, ya que se trata de proteger a los dependientes económicos del trabajador fallecido, y estos procedimientos no admiten dilación.

4. Principio de publicidad

Este principio se refiere a la posibilidad de que las personas puedan tener acceso a todas las actuaciones judiciales, con el fin de preservar la imparcialidad por parte de las personas impartidoras de justicia (Fix Zamudio, p. 57).

El derecho de informar está vinculado con el principio de publicidad procesal. En el ámbito procesal, se han reconocido dos ámbitos de dicho principio, el interno y el externo, cuya dimensión puede ser colectiva e individual.

Existe una pluralidad de normas que hacen mención y reiteran el principio de publicidad procesal como elemento determinante del proceso. La Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce dicho principio al establecer en su artículo 6. 1o y 3º; por su parte el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de una forma equitativa y pública dentro de un plazo razonable por un Tribunal imparcial, y debiéndose pronunciar la sentencia de forma igualmente pública.

Con el fin de garantizar la aplicación de este principio, la LFT establece que todas las audiencias serán públicas, salvo excepciones muy acotadas:

Artículo 720. Las audiencias serán públicas. El Tribunal podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que sean a puerta cerrada, cuando se puedan transgredir el derecho a la intimidad o tratándose de menores.

El principio de publicidad no es absoluto, sino que tiene límites que deben ser considerados, tal como el derecho a la intimidad. Este derecho ha sido abordado por la SCJN en diversos casos, en los que personas trans solicitaron que se les emitiera un acta de nacimiento nueva que reflejara el género con el que se identifican y no a través de una anotación al margen en el acta de nacimiento original.

Al respecto, la SCJN determinó que hacer este tipo de notas propicia que la persona exteriorice las actividades de su vida anterior, generando posibles violaciones a su derecho a la intimidad, entre otros derechos.¹⁴ En ese mismo sentido, la Corte Interamericana ha establecido que las modificaciones en los documentos de identidad, no implica que los actos que hubieran realizado desaparezcan (Corte IDH, 2017b, párr. 120), por lo que los Estados deben garantizar la posibilidad de registrar, cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad, sin que deba exponerse su identidad anterior. Ello, ya que la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género puede poner a la persona en una situación de vulnerabilidad. Por ello, los procedimientos y las rectificaciones no deben ser públicos, ni figurar en el mismo documento de identidad (*Ibidem*, párr. 135).

Para aplicar este principio con perspectiva de género, en materia laboral, se debe tomar en cuenta que, en seguimiento a lo establecido en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la SCJN “existen ciertos factores que deben ser considerados al momento de resolver la controversia, toda vez que suelen colocar a las mujeres y niñas en una especial condición de vulnerabilidad que obstaculiza

¹⁴ En este sentido se puede revisar: Amparo Directo 6/2008, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de enero de 2009; Sentencia recaída en el Conflicto Competencial 45/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de mayo de 2018; Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 101/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de mayo de 2019, Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 353/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10 de abril de 2019 y Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 346/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de noviembre de 2019.

de manera más profunda el ejercicio pleno de sus derechos; cuestión que resulta relevante para poder determinar la gravedad de los hechos denunciados” (SCJN, 2020).

5. Principio de primacía de la realidad

El principio de primacía de la realidad implica que tiene que haber una congruencia y concordancia entre lo que ocurre en la práctica y las actuaciones judiciales, en donde debe prevalecer lo que ocurre en la realidad, es decir, lo que sucede en el terreno de los hechos (Podetti, p. 149).

Este principio cuenta con rango constitucional, reconocido en el artículo 17, el cual establece:

[...] Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales. [...]

Además, representa uno de los retos y avances más grandes a los principios que rigen el proceso en materia laboral el cual fue incorporado a través de la citada reforma a la LFT del 2019. Esto, debido a las escasas referencias legislativas a este principio; y en segundo lugar por su íntima relación con la teoría del derecho, así como por su falta de justificación en la exposición de motivos de la reforma (Molina Martínez, 2021, p. 76).

Este es un principio que puede ser moldeable, dependiendo del caso concreto. Sin embargo, para su aplicación, la persona juzgadora deberá garantizar que se atienda la verdad racional y lógica sobre los elementos formales que contradigan la realidad (*Ibidem*, p 77). Asimismo, se ha entendido que este principio tiene como objetivo que los casos sean resueltos de manera justa ante los ojos de la sociedad, lo cual implica que existe un escrutinio social hacia la persona juzgadora (Santos Andrés, pp. 4 y 20).

En materia de género, es especialmente relevante. Por ejemplo, en mayo de 2019 la Segunda Sala de la SCJN resolvió la contradicción de tesis 318/2018, en donde abordó el principio de primacía de la realidad. En aquella ocasión, se determinó la existencia de una contradicción en los criterios respecto de si debía o no ordenarse a la Junta analizar la verosimilitud de la renuncia —exhibida por el patrón— de una trabajadora ante su dicho de haber sido despedida con motivo de su embarazo (Contradicción de tesis 318/2018, p. 28).

Frente a eso, la Segunda Sala determinó que, ante la existencia de un posible acto discriminatorio, las personas juzgadoras deben aplicar la perspectiva género para conocer las posibles barreras y obstáculos y, de esta forma, poder eliminarlos. De esta forma, hay una obligación de la Junta de “examinar escrupulosamente” la existencia de indicios de los que se pueda concluir la inverosimilitud de la renuncia de la trabajadora (*Idem*).

Lo anterior, a la luz del principio de primacía de la realidad, debido a que:

(...) en la práctica es más probable la existencia de un despido con motivo del embarazo de la trabajadora, que su renuncia voluntaria al encontrarse en estado de gravidez.

Por tanto, aún en el caso de que la trabajadora no haya objetado el contenido de su renuncia exhibida en juicio, por su estado de vulnerabilidad con motivo de su embarazo, existe duda razonable acerca de la voluntad de la mujer de prescindir del empleo, por los gastos que implica el alumbramiento y la necesidad de acceder a la seguridad social que podría sufragar la atención médica que se requiera (*Ibidem*, pp. 33 y 34).

Este criterio permite observar un ejemplo claro de la aplicación de la perspectiva de género en conjunto con los principios procesales. Hacer esto es fundamental para garantizar un adecuado acceso a la justicia de las mujeres y personas trabajadoras.

Tomando en cuenta que la aplicación de este principio implica tomar en cuenta la realidad en la que viven las personas, se considera pertinente hacer alusión a la realidad que viven las mujeres en contextos laborales.

En el amparo directo en revisión 1754/2015, la Primera Sala de la SCJN resolvió un caso paradigmático en el que un matrimonio, en donde la mujer se dedicó al cuidado de sus hijos, a las labores del hogar; y, que además trabajó para contribuir con el sostenimiento de su familia —empleo en el que se le concedió una pensión por jubilación— el esposo promovió un juicio de divorcio necesario. El juez que conoció el asunto determinó que era innecesario establecer una pensión alimenticia para la demandada, ya que contaba con ingresos fijos para subsistir.

La Primera Sala estableció que, en el ámbito laboral, existen estereotipos que imponen a las personas ciertas expectativas que se asume deben cumplir. En este sentido, los roles desempeñados por hombres y mujeres a partir de características sociales, culturales, políticas, psicológicas, jurídicas y económicas asignadas a las personas en forma diferenciada de acuerdo con su sexo.

En el ámbito familiar existe una disparidad de género histórica en lo que se refiere a las labores domésticas y el trabajo de cuidado, pues han sido las mujeres las que han estado siempre encargadas de llevar a cabo el cuidado y crianza de los hijos, así como el desempeño de las labores domésticas como gestión de los deberes y las tareas involucradas en el funcionamiento de un hogar, tales como: la limpieza y el orden, realizar las compras, cocinar y servir la comida, llevar la economía del hogar, realizar el mantenimiento del equipamiento doméstico, entre otras.

La realización de dichas tareas está asignada a las mujeres a través de una estereotipación sobre su sexo, es decir, se les adscribe el rol de amas de casa y madres, por el solo hecho de ser mujeres. Y por el solo hecho de ser mujeres, se espera que realicen las labores domésticas y de cuidado, independientemente de si desempeñan un empleo o profesión fuera del hogar.

Una de las obligaciones percibidas por las mujeres, sean o no esposas y/o madres, es el correcto funcionamiento del hogar, ello, debido a los roles de género y en particular, a la idea de maternidad y su supuesta incompatibilidad con el empleo remunerado. Hay una expectativa cultural de que las mujeres *deben* poner a su familia primero.

Así, el género funciona como una estructura jerárquica que influye en las relaciones familiares y laborales. Desde esta perspectiva, se observa que por lo general las mujeres y los hombres empleados tienen diferentes calidades en sus roles, tanto actuales como en expectativas y demandas, pues son las mujeres quienes resienten, real o perceptivamente, una sobre carga en lo que de ellas se espera.

La disparidad de género en el ámbito familiar, también se refleja en el ámbito laboral.

México se encuentra entre los países con mayor brecha salarial¹⁵ y con las tasas más bajas de participación laboral de las mujeres.¹⁶ Según el Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015 “salarios y desigualdad de ingresos” de la Organización Internacional del Trabajo,¹⁷ a escala mundial, se estima que la brecha de remuneración entre hombres y mujeres es de un 22.9% promedio, es decir, la mujer gana el 77.1% de lo que gana un hombre, y se estima que en México, este promedio sea de entre el 15 y el 20%, pese a que hombres y mujeres realizan el mismo trabajo.

La discriminación salarial, según un estudio (INMUJERES, 2003) realizado por el Inmujeres, se debe principalmente a los siguientes factores: el efecto que tiene sobre sus carreras el rol que les es asignado como amas de casa y madres (el principal compromiso es con su familia); la participación laboral de las mujeres decrece durante los primeros años de sus hijos; los salarios son menores porque su nivel de instrucción es menor; la percepción de que el trabajo de las mujeres es secundario y es temporal; los costos laborales son mayores al contratar mujeres; entre otras razones.

¹⁵ De acuerdo con el índice de brechas de género globales de entre los 56 países estudiados, México se encuentra en el lugar número 52 y del subconjunto, México se encuentra en el último lugar de América Latina en cuestiones de igualdad de género. Según un estudio del Centro de Estudios Económicos del Colegio de México, A.C. “Evolución de la brecha salarial de género en México” de Arceo Gómez, Eva O. y Campos Vázquez, Raymundo M., agosto de 2013. Documento de trabajo Núm. VII-2013. Consultable en <http://cee.colmex.mx/documentos/documentos-de-trabajo/2013/dt20137.pdf>

¹⁶ Según ese mismo estudio, en las últimas dos décadas ha pasado esta tasa del 22% en 1990, al 40% en 2010, de acuerdo con datos censales.

¹⁷ Consultable en esta dirección: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_343034.pdf

Otros estudios concluyen de manera similar que las barreras a la inserción laboral de las personas (INMUJERES, 2012), que se vinculan tanto con el entorno socio productivo como con el personal, y los costos de participación laboral, son más apremiantes para las mujeres que para los hombres. Entre los factores que limitan la participación económica de las mujeres destacan: la subvaloración del trabajo femenino; la segregación ocupacional, tanto horizontal como vertical, la discriminación salarial; el nivel de instrucción de las mujeres, su estado conyugal y número de hijos; la doble jornada, que les impide participar en actividades de capacitación, recreación, políticas y sindicales; y el déficit y elevado costo de los servicios de apoyo para delegar responsabilidades domésticas y familiares.

A pesar de que la participación laboral de las mujeres ha aumentado, esto no ha logrado un reparto igualitario de las tareas domésticas dentro de las familias, lo que resulta en la llamada “doble jornada” que realizan un número significativo de mujeres. Esto quiere decir, que además de la jornada laboral que se cumple en un empleo o profesión fuera del hogar, las mujeres realizan todas las tareas domésticas y de cuidado, lo que acaba consumiendo su uso del tiempo.

Según un estudio realizado en 2009 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el tiempo usado en trabajo no remunerado¹⁸ por parte de las mujeres es mucho mayor; mientras que los minutos dedicados a actividades de esparcimiento¹⁹ son mayores para los hombres.

El Consenso de Brasilia²⁰ reafirmó que el trabajo doméstico no remunerado constituye una carga desproporcionada para las mujeres y en la práctica es un subsidio

¹⁸ El estudio refiere que las mujeres mexicanas utilizan 53 minutos al día para realizar trabajo de cuidado en el hogar contra 15 minutos de los hombres; y las mujeres invierten 280 minutos al día para realizar tareas domésticas contra 75 minutos por parte de los hombres.

¹⁹ El estudio reporta que los hombres dedican 86 minutos al día a ver la televisión o escuchar el radio, 15 minutos al deporte y 496 minutos a dormir al día. Las mujeres por su parte, dedican 71 minutos a la t.v. y la radio, 8 minutos a realizar deportes y 488 minutos a dormir.

²⁰ Celebrado en Brasilia, del 13 al 16 de julio de 2010, y participaron los gobiernos de los países participantes en la undécima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, representados por ministras, delegadas y delegados del más alto nivel dedicados a la promoción y defensa de los derechos de las mujeres, para discutir el tema de los logros y desafíos para alcanzar la igualdad de género con énfasis en la autonomía y el empoderamiento económico de las mujeres. Texto consultable en: http://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/5/40235/ConsensoBrasilia_ESP.pdf

invisible al sistema económico, que perpetúa su subordinación y explotación. En dicho Consenso se adoptaron acuerdos para avanzar en la valorización social y el reconocimiento del valor económico del trabajo no remunerado prestado por las mujeres en la esfera doméstica y del cuidado y en la adopción de políticas que permitan avanzar en la corresponsabilidad familiar.

La forma en la que las mujeres se incorporan al mercado de trabajo y el desarrollo de las relaciones sociales en su interior, responden a un conjunto de ideas y representaciones culturales sobre los estereotipos, los roles y las funciones que se han asignado a las personas en relación con su género.

De acuerdo con un estudio del INMUJERES, (INMUJERES, 2003) los principales problemas que enfrentan las mujeres al integrarse en el mercado laboral son la doble jornada, la discriminación salarial, entre otros, los cuales tienen su origen en la construcción social del género, es decir, en los atributos, los estereotipos, los valores, las funciones y los roles (productivo para los hombres y reproductivo para las mujeres) asignados a partir de sus características biológicas. De tal manera que la diferencia física se transforma en desigualdad, expresada en prácticamente todos los ámbitos del desarrollo humano.

En 2009,²¹ el valor económico del trabajo doméstico no remunerado, contabilizado en millones de pesos, equivalía al 21.7% del Producto Interno Bruto. Cuatro quintas partes de esa riqueza la producen las mujeres y una quinta parte es la contribución de los hombres.

El presupuesto nacional está subestimado al no considerar la contribución económica del trabajo doméstico. Para los hogares significa ahorro monetario, porque para obtener el mismo grado de bienestar en el hogar sin efectuar dicho trabajo se tendría que erogar cantidades importantes de dinero. Solo si se considera el esfuerzo cotidiano que realizan los grupos más pobres para crear bienes y servicios en el ámbito doméstico para su propio consumo se puede entender su supervivencia.

²¹ Ver: "Valor Económico del Trabajo Doméstico en México. Aportaciones de Mujeres y Hombres, 2009" publicado por el Inmujeres. Consultable en: <http://www.inmujeres.gob.mx/inmujeres/images/stories/cuadernos/ct21.pdf>.

Encuestas de Uso del Tiempo han sido aplicadas en 19 países de la región y los resultados son contundentes. En casi la totalidad de los casos, el tiempo total de trabajo (la suma del tiempo dedicado al trabajo remunerado y al trabajo no remunerado) es mayor para las mujeres que para los varones, como consecuencia del mayor peso del trabajo no remunerado y de cuidado en las vidas de las mujeres. En la mayoría de los países, el tiempo destinado por las mujeres a este tipo de trabajo duplica el de los varones.²²

Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en 2009, las mujeres soportan una sobrecarga de trabajo y demandas exigentes sobre su tiempo en la medida que continúa su rol tradicional, a lo que se suma el papel que desempeñan en la vida laboral. Sobrecarga que limita el tiempo disponible de las mujeres para el desarrollo de actividades que generen ingresos y afecta negativamente su empleabilidad y el acceso a empleos de calidad. Por lo tanto, el desarrollo de las mujeres es obstaculizado por una distribución inequitativa del trabajo del hogar y una inserción desigual al mercado laboral.

Según Hochschild las madres empleadas trabajan un mes extra de 24 horas cada año, es decir, realizan un trabajo de más de 70 horas semanales, lo que representa una carga doble y una limitación en la locación de su tiempo (Hochschild, 1999, pp. 476-490).

La discriminación por género que produce esta doble jornada se traduce en el desequilibrio en el uso del tiempo de las mujeres y los hombres que trabajan: mientras la mayoría de las mujeres que trabajan por lo general tienen como pareja, hombres que trabajan de tiempo completo, la mayoría de los hombres que trabajan, por lo general tienen como pareja, mujeres que trabajan medio tiempo o que no realizan trabajo remunerado. Esto implica que los hombres tienen por lo general una pareja que se dedica o está dispuesta a dedicarse a realizar las tareas del hogar y de cuidado, lo cual hace que su vida sea más balanceada y tenga mayor disposición sobre el uso de su tiempo.

²² Para más información ver Aguirre, Rosario y Ferrari, Fernanda “Las encuestas sobre uso del tiempo y trabajo no remunerado en América Latina y el Caribe. Caminos recorridos y desafíos hacia el futuro”. Serie Asuntos de Género de CEPAL n° 22.

En suma, el género da forma al uso del tiempo y a su cualidad. No solamente el tiempo total que las mujeres empleadas destinan a su trabajo remunerado y no remunerado es por lo general desigual al de los hombres empleados, sino que el trabajo que realizan en casa es distinto, el de ellos es generalmente más discrecional, no repetitivo ni sujeto a horarios,²³ el de ellas por contrario, es habitualmente más arduo, menos flexible y más propenso a sufrir interrupciones.

V. La suplencia de la queja

El artículo 685 de la Ley Federal del Trabajo en su tercer párrafo prescribe que:

Cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto a que no comprenda todas las prestaciones que de acuerdo con esta Ley deriven de la acción intentada o procedente, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, el Tribunal, en el momento de admitir la demanda, subsanará ésta. Lo anterior sin perjuicio de que cuando la demanda sea oscura o vaga se proceda en los términos previstos en el artículo 873 de esta Ley.

Es importante señalar que el factor que determina la necesidad de subsanar la deficiencia de la demanda es la descripción de los hechos de la misma, y no la mera descripción de la acción intentada o las prestaciones exigidas.

Esto implica para los tribunales el identificar con la lectura de los hechos de la demanda la posibilidad de que existan acciones y/o prestaciones no mencionadas ni exigidas, por discriminación en razón de género o violencia de género. Un caso evidente es cuando la trabajadora demanda la indemnización por despido injustificado sin alegar que el motivo real del despido haya sido discriminación en

²³ Según Milkie, M. y Peltola, P., *Op. cit.* “el trabajo de los hombres en casa, por lo general está dedicado a realizar tareas que no requieren un horario y que no es repetitivo (como preparar y servir la comida, o preparar a los niños para ir a la escuela) o que no puede dejar de hacerse (como lavar los platos, la ropa o limpiar la casa). El trabajo doméstico tiene un impacto negativo en el Balance entre el empleo y el hogar en la mujer porque las tareas de las mujeres en casa son menos flexibles y más arduas y porque esto se cuele, por lo general, en los tiempos destinados al empleo o al tiempo libre debido a que las actividades deben planearse u organizarse, se deben realizar secuencias de las labores o atacar problemas inesperados.” *Cfr.* Página 479.

razón de género, pero en los hechos mencione el haber faltado un día al trabajo por una cita médica de seguimiento a su gestación. Puesto que la parte patronal tendrá la posibilidad de contestar en la demanda que el despido fue justificado, corresponde al tribunal subsanar la deficiencia de la demanda o, al menos, prevenir a la actora para que aclare si el despido del que se duele implicó en su consideración discriminación por embarazo. En este sentido, el principio de subsanación de la deficiencia de la queja se articula a su vez con las facultades de los tribunales en materia probatoria, que se detallarán en el capítulo correspondiente.

VI. La exención de la prueba

La reforma a la justicia laboral ha mantenido diversos principios tradicionales en la materia en nuestro país, especialmente en materia de la conducción del proceso laboral y en materia probatoria. Sobre ello se abundará en el capítulo respectivo del Protocolo.

Por ahora, basta señalar que el artículo 784 mantiene el principio de eximir a la parte trabajadora de la carga de probar sus hechos, cuando el tribunal pueda allegarse el conocimiento de los mismos por otros medios. No debe confundirse este principio con su corolario, que es la facultad del tribunal de exigir a la parte patronal exhibir documentos que tiene la obligación de conservar, con la sanción procesal de presumir demostrados los hechos alegados por el trabajador.

Esto es: el principio es el de eximir de probar a la parte trabajadora siempre que se pueda llegar al conocimiento por cualquier otro medio, no solo por medio de los documentos que tiene obligación de conservar la parte patronal. Esos otros medios incluyen, por supuesto, documentales en poder de terceros, pero también inspecciones, presunciones o periciales, aunque no hayan sido ofrecidas por la parte trabajadora (pues justo en eso consiste el eximirle de la carga de probar). Por ejemplo, el tribunal puede eximir a la trabajadora que alega un contexto de discriminación en razón de género de probar tal contexto, cuando está en posibilidad de conocer tal contexto de discriminación de género mediante una prueba pericial rendida por organizaciones especializadas en discriminación de género, ordenada por el propio tribunal.

Cuando esos otros medios mediante los cuales se pueden conocer los hechos son documentos que tiene la obligación de conservar la parte patronal, entonces no solo se exime a la parte trabajadora de la carga probatoria, sino que se añade una sanción procesal en caso de que la patronal no los exhiba, que es el considerar ciertos los hechos. Pero, debe insistirse, el principio de eximir a la parte trabajadora de probar no se limita a los documentos que tiene la obligación de conservar la patronal. Tomando en cuenta el impacto diferenciado que tiene en perjuicio de las mujeres trabajadoras el costo de producir pruebas, la aplicación diligente de este principio por parte de los tribunales laborales implicará una mejora significativa para una impartición de justicia con perspectiva de género.

VII. La excepción a la instancia conciliadora

En el nuevo modelo de justicia laboral contenido en la Reforma Constitucional de 2017 y la Reforma a la Ley Federal del Trabajo de 2019 se instituye la Conciliación Prejudicial Obligatoria como requisito de procedibilidad para acudir a los tribunales laborales (DOF 2019, artículo 872).

Esta nueva perspectiva toma distancia de la forma en la que se llevaban los procedimientos. Principalmente, esto es gracias a que se les otorga mayor importancia a los procedimientos de conciliación al grado de convertirse en un requisito de procedibilidad para poder acceder a instancias jurisdiccionales (Ramírez Becerril, 2020, p. 69)

Algo indispensable de observar también en los procesos de conciliación, y que sirve al objeto del presente artículo, es que las personas operadoras de este sistema deben utilizar la perspectiva de género. Los Centros de Conciliación deben utilizar como mínimo los principales ordenamientos internacionales en la materia:

- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”;
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belém do Pará.
- C190 - Convenio Sobre la Violencia y el Acoso, 2019. (STyPS, 2019, p. 90)

Aunque en la LFT se plantea como obligatoria la instancia conciliatoria prejudicial, esta misma Ley establece excepciones, entre otras, el artículo 685 Ter, fracción I, señala que:

Quedan exceptuados de agotar la instancia conciliatoria, cuando se trate de conflictos inherentes a:

- **Discriminación en el empleo y ocupación por embarazo, así como por razones de sexo, orientación sexual, raza, religión, origen étnico, condición social o acoso u hostigamiento sexual;**

Esta disposición indica que la instancia conciliatoria es obligatoria para todos los casos, a excepción de aquellos que impliquen actos de discriminación por diversas razones, así como por actos de acoso u hostigamiento sexual. Lo anterior implica que, en estos casos, dicha instancia es optativa.

Para poder determinar si un caso cae en los supuestos establecidos en esta disposición, se debe acreditar la existencia de indicios que generen la razonable sospecha, apariencia o presunción de que se están vulnerando algunos de estos derechos; con lo que queda claro el estándar probatorio para la actualización de la excepción de conciliación prejudicial (*Ibidem*, p. 91)

Por la naturaleza de este tipo de violencia, son las víctimas quienes deben decidir la forma de enfrentar determinadas cuestiones. Por su parte, al existir la posibilidad de que se analicen situaciones de violencia como acoso u hostigamiento en los Centros de Conciliación, quienes los operen deben estar capacitados y tener enfoques de protección reforzados (*Ibid*). Por otro lado, debemos entender que se prefiera optar por acudir directamente a instancias jurisdiccionales, y justamente debido a esto, existen supuestos normativos que quedan exceptuados de agotar la conciliación prejudicial. (*Ibid*)

Para verificar si una persona se encuentra frente a una situación de discriminación por razones de género en materia laboral, la SCJN en el amparo en revisión 910/2016, estableció que se debe verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Así pues, la introducción de la perspectiva de género en el análisis jurídico pretende combatir argumentos estereotipados e indiferentes al derecho a la igualdad (Amparo en Revisión 910/2016).

La Primera Sala ha determinado que las personas juzgadoras tienen la obligación de identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género generen un desequilibrio entre las partes de la controversia, así como cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género (*Idem*).

En ese sentido, la perspectiva de género en la administración de justicia obliga a leer e interpretar las normas que regulan las instituciones tomando en cuenta los principios ideológicos que la sustentan, así como la forma en que afectan, de manera diferenciada, a quienes acuden a demandar justicia, pues solo así se puede aspirar a aplicar correctamente los principios de igualdad y equidad (*Idem*).

VIII. Providencias cautelares

De acuerdo con la concepción general del derecho procesal, especialmente a partir de la obra clásica del ilustre jurista italiano Piero Calamandrei, las medidas precautorias o cautelares, son las que tienen por objeto preservar la materia de la controversia y evitar a las partes daños y perjuicios irreparables o difíciles de reparar con motivo de la duración del proceso.

En estas medidas, es preciso ya sea detener la actividad de las propias partes o bien, en ciertos supuestos, adelantar provisionalmente algunos efectos del pronunciamiento de fondo por medio de una apreciación preliminar de la existencia del derecho que se debate, lo que también se ha calificado como existencia del buen derecho (Fix-Zamudio, p. 499).

La doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte las caracteriza como resoluciones provisionales, por ser generalmente, accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves; y cuyo objeto es, ante el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución para asegurar su eficacia. Tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no solo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica.

En la legislación laboral, el artículo 857 de la Ley Federal del Trabajo establece que los tribunales tienen la facultad de otorgar medidas cautelares, a petición de parte. Sin embargo, este artículo debe articularse con el principio de subsanación de la deficiencia de la queja de modo que, aunque la parte actora no las solicite, el Tribunal deba examinar su pertinencia al recibir la demanda.

Así, en caso de advertir en la demanda la necesidad de medidas cautelares a través de los hechos y/o pruebas deberá prevenir a la parte actora para que subsane la omisión consistente en no haber solicitado tales medidas cautelares; y en caso de que no las solicite, deberá subsanar por sí mismo tal omisión.

Esta actuación será importante en casos de violencia, pues de acuerdo con el artículo 7, inciso b), de la Convención Belém Do Pará el Estado Mexicano tiene el deber de actuar con la debida diligencia en casos donde se presuma violencia contra la mujer.

De acuerdo con artículo 857 de la LFT existen cuatro tipos de medidas cautelares, aunque la cuarta es genérica, lo que posibilita el margen de apreciación judicial:

- Prohibición de salir del territorio nacional o de una población determinada cuando haya temor de que la persona demandada se oculte o ausente;

- Embargo precautorio, cuando sea necesario asegurar bienes. Esta medida cautelar debe entenderse en articulación con la reparación integral, de modo que se puede argumentar la necesidad del embargo para asegurar tal reparación integral;
- Requerir al patrón se abstenga de dar de baja de la institución de seguridad social en la que se encuentra afiliada la trabajadora embarazada que haya sido despedida, cuando a juicio del Tribunal existan indicios suficientes para presumir que fue separada en razón de su estado; dicha medida se aplicará siempre y cuando se acompañe a la demanda certificado médico que acredite el embarazo, emitido conforme a los requisitos y formalidades contempladas en la ley; y
- En los casos que se reclame discriminación en el empleo, tales como discriminación por embarazo, u orientación sexual, o por identidad de género, así como en los casos de trabajo infantil, el tribunal tomará las providencias necesarias para evitar que se cancele el goce de derechos fundamentales, tales como la seguridad social, en tanto se resuelve el juicio laboral, o bien decretará las medidas de aseguramiento para las personas que así lo ameriten. Para tal efecto, los demandantes deben acreditar la existencia de indicios que generen al Tribunal la razonable sospecha, apariencia o presunción de los actos de discriminación que hagan valer.

Estas cuatro hipótesis son indispensables para proteger a las personas trabajadoras de las posibles afectaciones a sus derechos. La primera se presenta esencialmente ante el riesgo de una posible salida de la persona demandada por las acusaciones en su contra, la segunda tendrá como objeto garantizar la reparación integral del daño, por lo que tal argumentación será fundamental para garantizarla.

Respecto a la tercera medida, las trabajadoras embarazadas. La SCJN ha establecido que la protección de la maternidad en el trabajo debe entenderse como: (I) un derecho constitucional y convencional; (II) un requisito previo para lograr la igualdad de género en el mundo laboral; (III) un componente de mejora a la salud

materna e infantil; (IV) un componente para el crecimiento económico y a la reducción de la pobreza; y (V) una parte integral del Programa de Trabajo Decente de la Organización Internacional del Trabajo (SCJN, 2021).

Además, en la Contradicción de Tesis 422/2016 precisó que la tutela del embarazo y la maternidad responde a la finalidad de protección de la relación especial entre la madre y el recién nacido, la salud de ambos y una cierta seguridad en el empleo, con lo cual se logra que la trabajadora embarazada goce de salud; de no ser así, se le priva de derechos fundamentales —en caso de ser despedida— que se contienen principalmente en los ramos de seguridad social, indispensables para que pueda desarrollar y concluir bien el embarazo.

Tal tutela llega al extremo de constituir lo que se denomina como un “fuero maternal” o de “estabilidad reformada”, que exige una mayor y particular protección del Estado. Pues durante esos periodos guardan condiciones físicas especiales y necesidades que las hacen merecedoras de conservar el empleo con mayor énfasis. Se trata de lograr una garantía real y efectiva en su favor, de modo que cualquier decisión que se tome desconociendo esta protección indebidamente, constituirá un caso de discriminación por razón de sexo (SCJN, 2016).

De ahí la doctrina jurisprudencial ha establecido que es indispensable hacer tal valoración con perspectiva de género, especialmente respecto del contexto de los hechos y evitando prejuicios como el minimizar la caracterización de los hechos como “falsedades de mujeres”.

Así, ante la presentación de estos casos, en los que se requiere la exhibición de un certificado médico que acredite el embarazo, una interpretación conforme permitiría a los Tribunales, por ejemplo, otorgar la medida cautelar en los casos en que el despido ocurrió mientras la mujer estaba embarazada, aunque la medida se otorgue con posterioridad al embarazo.

En la última hipótesis el abanico de “providencias necesarias” no es limitativo, por lo puede dictar, por ejemplo, medidas de restricción para que un acosador no se acerque a la trabajadora acosada. Para orientar las medidas que puedan resultar

necesarias y que están disponibles, los tribunales laborales pueden orientarse con las medidas cautelares dispuestas en leyes como la Ley General de Víctimas o la Ley del Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia.

En ese sentido, se deben dictar las medidas cautelares con perspectiva de género para hacer efectiva la protección de las personas trabajadoras, en especial de quienes se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad garantizará la tutela judicial efectiva en los juicios laborales.

IX. Procedimiento ordinario

De lo precedido se observa que la obligación de juzgar con perspectiva de género impacta en todos los procedimientos, incluidos los laborales, pero ¿cómo se materializa? A continuación se explican sus implicaciones en la fase escrita y oral del procedimiento ordinario.

Fase escrita

El nuevo modelo de justicia laboral tuvo un impacto directo en diversas cuestiones procesales. En este sistema la competencia jurisdiccional para resolver los conflictos laborales recae en los tribunales laborales adscritos al Poder Judicial de la Federación, quienes son los encargados de lograr una justicia social a través de los diversos procedimientos señalados en la Ley Federal del Trabajo.

El primer procedimiento que la legislación laboral presenta es el ordinario. A través de éste se resolverán los conflictos individuales y colectivos de naturaleza jurídica que no tengan una tramitación especial. El cual está compuesto por una fase escrita y oral. La primera inicia con la presentación de la demanda y concluye en la audiencia preliminar. Esto excluye toda posibilidad para las partes de invocar antecedentes relacionados con los hechos y derechos expuestos durante la conciliación prejudicial.

Durante este periodo, el tribunal podrá auxiliarse de una persona secretaria instructora, quien, de acuerdo con el artículo 871 de la LFT podrá admitir o prevenir

la demanda y en su caso, subsanarla, ordenar la notificación al demandado, vistas, así como traslados, admitir y en su caso, proveer respecto de las pruebas ofrecidas para acreditar las excepciones dilatorias, dictar las providencias cautelares y las demás que la persona titular del órgano jurisdiccional le ordene.

La actuación de la citada funcionaria será fundamental para que, desde la primera etapa del procedimiento el tribunal pueda advertir situaciones de violencia o vulnerabilidad originada por el género que pueda obstaculizar la impartición de justicia de manera completa en condiciones de igualdad. Recordemos que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la SCJN la perspectiva de género constituye un método que debe ser aplicado en todos los casos, aún cuando las partes involucradas no lo pidan expresamente en sus alegaciones.²⁴

1. Admisión de la demanda

La demanda es el acto procesal mediante el cual la parte actora exige el cumplimiento de determinadas prestaciones a su contraparte (parte demandada) en ejercicio de una acción que le justifique la obtención de ese derecho. En el procedimiento laboral ordinario vamos a tener las acciones derivas del acto que dé origen al procedimiento y que van a variar dependiendo de si se trata de un ejercicio individual o colectivo (Ramírez, 2012, pp. 223-224)

De acuerdo con el artículo 872 de la LFT ésta necesariamente deberá presentarse por escrito, excluyendo la posibilidad de formularse mediante comparecencia. Como nuevos requisitos del modelo de justicia laboral, la demanda debe incluir el ofrecimiento de las pruebas que pretende rendir la parte actora en el juicio, así como informar la existencia de cualquier juicio que haya tenido la actora en contra de esta patronal.

²⁴ Para una mejor comprensión, recomendamos revisar el Amparo Directo en Revisión 2655/2013, en el cual se desarrolla este criterio. 6 de noviembre de 2013, p. 47. 213; Tesis: “ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. XCIX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, Tomo I, marzo de 2014, p. 524. Registro digital 2005794.

Además, deberá acompañarse la demanda²⁵ de la constancia de haber agotado la conciliación prejudicial, y las pruebas de que disponga la parte actora acompañada de los elementos necesarios para su desahogo. Esta disposición debe articularse con el principio de disponibilidad de la prueba y el eximir de la carga de la prueba; de modo que la falta de acompañamiento de elementos para desahogo no tenga como consecuencia declarar desierta la prueba.

En ese sentido, si se ofrece como prueba un archivo multimedia que contiene la videograbación de un incidente de violencia de género contenido en una memoria electrónica resultaría desproporcionado declarar desierta la prueba por no acompañar la prueba de un medio de reproducción de tal archivo (que tendría que permanecer en resguardo del tribunal hasta el desahogo de la misma), cuando se puede llegar al conocimiento de los hechos por otros medios, como la reproducción del archivo en una computadora del propio tribunal. El tribunal debe priorizar los principios de realidad y de disponibilidad de la prueba sobre una aplicación formalista del requisito de acompañar los elementos para el desahogo de la prueba.

Así, recibida la demanda y anexos el órgano jurisdiccional podrá:

- Admitir la demanda.
- Prevenir a la parte actora —trabajadora o beneficiarios— para que subsane las omisiones o irregularidades en el término de 3 días.
- De no subsanarla, éste se encargará de hacerlo y admitirá la demanda.

En esta primera fase, el tribunal hará una identificación preliminar para saber si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia, con la finalidad de que pueda prevenir a la parte actora para que señale todos los actos que pudieran causarle perjuicio, además, para que mencione la totalidad de los hechos y aporte todas las pruebas necesarias para contar con todo el material probatorio necesario para su desahogo en la audiencia.

²⁵ Recibida la demanda el Tribunal asignará un buzón electrónico a la parte actora, con nombre de usuario y clave de acceso, para que pueda revisar los acuerdos dictados en el expediente (LFT, art. 873).

Esto es importante pues, como sabemos no se recibirán pruebas adicionales a las ofrecidas en la demanda, salvo las que se refieran a hechos relacionados con la réplica, siempre que se trate de aquellos que la actora no hubiese tenido conocimiento al presentar su demanda, así como las que se ofrezcan para sustentar las objeciones hechas a las pruebas de las demás partes, o las que se refieran a la objeción de testigos y las supervenientes (LFT, artículo 873).

Además, ante situaciones de poder y desigualdad y/o contextos de violencia el tribunal tiene el “deber de remediar la inequidad en el que se encuentran las partes” (SCJN, 2014). ¿Cómo identificar en qué casos procede tal actuación?

El protocolo para juzgar con perspectiva de género de la SCJN, plantea dos hipótesis:

- **¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de “categorías sospechosas”?**

Es usual que las personas cuyas condiciones de identidad pertenecen a las denominadas “categorías sospechosas”²⁶ se encuentren en condiciones de desigualdad o sean más propensas a enfrentar contextos de violencia. Por consiguiente, es indispensable que las personas juzgadas identifiquen si alguna de las partes se encuentra en ese supuesto, ya que, por un lado, ello implica que se deba otorgar una protección reforzada a quienes integran esos grupos sociales; y, por otro, se convierte en una primera señal de que en el caso será necesario corroborar

²⁶ Se entiende por “categorías sospechosas” aquellos criterios específicamente mencionados en el artículo 1o. de la Constitución Federal como motivos prohibidos de discriminación: origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Asimismo, de acuerdo con lo que ha sostenido la Primera Sala, son categorías sospechosas aquellas que: (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y (iii) no constituyen por sí mismos criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Amparo en revisión 852/2017, 8 de mayo de 2019, p. 58.

si existen o no relaciones de poder, contextos de desigualdad y/o situaciones de violencia (SCJN, 2020, p. 141).

- **¿La persona presenta características que la exponen a una situación agravada de discriminación por tratarse de un caso de interseccionalidad?**

Existen múltiples casos en los que las personas comparten distintos rasgos de identidad que las hacen más proclives a la discriminación. Lo importante en estos casos es prestar particular atención cuando confluyan dos o más categorías sospechosas, sumadas a ciertos contextos como, por ejemplo, pobreza, situación de calle o migración. En tales supuestos, es menester que las personas juzgadas logren identificar el vínculo que existe entre dichos factores y la categoría del género.

Un ejemplo de tales hipótesis fue el amparo directo en revisión 992/2014 resuelto por la SCJN donde determinó que “en un buen número de casos, de la mano de la discriminación por razón de edad se suele actualizar la denominada discriminación múltiple, es decir, cuando se combinan varios factores discriminatorios en un mismo supuesto. Especialmente grave por sus efectos en la exclusión en el mundo laboral, y relevante para la resolución de este caso, es la conjunción de la edad, el género y la apariencia física”. Por lo que ante un potencial caso de discriminación, es indispensable que la actuación proactiva de las personas impartidoras de justicia para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad al momento de admitir la demanda.

Del cual derivó la tesis del rubro: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL. SE ACTUALIZA UNA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE CUANDO DICHO FACTOR SE COMBINA CON OTROS ASPECTOS COMO EL GÉNERO Y LA APARIENCIA FÍSICA.²⁷

²⁷ 1a. CDXXXI/2014 (10a.) [TA] ; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 13, Diciembre de 2014; Tomo I; Pág. 229.

2. Contestación de la demanda

De manera semejante, la contestación de demanda deberá presentarse por escrito e incluir no sólo las defensas y excepciones sino el ofrecimiento de las pruebas propias y la objeción de pruebas de la parte actora (LFT, artículo 873-A). Las excepciones procesales no interrumpen el proceso, y sólo admiten prueba documental y pericial, salvo las excepciones de litispendencia y conexidad que admiten la prueba de inspección de los autos (LFT, artículo 873-A). Al recibir la contestación de demanda, también se le asignará a la parte demandada su propio buzón electrónico.

A partir de la recepción de la contestación, la parte actora podrá objetar las pruebas de la demandada, formular réplica, ofrecer pruebas de sus objeciones y de su réplica. Si la parte patronal en su contestación hace el ofrecimiento del trabajo, la parte actora deberá pronunciarse sobre tal ofrecimiento en su réplica.

La doctrina refiere adecuadamente que las disposiciones que establecen el buzón electrónico tienen la finalidad de agilizar el proceso, pero las partes podrán seguir accediendo al expediente y siendo notificadas de la manera tradicional, “de tal manera que las y los trabajadores que no accedan a estos medios (electrónicos) no se verán afectados” (Alcalde *et al.*, 2021). Es importante que los tribunales garanticen que no existan afectaciones por la falta de acceso a los medios de notificación electrónica, especialmente considerando la brecha digital en el país y su impacto diferenciado en perjuicio de las mujeres (De la Selva, 2015).

Las mismas consecuencias correrán a cargo del demandado si éste no da contestación a la demanda o la formula fuera del plazo concedido para hacerlo, sin perjuicio de que hasta antes de la audiencia preliminar pueda ofrecer pruebas en contrario para demostrar que el actor no era una persona trabajadora o patrona, que no existió el despido o que no son ciertos los hechos afirmados por la parte actora.

El tribunal correrá traslado a la actora con la copia de la contestación a la demanda y sus anexos para que en un plazo de ocho días objete las pruebas de su contra-

parte, formule su réplica y en su caso ofrezca pruebas en relación con dichas objeciones y réplica, acompañando copia de traslado para cada parte; en caso de que se ofrezcan pruebas, la actora deberá acompañar también copia de las mismas.

Sin lugar a dudas, la etapa de demanda y excepciones es la parte más importante en el desarrollo del procedimiento ordinario laboral, pues en la etapa de conciliación, y la base de lo que sucederá en la etapa probatoria. La fijación de la *litis*, por medio de los hechos controvertidos, vendrá a ser el fundamento para que la autoridad laboral resuelva el conflicto planteado, por medio de la valoración de los elementos que le sean proporcionados en el desarrollo del procedimiento (Ramírez, 2012).

Una de las modificaciones más trascendentales se refiere al ofrecimiento, preparación y desahogo de pruebas, dado que ahora, las pruebas deben ofrecerse y acompañarse desde el escrito de demanda y el de contestación (Gaceta, 2019). Además, con base en el principio de celeridad del juicio, se establece la fijación de la *litis* en la primera etapa, que, a diferencia del modelo anterior, se realizaba mediante audiencias sucesivas.

Así, para juzgar con perspectiva de género en esta fase escrita y actuar conforme a los principios del procedimiento laboral, de conformidad con el artículo 685 de la LFT la persona impartidora de justicia deberá atender al principio de realidad sobre los elementos formales que lo contradigan. Además, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso y los fines del derecho del trabajo.

Fase oral

A diferencia de la fase escrita que permite que el tribunal se auxilie de una persona secretaria instructora, la fase oral del procedimiento exige la presencia personal de quien tenga la titularidad del Tribunal.

3. Audiencia preliminar

Esta audiencia prepara la transición de la fase escrita a la fase oral del procedimiento laboral. Tiene por objeto (LFT, artículo 873-E):

- Depurar el procedimiento y resolver las excepciones dilatorias planteadas por las partes;
- Establecer los hechos no controvertidos;
- Admitir o desechar las pruebas ofrecidas por las partes, según sea el caso;
- Citar para audiencia de juicio;
- Resolver el recurso de reconsideración contra los actos u omisiones del secretario instructor.

La sucesión de las etapas se desarrollará conforme al artículo anterior: a) legitimación y excepciones procesales para depurar el procedimiento evitando tácticas dilatorias en el juicio; b) fijación de la litis; c) admisión o desechamiento de pruebas; d) preparación del desahogo de pruebas; e) citar a la audiencia de juicio que se celebrará en un plazo de 20 días; f) resolver el recurso de reconsideración, si es el caso y; g) emitir la declaratoria de cierre de la instrucción (Alcalde, *et al.*, 2019, p. 474).

La preparación de las pruebas será ordenada por el tribunal y excepcionalmente algunas quedarán a cargo de las partes, por ejemplo, la citación de las partes testigo quedan a cargo del oferente salvo causa justificada, en cuyo caso lo notificará el tribunal y deberá efectuarse por lo menos por 3 días de anticipación (Alcalde, *et al.*, 2019, pp. 474 y 475).

En esta etapa preliminar la persona impartidora de justicia debe tener presente que se requiere una especial atención para garantizar que estereotipos²⁸ y prejuicios

²⁸ Los estereotipos de género se distinguen por estar orientados a un conjunto definido de grupos sociales: al grupo de las mujeres, al grupo de los hombres y a los grupos que conforman las diversas identidades de género o minorías sexuales. Esta clase de estereotipos está dedicada a describir qué tipo de atributos personales deberían tener las mujeres, los hombres (ASHMORE Y DEL BOCA CITADAS EN COOK Y CUSAN, 2010, p. 23) en Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para juzgar con perspectiva de género 2020.

de género no condicionen la caracterización de la litis, admisión o desechamiento de pruebas pertinentes a conocer la verdad del conflicto.

En particular porque de los problemas fundamentales con las ideas preconcebidas sobre el género es que se encuentran tan profundamente arraigadas en la sociedad, que no siempre es fácil identificarlas o percibir que están presentes en nuestro pensamiento, o aun cuando las detectamos, hay casos en los que nos rehusamos a eliminarlas, debido a que forman parte de nuestras creencias personales. Lo que sucede en este último supuesto, es que intentamos confirmar la idea preconcebida a partir de la información con la que contamos, inclusive cuando ésta pueda ser contradictoria (SCJN, 2020, p. 177).

Los estereotipos y prejuicios de género se vuelven especialmente problemáticos en la labor jurisdiccional, debido a la responsabilidad que tienen las juezas y los jueces de ser imparciales y de garantizar que todas las personas accedan a la justicia en condiciones de igualdad y sin discriminación. Esto impone a las autoridades jurisdiccionales la responsabilidad de estar en un constante examen sobre las ideas preconcebidas que pueden encontrarse involucradas en la controversia, ya sea porque forman parte de una creencia individual, porque están presentes en los hechos del caso o porque están consagradas en las normas jurídicas. Una de las formas más efectivas para evitar que dichas ideas impacten de manera nociva en la impartición de justicia, es entender de qué forma influyen en los distintos momentos de la resolución de un asunto. (SCJN, 2020, pp., 177 y 178).

Por ello, en esta etapa es posible advertir, al menos dos formas de preconcebidas sobre su impacto²⁹ en las actuaciones de la persona secretaria instructora:

- **Desechamiento de pruebas** debido a una visión estereotipada sobre el género que potencialmente pudiera ser relevantes para una de las partes; por ejemplo, en casos de discriminación, cuando hubiere alegado

²⁹ Se sugiere ver, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para juzgar con perspectiva de género “i. ¿Cómo impactan los estereotipos y prejuicios de género al momento de apreciar los hechos y valorar las pruebas?” pp. 177-179.

la existencia de una relación de poder, estado de vulnerabilidad o un contexto de violencia.

- **Admisión de pruebas** basada en un estereotipo o prejuicio de género, considera relevante algo que no lo es por no tener relación con la litis planteada o resultar inútiles o intrascendentes para la resolución del asunto. Por ejemplo, en un caso de acoso sexual, cuando se presentan videgrabaciones para acreditar la forma de vestir o actitudes de la trabajadora.

Contra tales actuaciones, las partes podrán interponer recurso de reconsideración y, será la persona titular del órgano jurisdiccional quien subsane las irregularidades que se hubieran presentado, de ahí que deberá examinar escrupulosamente el contexto fáctico para adoptar una decisión.

Cuestiones a las que, además pueden acumularse otros problemas que subsistían en el modelo anterior, por ejemplo, una excesiva admisión de pruebas periciales. Problema que fue visibilizado en el Foro Diálogos por la Justicia Cotidiana, en el que participaron conjuntamente el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IJJ)³⁰ que identificó problemas en relación con los justiciables en las diferentes posturas dentro del proceso:

Es práctica de los litigantes ofrecer pruebas periciales por regla y no de manera excepcional. Se ha convertido en una práctica común y con resabio, al ser compleja en su ofrecimiento, admisión y desahogo. Esto permite que los procesos se prolonguen de manera injustificada, retardando la impartición de justicia de manera artificiosa. En ese aspecto, además, se aprovecha la condición social de debilidad de una de las partes en el litigio, donde es recurrente el señalamiento de falta de recursos para el desahogo de dichos medios de prueba y son las juntas las que asignan perito a los actores y, por la mecánica de la prueba, también se designa perito tercero en discordia. (MOLINA, p. 12)

³⁰ Se pudo consultar: Diálogos por la Justicia Cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones, visible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/83995/DIALOGOS_POR_LA_JUSTICIA_COTIDIANA.pdf. [Consultada el 25 de agosto de 2021].

De ahí que la persona impartidora de justicia tiene el deber de velar porque en toda controversia jurisdiccional donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta sea tomada en cuenta a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria (1a. XCIX/2014).

4. Audiencia de juicio

En este modelo de juicio la audiencia se desahoga con la comparecencia de las partes que estén presentes al momento de la apertura, siempre con la presencia de la persona impartidora de justicia, quien, de manera directa e inmediata analizará las pruebas presentadas, escuchará a las partes presentes y dictará sentencia.

El inicio del desarrollo de la audiencia está descrito en el artículo 873-H el cual establece que “[e]l juez contará con las más amplias facultades para conducir el procedimiento”. Esta facultad, posibilita la adecuada aplicación de los principios explicados en este capítulo y requiere, por su parte, una adecuada integración de la perspectiva de género y derechos humanos.

a. Género y justicia en la audiencia de juicio

Para lograr una justicia con perspectiva de género en materia laboral es importante que la persona impartidora de justicia tenga presente el principio de realidad y pueda apreciar los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas (LFT, artículos 685 y 841).

b. Cuestionar los hechos y valorar pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género

Como se ha mencionado, los estereotipos y prejuicios son figuras que “afectan la objetividad de los funcionarios [y funcionarias] estatales [...] influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho”. En esa medida, “comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia”, dando lugar a la

denegación del derecho a acceder a un juicio justo e imparcial, especialmente en el caso de las mujeres, niñas y minorías sexuales, quienes históricamente “han sufrido la discriminación y exclusión derivada de la construcción cultural de la diferencia sexual” (SCJN, Protocolo 2019).

Uno de los ejemplos resueltos en el ámbito judicial tiene que ver con los casos de despido motivados por embarazo. La cuestión central que ha analizado la SCJN en distintos precedentes relacionados con ese tema es lo concerniente a la verosimilitud que se reconoce a la renuncia de una mujer que alega haber sido despedida por estar embarazada. Los estereotipos o prejuicios de género que suelen estar presentes cuando se analiza la credibilidad de la renuncia giran en torno a dos temas centrales: (i) a la idea estereotipada de que resulta razonable y “adecuado” que una mujer renuncie a su trabajo para dedicarse a su rol primordial de madre y cuidadora; y (ii) considerar que las mujeres mienten y se aprovechan de sus ventajas biológicas (en este caso, su capacidad reproductiva) para obtener beneficios injustificados (SCJN, Protocolo 2019).

En estos casos la SCJN ha determinado la obligación de las autoridades jurisdiccionales de “examinar escrupulosamente si existen indicios o pruebas circunstanciales que pudieran llevar a la conclusión de que resulta inverosímil que la trabajadora haya renunciado a su empleo, [...] y tomar en cuenta las características particulares del caso, así como las condiciones personales de la trabajadora, tales como su preparación, estado de salud, solvencia económica y cualquier otro elemento de juicio que permita determinar si es verosímil o no que la trabajadora haya renunciado a su empleo estando embarazada” (SCJN, CT 318/2018).

Otro ejemplo es la “Sentencia de la Minifalda” de la Sala Penal del Tribunal Supremo español donde confirmó, la sentencia de la Audiencia de Lérida (1989), que señalaba que una joven trabajadora de 17 años, “pudo provocar, si acaso inocentemente, al empresario por su vestimenta”. En esta sentencia, el empresario fue condenado a una multa de 40.000 pesetas por un delito de abusos deshonestos con su empleada, por tocamientos en los pechos y glúteos por encima de la ropa y por manifestarle que, a cambio de acceder a sus deseos sexuales, le renovarían el contrato de trabajo (Poyatos, 2019).

También la estereotipación judicial llegó a la Corte Suprema de EEUU en el año 1982 (Ann Hopkins vs Price Waterhouse), al resolver el caso de una mujer a la que se le denegó un ascenso profesional por ser poco femenina no usaba maquillaje, no estilizaba su cabello ni usaba joyas. El Alto Tribunal americano declaró que se vulneró la ley por la estereotipación (discriminación de género) (Poyatos, 2019).

Por ello, es importante que al momento del desahogo el tribunal laboral interprete los hechos y valore las pruebas sin estereotipos discriminatorios, lo que no implica darle más peso probatorio a la evidencia que favorezca a la parte actora o demandada, sino analizar las circunstancias fácticas y los hechos con neutralidad, para lo cual es necesario identificar cuáles son las ideas preconcebidas que fueron planteadas en el transcurso del procedimiento para que éstas no se incorporen en la decisión judicial en perjuicio de alguna de las partes.

c. Facultad de recabar pruebas

Si la persona impartidora de justicia advierte que el material probatorio resulta insuficiente deberá recabar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

Esto implica ordenar con citación de las partes, el examen de documentos y lugares, su reconocimiento por actuarios o peritos y, en general, practicar diligencias que juzgue convenientes para lograr el esclarecimiento de la verdad, así como requerir a las partes para que exhiban los documentos y objetos de que se trate (LFT, artículo 782).

Asimismo, podrá realizar el interrogatorio manera libre a las partes y a todos aquellos que intervengan en el juicio, requerir a autoridades o personas ajenas al juicio que tengan documentos en su poder que puedan contribuir al esclarecimiento de la verdad (LFT, artículos 782 y 783).

d. Cuestionar la neutralidad del derecho aplicable

Para analizar este apartado el tribunal deberá tener presente la discriminación normativa directa e indirecta que puede afectar a algunas de las partes. En estos

casos, la SCJN ha señalado que la discriminación puede ocurrir cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras pero el resultado de su contenido o aplicación es un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica justo en razón de esa desventaja, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable.

Así, la discriminación no solo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo vulnerable, sino también cuando los efectos de su aplicación les genera un daño de discriminación. Esto significa que una ley que en principio parezca neutra, podría tener efectos discriminatorios para cierto grupo de personas que pueden estar asociadas a rubros prohibidos de discriminación o categorías sospechosas (SCJN, AI 8/2014). Es por ello que en estos casos el tribunal deberá optar por una interpretación conforme que elimine la desigualdad normativa existente.

e. Aplicar estándares de derechos humanos

El tribunal laboral al resolver el fondo del asunto deberá dictar una sentencia acorde con las obligaciones constitucionales y convencionales para juzgar con perspectiva de género, lo que conlleva a identificar las normas vinculantes, precedentes nacionales, así como los criterios de la Corte IDH que otorguen mayor protección a las partes.

Para aplicar estos estándares, en principio, deberá identificar las situaciones en particular de las personas derivado de un enfoque interseccional,³¹ el cual “hace referencia a la interacción de condiciones de identidad como raza, clase y género en las experiencias de vida, especialmente en las experiencias de privilegio y opresión” (Gopaldas, 2013, pp. 90-94), del que podrán advertirse las caracterís-

³¹ De acuerdo con las Recomendaciones Generales 28 y 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. Lo cual es una agravante que afecta a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres.

ticas de cada una de las partes y así brindarles una mayor protección al resolver la controversia.

En la práctica, el análisis interseccional conlleva reconocer que las condiciones particulares de una persona pueden fomentar un tipo de opresión o discriminación única y diferente de la que otro ser humano o grupo social puede experimentar con base en alguna de esas categorías presentes en aquella persona. Es decir, la discriminación que sufre una mujer con discapacidad puede ser similar, en ciertas ocasiones, a la que enfrentan otras mujeres sin discapacidad, y en otras, ser parecida a la que están expuestas las personas con discapacidad en general, no obstante esta situación podrá agravarse si la mujer con discapacidad, además, se encuentra en situación de pobreza, forma parte de una comunidad indígena, es menor de edad, es lesbiana y/o se encuentra embarazada (SCJN, 2020, p. 86).

En el mercado laboral, los estereotipos por raza, clase y género afectan de manera desproporcionada a las mujeres, lo que hace necesario un aplicar un enfoque de derechos humanos y género en la actuación judicial para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

f. Lenguaje

El último paso de la metodología para juzgar con perspectiva de género establecido en la tesis 1a./J. 22/2016 (10a.) hace referencia al lenguaje, al mencionar que la persona juzgadora debe “considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género”.

Por ello, en la elaboración de la sentencia es necesario hacer un esfuerzo cuidadoso de aplicar los principios generales para juzgar con perspectiva de género, respecto a la caracterización de la *litis*, la descripción de los hechos alegados, la valoración de las pruebas y la definición de los efectos de la sentencia.

Para ello, será necesario que la redacción evite utilizar expresiones calificativas sobre el género, la cosificación de las mujeres, asociación de atributos de género,

así como frases sexistas o discriminatorias que pudieran causar un efecto revictimizante a alguna de las partes.

X. Procedimiento especial

1. Individual

Los conflictos individuales de naturaleza especial están descritos en el artículo 892 de la LFT.³² De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, estos tienen un común la rapidez del proceso a través de plazos más breves y medidas que concentran la actuación de las partes, ya que, por su naturaleza, no requieren análisis profundos, ni periodos probatorios largos e innecesarios. Su finalidad es dar agilidad y rapidez a la tramitación de conflictos obrero-patronales.

En general, sigue la estructura y bases del procedimiento ordinario con ajustes que inciden en plazos más cortos para la formulación de contestación, réplica y contrarréplica. El acuerdo de depuración ocurre fuera y previo a la audiencia; y se posibilita el dictado de sentencia sin audiencia de juicio cuando no haya controversia respecto de los hechos o no haya más prueba que la prueba documental, haya sido exhibida y no objetada.³³

Además, se privilegia la tramitación en línea, salvo “imposibilidad material”, con el cual se facilitará la sencillez y celeridad de estos asuntos, que pueden aplicarse, por ejemplo, en la designación de beneficiarios cuando no exista controversia o en el otorgamiento de pensiones que administrativamente requieran resolución judicial. (Alcalde, *et al*, 2019, p. 482). No obstante, considerando la brecha

³² Son conflictos individuales la jornada inhumana, aprobación y fianza de contratos de personas mexicanas contratadas en territorio nacional para prestar servicios fuera de la república; arrendamiento de habitaciones para trabajadores; capacitación y adiestramiento; determinación de antigüedad; pago de prima de antigüedad; repatriación en trabajo de buques; terminación de trabajo en buques por pérdida del buque; traslado y repatriación en trabajo tripulaciones aeronáuticas; indemnizaciones por riesgos de trabajo; oposición a designación de médicos de las empresas, cobro de prestaciones que no excedan de seis meses de salario y designación de beneficiarios, así como los conflictos en materia de seguridad social.

³³ La estructura del procedimiento especial individual se rige por los artículos 892 a 896 de la Ley Federal del Trabajo.

digital³⁴ existente en el país y su impacto diferenciado en perjuicio de las mujeres, será fundamental aplicar la perspectiva de género identificando el contexto de cada una de las partes para no dejarlas en estado de indefensión.

Para juzgar con perspectiva de género en el procedimiento especial, al igual que en el procedimiento ordinario, es importante remitirnos a la metodología descrita en la jurisprudencia 1a./J. 22/2016, ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Es importante resaltar dos puntos sobre la jurisprudencia: I) No son pasos limitativos, es decir, son cuestiones mínimas de actuación, por lo que la persona juzgadora podrá proveerse de estas y otras actuaciones para garantizar la igualdad entre las partes y, II) No son pasos secuenciales, lo que implica que se podrán aplicar y replicar en diversas etapas del procedimiento sin necesidad de agotar cada uno de ellos. Implicaciones que, en materia laboral, deberán estar acompañadas de la celeridad propia de la naturaleza del procedimiento especial.

Un ejemplo de esta actuación se presenta en los casos donde se solicita el pago de una indemnización por muerte de la persona trabajadora, la cual comprende de acuerdo con el artículo 500 de la LFT:

- Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y
- Cinco mil días de salario.

Las personas que tienen derecho a tal resarcimiento económico, de conformidad con el artículo 501 son:

- La viuda o el viudo, los hijos menores de dieciocho años y los mayores de esta edad si tienen una incapacidad de cincuenta por ciento o

³⁴ Para profundizar sobre la brecha digital se recomienda la lectura de “*brecha digital: una revisión conceptual y aportaciones metodológicas para su estudio en México*”, Dulce Angélica Gómez Navarro, Raúl Arturo Alvarado López, Marlen Martínez Domínguez, Christian Díaz de León Castañeda, Revista UNAM, disponible en <http://revistas.unam.mx/index.php/entreciencias/article/view/62611/57630>. [Consultado el 11 de septiembre de 2021].

más, así como los hijos de hasta veinticinco años que se encuentran estudiando en algún plantel del sistema educativo nacional; en ningún caso se efectuará la investigación de dependencia económica, dado que estos reclamantes tienen la presunción a su favor de la dependencia económica;

- Los ascendientes concurrirán con las personas mencionadas en la fracción anterior sin necesidad de realizar investigación económica, a menos que se pruebe que no dependían económicamente del trabajador;
- A falta de cónyuge supérstite, concurrirá con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, sin necesidad de realizar investigación económica, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato;
- Las personas que dependían económicamente del trabajador concurrirán con quienes estén contemplados en cualquiera de las hipótesis de las fracciones anteriores, debiendo acreditar la dependencia económica, y
- A falta de las personas mencionadas en las fracciones anteriores, el Instituto Mexicano del Seguro Social.

Para el pago de la indemnización el tribunal llevará a cabo el procedimiento establecido en el artículo 503 del citado ordenamiento, el cual tiene un doble objetivo:³⁵

³⁵ Para mayor abundamiento sobre el procedimiento para convocar a quienes estimen tener derecho a ser declarados beneficiarios del trabajador finado: Jurisprudencia 2a./J. 68/2008, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: INDEMNIZACIÓN EN CASO DE MUERTE POR RIESGO DE TRABAJO. PARA DETERMINAR QUIÉNES SON BENEFICIARIOS DEL TRABAJADOR FALLECIDO, LA AUTORIDAD LABORAL DEBE FIJAR LA CONVOCATORIA EN EL CENTRO DE TRABAJO Y REALIZAR LA INVESTIGACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 503, FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

- Determinar quién o quiénes y en qué proporción en su caso, tienen derecho al pago de la indemnización por la muerte del trabajador por riesgos de trabajo, esto es, si el cónyuge, hijos, ascendientes, concubino, [...] o Instituto Mexicano del Seguro Social, y;
- Liberar al patrón de responsabilidad hecho el pago en cumplimiento de la resolución [...], pues las personas que se presenten a deducir sus derechos con posterioridad a la fecha en que se hubiese verificado el pago, sólo podrán deducir su acción en contra de los beneficiarios que lo recibieron. (SCJN, 2017).

Ahora bien, descrito el procedimiento, es posible advertir que la normativa protege el derecho a la indemnización —entre otros— de la viuda o el viudo, así como los hijos sin contemplar a las *parejas de hecho*, como beneficiarias.

Desde el ámbito familiar, la Primera Sala estableció que la familia no puede ser interpretada desde un punto de vista restrictivo y centrado al ámbito matrimonial, sino que debe ser entendida de manera más amplia. Definió a las parejas de hecho como aquellas que “convivan de forma constante y estable, fundadas en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua.”³⁶

Asimismo, señaló que hacer una distinción entre uniones de hecho y en matrimonio constituye una distinción con basada en una categoría sospechosa —el estado civil— “puede encontrarse sujeta a un escrutinio estricto para determinar si la misma es objetiva, razonable, proporcional y si no lesiona derechos fundamentales”. (SCJN, 2014)

Con esta perspectiva, basada en la igualdad sustantiva, el tribunal deberá tener en cuenta la neutralidad del derecho aplicable así como el contexto de cada caso, para que al desarrollar el procedimiento de investigación de personas beneficiarias que establece el artículo 503, en relación con el artículo 782, tome en cuenta los

³⁶ Además del citado ADR 230/2014 de 19 de noviembre de 2019, razones similares fueron emitidas en la CT 163/2007, CT 148/2012, ADR 597/2014, ADR 4355/2015, ADR 928/2017, ADR 557/2018, ADR 5630/2017 y ADR 3703/2018.

diversos tipos de familia existentes, y en su caso, ejerza su facultad probatoria con la finalidad de no vulnerar los derechos de las personas beneficiarias con las que el/la trabajadora guardaba una relación familiar.

2. Colectivo

Los conflictos colectivos de naturaleza especial están establecidos en el artículo 897 de la LFT.³⁷ Al igual que en el procedimiento especial de conflictos individuales, los plazos para contestación, réplica y contrarréplica son abreviados, y la depuración del procedimiento se realiza en un acuerdo fuera de audiencia.

En los conflictos relativos a pérdidas de mayoría y por tanto de titularidad de contrato colectivo o de administración de Contrato-Ley, se resolverá únicamente mediante consulta con voto personal, libre, directo y secreto. Éstos, los conflictos por violaciones a derechos fundamentales en materia colectiva que atenten contra la libertad de asociación, libertad sindical, negociación colectiva, y los conflictos de impugnación de elección de directivas sindicales tienen en común que no requieren agotar Conciliación Prejudicial, dado que los derechos en cuestión a negociación.

En el recuento de trabajadores regulado en el artículo 897-F, el tribunal con base en los principios de realidad y de disponibilidad de la prueba, podrá configurar un padrón confiable. Además, de tomar las medidas necesarias para: I) Garantizar que la consulta se desarrolle en un lugar neutral y que el voto se pueda ejercer de manera libre y secreta y; II) Evitar la injerencia patronal en la votación, así como ante el ejercicio de violencia por cualquiera de las partes.

³⁷ Son conflictos colectivos pérdida de mayoría y por tanto de titularidad de contrato colectivo; pérdida de mayoría y por tanto de administración de Contrato-Ley; subsanación o corrección de reglamento interior de trabajo; suspensión colectiva de relaciones de trabajo por fuerza mayor, falta de materia prima o falta de ministraciones del Estado indispensables; terminación colectiva de relaciones de trabajo por fuerza mayor, agotamiento de la materia de trabajo y concurso o quiebra; reducción de personal por implantación de maquinaria o procedimientos nuevos; así como violaciones a derechos fundamentales en materia colectiva que atenten contra la libertad de asociación, libertad sindical, negociación colectiva, impugnación de elección de directivas sindicales, o sanciones sindicales que limiten el derecho a votar y ser votado. El procedimiento especial colectivo está previsto en los artículos 897-A al 897-G.

En estos procedimientos será fundamental que la perspectiva de género oriente a quien imparte justicia para identificar y tomar en consideración los impactos diferenciales por razón de sexo y de género de los conflictos. Por ejemplo, un conflicto de elección de directivas sindicales por cuestiones de género, pues derivado de la reforma a la LFT las integraciones de las directivas sindicales deberán estar representadas proporcionalmente en razón género, lo cual es relevante debido a la histórica falta de igualdad sustantiva entre hombre y mujeres en el ejercicio de cargos sindicales (artículo 371, fracción IX Bis).

Ahora bien, a nivel internacional, la Corte IDH a través de la Opinión consultiva-27/21 sobre “Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género” señaló los criterios que se deben de aplicar para el ejercicio de estos derechos con perspectiva de género, los cuales, pueden ser inclusivos de otros grupos de personas en situación de vulnerabilidad, como son las personas LGBTI+.

En el ámbito sindical, la Corte consideró que “la autonomía sindical no ampara medidas que limiten el ejercicio de los derechos sindicales de las mujeres dentro de los sindicatos”. Además, señaló la especial protección a lideresas contra actos de violencia, y cualquier otra forma de discriminación, dentro o fuera de la vida sindical:

Las lideresas sindicales defienden los derechos e intereses laborales de los trabajadores y las trabajadoras, y como tales realizan funciones como defensoras de derechos humanos. Esto implica la existencia de riesgos y amenazas provenientes de agentes estatales y no estatales, los cuales pueden además verse agravados por normas sociales y estereotipos. En ese sentido, los Estados deben adoptar medidas que permitan el ejercicio de la labor de lideresas en un entorno libre de violencia. El Tribunal advierte que los Estados están obligados a garantizar el ejercicio efectivo de la libertad de reunión, la libertad de asociación, y la libertad de expresión en contextos de manifestaciones públicas o acciones de protesta de las lideresas sindicales y a las personas que trabajan en derechos de la mujer y cuestiones de género. (Corte IDH, párrafo 199).

También en el Sistema Interamericano en sentencias recientes como *Caso empleados de la fábrica de fuego de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, la

Corte IDH indicó que el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, salud e higiene debe adecuarse a las medidas para erradicar la discriminación contra las mujeres:

[E]l artículo 11.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en el trabajo, e incluye dentro de este tipo de medidas “el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. (Corte IDH, 2020, párr. 163)

La Corte IDH retoma el criterio dado por la Organización Internacional del Trabajo, en donde urge que se mejoren las condiciones de trabajo, en particular de aquellos grupos en situación de vulnerabilidad, como lo son las infancias, adolescencias y mujeres. Además, señaló que el Estado debe de adoptar todas las medidas de acción positiva para que las mujeres, pueden tener las mismas condiciones laborales y un ambiente sano en el cual desarrollarse plenamente.

Teniendo en cuenta que se conoce el problema para este gremio en específico, las actuaciones deben de ser acordes con los principios interamericanos y universales. Por ejemplo, si existe un artículo o ley que propicia las condiciones desiguales o que ponen en peligro a las personas, se tiene la obligación de:

- Adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer respecto de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

Finalmente, la Corte IDH en el caso citado determinó que el derecho a las condiciones equitativas y satisfactorias que aseguren la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo, implica la adopción de medidas para la prevención y reducción de riesgos inherentes al trabajo y de accidentes laborales; la obligación de proveer equipos de protección adecuados frente a los riesgos derivados del trabajo; la

caracterización, a cargo de las autoridades de trabajo, de la insalubridad e inseguridad en el trabajo; y la obligación de fiscalizar estas condiciones, también cargo de las autoridades laborales.

XI. Conflictos individuales de seguridad social

La seguridad social en nuestro país tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado (Ley del Seguro Social, artículo 2).

En la Ley Federal del Trabajo este tipo de conflictos se incorpora al procedimiento sumario con la reforma publicada en 2012 para darle mayor celeridad a las problemáticas suscitadas con motivo del otorgamiento de prestaciones de seguridad social, dado que representaban más de la mitad de los casos resueltos por las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje.³⁸

Su objeto es reclamar el otorgamiento de prestaciones en dinero o en especie, derivadas de los diversos seguros que componen el régimen obligatorio del Seguro Social, organizado y administrado por el Instituto Mexicano del Seguro Social, y de aquellas que conforme a la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, deban cubrir el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y las Administradoras de Fondos para el Retiro, así como las que resulten aplicables en virtud de contratos colectivos de trabajo o contratos-Ley que contengan beneficios en materia de seguridad social. (LFT, artículo 899-A).

De acuerdo con el artículo 899-B de la citada ley las personas que se encuentran legitimadas para promover estos juicios, ante los Tribunales laborales, son los

³⁸ Gaceta, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/61/2011/mar/20110310-II/Iniciativa-5.html>

trabajadores, asegurados, pensionados o sus beneficiarios, que sean titulares de derechos derivados de los seguros que comprende el régimen del seguro social, los trabajadores que sean titulares de derechos derivados del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores o sus beneficiarios, los titulares de las cuentas individuales del Sistema de Ahorro para el Retiro de los trabajadores sujetos a esta Ley o sus beneficiarios; y a quienes les resulten aplicables los contratos colectivos de trabajo o contratos-Ley que contengan beneficios en materia de seguridad social.

Ahora bien, de la interpretación los artículos 899-A, 899-B, 899-C y 899-D la Segunda Sala en la Contradicción de Tesis 449/2016³⁹ estableció que la demanda debe contener los requisitos establecidos en el artículo 899-C que les sean propios a las referidas acciones. Requisitos que “no pueden entenderse como simples formalidades de la demanda, sino en todo caso, como condiciones para la existencia de esta y procedibilidad de la acción entablada”.

Con ello, la autoridad del trabajo, al momento de fijar la litis y distribuir las cargas probatorias, contará con los elementos suficientes para dirimir la controversia y dar solución a los conflictos de naturaleza de seguridad social, con apego al principio de inmediatez que rige a los juicios laborales.

Adoptadas estas consideraciones, el tribunal podrá identificar si en el caso existen situaciones de vulnerabilidad cuando se presenten los litigios en seguridad social. La SCJN a través de sus precedentes⁴⁰ ha definido dos aspectos importantes para garantizar la igualdad: I) La prohibición de exigir requisitos adicionales para acceder al sistema de pensiones por razón de género y II) el Acceso a guarderías para padres trabajadores.

El Pleno de la SCJN en la acción de inconstitucionalidad 4/2016⁴¹ estableció la prohibición de exigir requisitos adicionales —como que tenga una discapacidad

³⁹ Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 449/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de abril de 2017.

⁴⁰ Se sugiere la lectura del cuaderno de jurisprudencia núm. 6. Derecho a la seguridad social. Pensión por viudez en el matrimonio, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴¹ Sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad 4/2016, Tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de marzo de 2019.

total que le impida trabajar para recibir el beneficio económico—, al concubino para acceder al sistema de pensiones por razón de género en comparación con la concubina, pues, ante situaciones iguales, el tratamiento es injustificadamente distinto, estableció que en el caso, se violaba los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación y, por ende, los de seguridad social.

Por su parte, en el amparo en revisión 59/2016⁴² al resolver un caso donde el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) le negó la solicitud a un padre de inscribir a su hijo a una de sus guarderías dado que no se encontraba en ninguno de los supuestos de los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social. La Segunda Sala evidenció los roles de género en la legislación, conforme a los cuales la mujer debía cubrir la crianza de los hijos y el hombre ser el proveedor, sin considerar que esta es una responsabilidad compartida de los padres, que deben participar en igual medida.

Bajo esa perspectiva, la legislación establecía que el seguro de guarderías cubriría los cuidados de las y los hijos durante la jornada laboral de la madre, y de los padres solo en caso de divorcio, viudez o custodia. Por lo que la trabajadora siempre tendría acceso al servicio de guardería pues, según los estereotipos de género, en ella recae la responsabilidad de cuidar de las hijas e hijos. Mientras que el padre sólo tendría acceso si no tuviera una esposa que cumpliera el rol de cuidadora, dado que el estereotipo de género no le imponía un rol de cuidado.

Así, al cuestionar los estereotipos preconcebidos en las leyes respecto de las funciones de uno u otro género, así como actuar con neutralidad en la aplicación de la norma jurídica la SCJN determinó que los citados artículos de la Ley del Seguro Social violaban el derecho humano de no discriminación, de igualdad, de seguridad social y el del interés superior de la niñez porque, en razón de género privaban a las niñas y niños de su acceso. Finalmente, la Segunda Sala concedió la protección constitucional solicitada.

⁴² Sentencia recaída en el amparo en revisión 59/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de enero de 2017.

XII. Procedimiento de los conflictos colectivos de naturaleza económica

Los conflictos colectivos de naturaleza económica son aquéllos cuyo planteamiento tiene por objeto la modificación o implantación de nuevas condiciones de trabajo, o bien, la suspensión, o terminación de las relaciones colectivas de trabajo.

De acuerdo con el artículo 93 de la LFT, la legitimación en estos casos recae en:

- Sindicatos titulares de los contratos colectivos de trabajo.
- La mayoría de los trabajadores.
- El patrón.

El tribunal, a fin de conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones, en su resolución podrá aumentar o disminuir el personal, la jornada, la semana de trabajo, los salarios y, en general, modificar las condiciones de trabajo de la empresa o establecimiento, sin que en ningún caso pueda reducir los derechos mínimos consignados en las leyes.

En estos casos al juzgar con perspectiva de género el tribunal deberá eliminar barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo, es decir, se impartir justicia considerando las situaciones de desventaja que impiden la igualdad por cuestión de género, por ejemplo, al advertir casos que involucren brechas salariales entre hombres y mujeres, lo que garantizará el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Bibliografía

Libros

AGUIRRE, R. y FERRARI, F., “Las encuestas sobre uso del tiempo y trabajo no remunerado en América Latina y el Caribe. Caminos recorridos y desafíos hacia el futuro”. Serie Asuntos de Género de CEPAL N° 22.

- ALCALDE, Arturo *et al.*, (2019) Ley Federal del Trabajo. Reforma 2019 comentada. México. Porrúa.
- BOVINO A., (2005), Principios Políticos del Proceso Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- CAFFERATA NORES, José, (1998) Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas. Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires.
- CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL COLEGIO DE MÉXICO, A.C., (2013) “Evolución de la brecha salarial de género en México” de Arceo Gómez, Eva O. y Campos Vázquez, Raymundo M. Documento de trabajo Núm. VII-2013. Disponible en: <http://cee.colmex.mx/documentos/documentos-de-trabajo/2013/dt20137.pdf>
- CHIONG ARAUZ, F, *Los principios procesales en el sistema oral civil*. Disponible en: es.scribd.com/document/141969105/Los-Principios-Procesales-en-El-Sistema-Oral-Civil-Flavio-Chiong
- CODHEM, *Memorias del Foro Regional de la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos*, México, 1998. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4813/6.pdf>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), (2011), *El trabajo y mujeres*. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresdesc2011.pdf>
- Diálogos por la Justicia Cotidiana. *Diagnósticos conjuntos y soluciones*. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/83995/DIALOGOS_POR_LA_JUSTICIA_COTIDIANA.pdf
- Escuela de Formación Judicial, Consejo de la Judicatura Federal, (2021) “La constitucionalización del derecho laboral”, Curso de Especialización sobre la Reforma en materia de Justicia Laboral.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal*, Juicios Orales, La reforma en Iberoamérica, Homenaje al Maestro Cipriano Gómez Lara, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3330/18.pdf>

———, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 463-522. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1978/19.pdf>

HERRERA ABIÁN, ROSARIO, (2006) *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Editorial Comares, España, págs. 4 a 6.

Las Mexicanas y el Trabajo II. Estudio del Instituto Nacional de la Mujer, publicado en septiembre de 2003, consultable en http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100500.pdf

LÓPEZ, J. (2008), “Los derechos laborales en el sistema interamericano de protección de derechos humanos: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.”

Los cuidados y el trabajo en México. Un análisis a partir de la Encuesta Laboral y de Corresponsabilidad Social (ELCOS), (2012), consultable en <http://inmujeres.gob.mx/inmujeres/images/stories/cuadernos/ct40.pdf>

LOUSADA AROCHENA, José Fernanddo, (2015) et al, *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Ediciones Laborum, Murcia España.

MOLINA MARTÍNEZ, Sergio Javier, *El Nuevo Sistema laboral mexicano. Los principios que ahora deben conformarlo*. Disponible en: <https://www.cjf.gob.mx/micrositios/uirmjl/resources/textos/nuevoSistemaProcesalLaboralMexicano.pdf>

OLIVIA SANTOS Andrés de la et al, *Introducción al Derecho Procesal*, 2a. edición, Madrid, Ceres.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), (2008) *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de Género*, segunda edición, Ginebra. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_094520.pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), (2009) “Balancing paid work, unpaid work and leisure”, consultable en <http://www.oecd.org/gender/data/Balancingpaidworkunpaid-workandleisure.htm>

PODETTI, H. Capítulo 8: Los principios del derecho del trabajo, en *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Buen Lozano, Néstor de Morgado Valenzuela, Emilio, Coordinadores. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/139-instituciones-de-derecho-del-trabajo-y-de-la-seguridad-social>

Secretaría de Trabajo y Previsión Social, *Manual de Conciliación Laboral. Materia Individual*.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cuaderno de Jurisprudencia Núm. 6. Derecho a la Seguridad Social, Pensión por Viudez en el Matrimonio, Centro de Estudios Constitucionales.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (En línea). Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)

INMUJERES, (2009), *Valor económico del trabajo doméstico en México. Aportaciones de Mujeres y Hombres*. Disponible en: <http://www.inmujeres.gob.mx/inmujeres/images/stories/cuadernos/ct21.pdf>.

VALLEJO, F (2019), *La oralidad laboral, derecho procesal del trabajo y de la seguridad social*.

Revistas

GÓMEZ NAVARRO, Dulce Angélica, ALVARADO LÓPEZ, Raúl Arturo, MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, Marlen, DE LEÓN CASTAÑEDA, Christian Díaz, *Brecha Digital: Una Revisión Conceptual y Aportaciones Metodológicas para su estudio en México*, “Revista UNAM”. Disponible en <http://revistas.unam.mx/index.php/entreciencias/article/view/62611/57630>.

HOCHSCHILD, A. R., (1999) *The Time Bind*. New York: Holt. Citado en *Playing all the Roles: Gender and the Work-Family Balancing Act*. Milkie, Melissa and Peltola, Pia. *Journal of Marriage and Family*, vol. 61. No. 2, Mayo, páginas 476-490.

POYATOS I MATAS, Gloria, (2019) *Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa*, *Revista de Género e Igualdad*, p. 1-21. Disponible en: <https://revistas.um.es/igual/article/view/341501>

RAMÍREZ BECERRIL, Nallely, (2020) *Los Principios de la Conciliación Prejudicial en el Nuevo Modelo Laboral Mexicano*, “Revista Mexicana de Justicias Orales”, Año 3, N° 2, julio-diciembre, página 69. Disponible en: <https://www.revistajusticiasorales.com.mx/los-principios-de-la-conciliacion-prejudicial-en-el-nuevo-modelo-laboral-mexicano/>

RAMÍREZ JUÁREZ, Claudia Lizbeth, (2012) *El procedimiento ordinario laboral en la Ley Federal del Trabajo*, México, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 14, enero-junio, pp. 215-235. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9683/11711>

Legislación Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Federal del Trabajo
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

Legislación Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Diario Oficial de la Federación*, 07 de mayo de 1981.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de mayo de 1981.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de mayo de 1981.

Tesis jurisprudenciales

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 29, Tomo II, abril de 2016, p. 836, registro digital 2011430.

“INDEMNIZACIÓN EN CASO DE MUERTE POR RIESGO DE TRABAJO. PARA DETERMINAR QUIÉNES SON BENEFICIARIOS DEL TRABAJADOR FALLECIDO, LA AUTORIDAD LABORAL DEBE FIJAR LA CONVOCATORIA EN EL CENTRO DE TRABAJO Y REALIZAR LA INVESTIGACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 503, FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.”, Tesis: 2a./J. 68/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, Abril de 2008, página 591, registro digital 169871.

“MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.” Tesis: P/J. 21/98, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo VII, Marzo de 1998, página 18, registro digital 196727.

“PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL.”, Tesis: P/J. 9/2016

(10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, página 112, registro digital 2012594.

“PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DECLARACIÓN DE BENEFICIARIOS. LA RESOLUCIÓN QUE LO DIRIME TIENE LA NATURALEZA DE LAUDO, POR LO QUE, EN SU CONTRA, PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO.”, Tesis: 2a./J. 1/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 39, Febrero de 2017, Tomo I, página 530, registro digital 2013592.

Tesis Aisladas

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, Tesis 1a. XCIX/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 524, registro digital 2005794.

“DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL. SE ACTUALIZA UNA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE CUANDO DICHO FACTOR SE COMBINA CON OTROS ASPECTOS COMO EL GÉNERO Y LA APARIENCIA FÍSICA.”, Tesis: 1a. CDXXXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, página 229, registro digital 2008095.

“PROVIDENCIAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL BUROCRÁTICO. ATENTO A LOS DERECHOS DE NO DISCRIMINACIÓN Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, PROCEDE DECRETAR LAS NECESARIAS PARA PROPORCIONAR EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL, CUANDO LA MATERIA DEL JUICIO EN EL QUE SE SOLICITAN VERSA SOBRE EL DESPIDO INJUSTIFICADO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA.”, Tesis: III.5o.T.7 L (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 83, Febrero de 2021, Tomo III, página 2901, registro digital 2022750.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala

Amparo Directo en Revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 06 de noviembre de 2013.

Amparo Directo en Revisión 230/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de noviembre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 597/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de noviembre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 992/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de noviembre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 4355/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 05 de abril de 2017.

Amparo en Revisión 910/2016, Primera Sala de la SCJN, 23 de agosto de 2017.

Amparo Directo en Revisión 928/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 04 de julio de 2018.

Amparo Directo en Revisión 1605/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de febrero de 2018.

Amparo Directo en Revisión 5630/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10 de octubre de 2018.

Amparo Directo en Revisión 557/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 03 de octubre de 2018.

Amparo Directo en Revisión 3703/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 31 de octubre de 2018.

Amparo en Revisión 852/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de mayo de 2019.

Contradicción de Tesis 163/2007, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 09 de abril de 2008.

Contradicción de Tesis 148/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de julio de 2012.

Contradicción de Tesis 353/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10 de abril de 2019.

Segunda Sala

Amparo en Revisión 59/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de enero de 2017.

Amparo en Revisión 101/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de mayo de 2019.

Conflicto Competencial 45/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de mayo de 2018.

Contradicción de Tesis 237/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de enero de 2017.

Contradicción de Tesis 422/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de enero de 2017.

Contradicción de Tesis 449/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de abril de 2017.

Contradicción de tesis 318/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 08 de mayo de 2019.

Contradicción de Tesis 346/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de noviembre de 2019.

Pleno

Acción de Inconstitucionalidad 4/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de marzo de 2019.

Amparo Directo 6/2008, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de enero de 2009.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C. No. 257. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

_____, *Caso empleados de la fábrica de fuego de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C, No. 407. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf

_____, *Caso Lagos del Campo vs Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2017, Serie C, No. 340. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

Opinión consultiva

Corte IDH. “Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”, Opinión consultiva OC-27/21. Serie A, No. 27, 2021. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf

———, (2017b) “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

Resoluciones emitidas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Comunicaciones

Recomendaciones Generales

Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18, “No discriminación”, de 10 de noviembre de 1989. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>

CEDAW. Recomendación General No. 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 16 de diciembre de 2010. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338>

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observación General No. 32, “Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, de 29 de septiembre de 2009. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8464.pdf>

CEDAW. Recomendación General No. 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 03 de agosto de 2015. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

Páginas electrónicas

LVIII Legislatura del H. Congreso de la Unión. Exposición de Motivos del Decreto por el que se Reforman, Derogan y Adicionan Diversas Disposiciones de los artículos 74, 78, 102, 115, 116 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia Laboral, y de Reforma Integral a la Ley Federal del Trabajo, presentada por el Diputado Víctor Manuel Ochoa Camposeco, del grupo parlamentario del PRD, en la sesión del jueves 31 de octubre de 2002. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sia/coord/refconst_lviii/html/201.htm

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Historia de la OIT. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>

_____, Ratificaciones de México. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102764

Las pruebas en materia laboral, desde la perspectiva de género

Frida Rodríguez Cruz*

* Maestra en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana. Ha desempeñado diversos cargos en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y actualmente es Secretaria del Decimosexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. El capítulo se desarrolló con las valiosas aportaciones de Artemisa Cabrera Luque.

Las pruebas en materia laboral, desde la perspectiva de género. I. Introducción; II. Protecciones constitucionales, convencionales y legales; III. Perspectiva de género en los distintos momentos de la prueba.

I. Introducción

La materia laboral es una expresión del derecho social que pretende la protección de las y los trabajadores, los cuales se encuentran en una relación de subordinación con respecto a sus empleadores. De ahí la existencia de figuras tales como la suplencia de la queja a favor de la parte trabajadora, pues se parte de la idea de que no se actúa en un plano de igualdad procesal por la propia naturaleza de las relaciones de trabajo, en donde una parte detenta el capital y por ello cuenta con mayores y mejores herramientas para acudir a defenderse a juicio, en tanto que la otra parte acude en un plano de constante subordinación al menos en términos económicos.

La efectiva tutela judicial de un derecho es una cuestión íntimamente relacionada con la prueba de los hechos en los cuales se sustenta el conflicto. Quien ostenta un derecho tiende, consciente de lo expuesto, a garantizar esa prueba. Por ello, la carga de la prueba de un hecho se impone, conforme a criterios de normalidad, a quien alega el derecho sustentado en ese hecho.

Estas reglas generales de distribución de la carga de la prueba resultan insuficientes cuando en los asuntos se plantea o se advierte la existencia de una desigualdad

por razón de género, pues lo que se encuentra en juego es la tutela de derechos de personas que se encuentran en una situación de desventaja histórica y que la Constitución Federal mandata el artículo 1º, su protección reforzada.

Por lo anterior, resulta necesario aplicar el método interpretativo de perspectiva de género en todas las etapas del proceso, que permita identificar y tomar medidas en caso de que alguna de las partes que acuden al juicio se encuentren en desigualdad por razón de género. Si bien el enfoque de género se debe seguir en todo el proceso, lo que se desarrolla en este apartado de manera particular son herramientas para que las y los juzgadores en materia de trabajo puedan aplicar la perspectiva de género en su actuar relacionado con las pruebas.

Para el desarrollo del primer apartado, se insertará un amplio marco constitucional, convencional y legal del cual se deriva la obligación de todas y todos los juzgadores en materia de trabajo de implementar un enfoque de género en su actuar y de manera particular en el tema probatorio. Se espera que dicho marco normativo pueda ser empleado como fundamentación en los laudos que resuelvan asuntos en los que se alegue o advierta un impacto de género, pues se justifica con amplitud la necesidad de reinterpretar las instituciones jurídicas existentes con la finalidad de garantizar el acceso a la justicia de todas las partes, así como generar espacios de trabajo en términos de mayor igualdad entre hombres y mujeres.

En los subsecuentes apartados se desarrollará el estudio de cómo aplicar la perspectiva de género en la conformación de las pruebas, la valoración de las pruebas y la decisión sobre los hechos del caso.

II. Protecciones constitucionales, convencionales y legales

En primer lugar, es importante precisar que la perspectiva de género en el análisis probatorio no sólo es necesario en casos en que se advierta la afectación de derechos de mujeres, pues derivado de una visión integral de la sociedad en donde existen relaciones que se basan en parámetros que imponen ideas y valores sobre los masculino y lo femenino, habrá situaciones en que la imposición de

estos parámetros genere desventajas a más personas, como puede ser a hombres o personas no binarias.

Así, la perspectiva de género no sólo está orientada de manera exclusiva a las mujeres —aunque debe señalarse que sí solemos ser las que padecemos de manera más profunda y frecuente los efectos nocivos de las concepciones sobre los géneros—, sino que es un enfoque que pretende advertir situaciones de desigualdad¹ y desde lo que compete al actuar jurisdiccional, atenderlas.

Ahora bien, hay diversos lineamientos en el marco constitucional e internacional de los derechos humanos, así como en la Ley Federal del Trabajo que brindan protecciones y garantías en relación con la obligación que tienen las y los juzgadores de resolver los asuntos laborales empleando la herramienta interpretativa de perspectiva de género, con la finalidad de generar procedimientos jurisdiccionales y relaciones laborales en términos de igualdad.

Como ya se mencionó en el capítulo correspondiente a perspectiva de género y derecho laboral, la perspectiva de género es una herramienta de análisis que surgió en el ámbito jurídico a partir del reconocimiento de la condición de desigualdad que existe entre los géneros y que produce situaciones de marginación a mujeres y niñas. Esto se traduce en que el ejercicio de sus derechos se encuentra total o parcialmente imposibilitado, ya fuera de manera explícita o mediante prácticas sociales poco visibles, que generan y perpetúan un estado de subordinación.

Ahora bien, el hecho de que las mujeres se encuentren en una situación de opresión por un contexto de dominación estructural que les impide gozar de los derechos en condiciones de igualdad, hace necesaria, entre otras cuestiones, la reinterpretación de diversas instituciones de derecho, mediante la incorporación de una categoría de análisis que tenga en cuenta factores que provocan esa condición de marginación y consecuente vulneración de derechos (SCJN, 2020, p. 79)

¹ Al respecto, puede consultarse lo desarrollado en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la SCJN, pp. 79-82.

La finalidad de la implementación de dicha herramienta interpretativa es que se tomen en cuenta todos esos elementos que colocan a las personas en una situación de desigualdad por razón de su género, pues el no hacerlo entrañaría perpetuar la situación de desigualdad, de modo que se puede afirmar que dicha herramienta tiene su sustento en el principio de igualdad y no discriminación. (*Ibidem*, p. 80)

De manera particular, en materia laboral el mandato de igualdad y no discriminación se desarrolla de manera amplia en diversos documentos, tanto nacionales como internacionales, que dan forma a la obligación de juzgar con perspectiva de género.

La finalidad del marco normativo y jurisprudencial en torno al derecho a la no discriminación en materia laboral tiene como intención última lograr procesos jurisdiccionales que se hagan cargo de las desigualdades derivadas de la mera condición género, atendiendo aquellos motivos que provocan esa situación a través de juicios y resoluciones que permitan construir espacios de trabajo con menos desigualdades entre hombres y mujeres.

El marco constitucional que protege el derecho a la igualdad y no discriminación en materia laboral, se encuentra en el artículo 1º que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de género, así como en el artículo 4º que establece la igualdad entre hombres y mujeres. Por su parte, el artículo 123, tutela el derecho al trabajo digno y socialmente útil, el derecho a salario igual por trabajo igual, con independencia del sexo. Además, ese mismo artículo, establece que durante el embarazo las mujeres “no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación”, se prevé el descanso forzoso de seis semanas antes de la fecha de parto y seis semanas posteriores al mismo, percibiendo su salario, íntegro, conservando su mismo empleo, así como los derechos laborales adquiridos. Por último, señala que, durante el período de lactancia, las mujeres contarán con dos descansos extraordinarios de media hora por día, para alimentar a sus hijos.

Por cuanto hace a documentos internacionales, debe precisarse que, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2º,

párrafo 2, se dispone que los Estados parte se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna; en su artículo 7º se reconoce a las personas el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este derecho incluye la protección contra la violencia y acoso, incluyendo el sexual (Comité DESC, 2016, párr. 6), conductas en contra de la cuales todas las y los trabajadores deben estar protegidos (*Ibidem*, párr. 48).

En la misma línea de ideas, el Protocolo de San Salvador o Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su artículo 6º, la obligación de los Estados de ejecutar y reforzar programas tendentes a que las mujeres puedan contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo, implementado acciones que coadyuven a una adecuada atención familiar, lo cual se traduce en el reconocimiento de que las mujeres no pueden ejercer de manera plena el derecho a un empleo digno sin que el Estado introduzca acciones que incidan en el ámbito familiar.

De manera muy particular, en materia laboral debe atenderse al Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) número 111, de la Organización Internacional del Trabajo que señala que la discriminación está prohibida en el empleo y en la ocupación, términos que hacen alusión tanto al acceso a medios de formación profesional, como a la admisión en el empleo, así como a las condiciones de trabajo; es decir, en dicho instrumento normativo se proscribe la discriminación en todos los momentos que pueden ser comprendidos en los procesos vinculados con el trabajo, lo cual incluye desde el momento de la emisión de una convocatoria o trámites de contratación —incluso antes de existir formalmente una relación laboral mediante la suscripción de un contrato de trabajo— hasta las condiciones de trabajo que tengan incidencia en temas de seguridad social —en donde se pueden incluir las pensiones o jubilaciones.

Para el caso particular de nuestro país, la Suprema Corte ha conocido de asuntos en los que se alega discriminación en los procesos de contratación, aunque lo cierto es que la vía en que se ha realizado el estudio es en la civil, pero no la

laboral. Sin embargo, de plantearse un asunto ante un órgano jurisdiccional especializado en materia laboral en el que se alegue discriminación en los procesos de contratación, el análisis de procedencia en dicha materia podría encontrar justificación en el mencionado Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo.

Aunque la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) no se enfoca en el tema de violencia, lo cierto es que el Comité CEDAW ha señalado que la discriminación impide gravemente el goce de derechos y libertades en términos de igualdad con los hombres.” (CEDAW, 1992, párr. 17).

El artículo 11 de la convención, establece la obligación de llevar a cabo medidas para la eliminación de la discriminación expresada mediante violencia en contra de las mujeres en el empleo, así como medidas para asegurar los mismos derechos y condiciones de igualdad, en específico: derecho al trabajo, mismas oportunidades de empleo, elegir libremente su profesión y empleo, ascenso, estabilidad en el empleo, a prestaciones y condiciones de servicio, formación profesional y readiestramiento, igual remuneración, igualdad de trato en la evaluación, seguridad social, protección de la salud, seguridad en las condiciones de trabajo y salvaguarda de la función de reproducción.

Con la finalidad de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, el mismo precepto establece las siguientes medidas: prohibición del despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad; la discriminación en los despidos por el estado civil; contar con licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables, sin que se pierda el empleo, la antigüedad o beneficios sociales; permitir que los padres combinen las obligaciones familiares con las responsabilidades del trabajo; y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado, puedan resultar perjudiciales para ella.

Más recientemente, el Comité ha recomendado fomentar la participación del sector privado para enfrentar la discriminación laboral con el objetivo de crear

espacios de trabajo seguros para las mujeres trabajadoras, para lo cual propuesto implementar procedimientos internos de denuncia eficaces y accesibles, así como abordar el derecho a prestaciones para las víctimas en el lugar de trabajo (CEDAW, 2017).

Otro documento esencial, es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o Convención Belém do Pará, que constituye el primer documento donde se reconoció el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia. Según los artículos 1 y 2 de dicha convención, se debe entender por violencia contra las mujeres cualquier conducta que basada en el género cause daño, sufrimiento físico, sexual, psicológico o incluso la muerte a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado y de manera particular refiere que debe considerarse violencia en contra de la mujer el acoso sexual que se perpetúe en los lugares de trabajo.

En esa línea de ideas, la mencionada Convención también le impone al Estado la obligación de atender, sancionar, reparar y prevenir la discriminación de género que viven las mujeres en el ámbito laboral.

Por otro lado, es importante mencionar el Convenio sobre la Violencia y el Acoso número 190 de la Organización Internacional del Trabajo que, aunque aún no ha sido ratificado por México, contiene criterios que condensan estudios y recomendaciones en la materia y que pueden ser de mucha utilidad al funcionar como criterios orientadores para las y los operadores de justicia en la resolución de casos en los que se enfrenten a procesos judiciales relacionados con discriminación y violencia en las relaciones laborales.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha concluido que las juezas y jueces están obligados a juzgar con perspectiva de género en todos los juicios, incluyendo la materia laboral. Esto se traduce en que, cuando se analicen casos de discriminación en el trabajo, se debe estudiar la manera en la que el género en el caso concreto condiciona o provoca desventajas en las situaciones particulares de las mujeres y una vez que ello sea advertido, se deberá asegurar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condiciones de igualdad sustantiva. Dicha obligación se encuentra contenida en la jurisprudencia P. XX/2015 (10a.) emitida

por el Pleno de la Suprema Corte, de rubro: *“IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL ESTADO MEXICANO EN LA MATERIA.”*

Al resolver la contradicción de tesis 422/2016, la Segunda Sala de la Suprema Corte puntualizó la prohibición prevista en el artículo 1º de la Constitución Federal de toda discriminación motivada, entre otras, por cuestiones de género, que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. En esa línea de ideas, agregó que las y los juzgadores, al resolver los asuntos que se sometan a su jurisdicción, tienen el deber de evitar cualquier clase de discriminación o prejuicio en razón del género de las personas.

Sostuvo que la discriminación por razón de sexo abarca tratamientos peyorativos que se sustentan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con aquél una conexión directa e inequívoca.

Señaló, que, ante la existencia de esa situación de desigualdad o discriminación, la perspectiva de género en la impartición de justicia obligaba a interpretar las normas y actos tomando en cuenta los principios ideológicos que la basaban, así como la forma en que inciden de manera diferenciada, en las personas que acuden a los procesos jurisdiccionales, pues sólo así se puede aspirar a aplicar adecuadamente los principios de igualdad y equidad en los juicios. Ello, porque solo a partir de la explicación de las diferencias entre hombres y mujeres, se reconoce la forma en que se enfrentan a una problemática concreta y los efectos diferenciados que producen las normas y las prácticas institucionales.

En ese sentido, la Segunda Sala de la Corte apuntó que al juzgar con perspectiva de género se pretende detectar y eliminar barreras y obstáculos que generan discriminación a las personas por condición de género, es decir, para que se juzgue y resuelva los asuntos considerando las situaciones de desventaja que impiden la igualdad por esa condición.

Finalmente, en la contradicción de tesis referida se afirmó que el reconocimiento de los derechos de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación y de

acceso a la justicia en condiciones de igualdad, exige que todos los órganos jurisdiccionales del país impartan justicia con perspectiva de género.

Estas disposiciones y criterios han ampliado las nociones tradicionales respecto del derecho laboral, en especial de las protecciones de las y los trabajadores con respecto a la discriminación y desigualdad que se actualiza en este contexto. En esta línea, resulta importante retomar los estándares normativos en el contexto mexicano.

Ahora bien, en septiembre 2012 se reformó la Ley Federal del Trabajo para incluir protecciones para los derechos de las mujeres trabajadoras, ya que era necesario reconocerlos de manera explícita y prohibir en la ley la discriminación a la que se enfrentan en el contexto actual.

En dicha reforma se integró al artículo 2º de la ley laboral, el concepto de trabajo digno o decente entendido como aquel en el que se respeta plenamente la dignidad humana de la persona trabajadora, la no discriminación por las categorías contenidas en el artículo 1º constitucional —es decir, origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil—, tanto en los ámbitos individual y colectivo, así como el acceso a la seguridad social. Es precisamente la definición de trabajo digno contenida en el referido artículo la que dio fundamento a la reciente reforma de 2019.

Se habló expresamente sobre la tutela de la igualdad sustantiva o de hecho, haciendo referencia que se logra eliminando en la realidad la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos. Concepto que se reforzó con el contenido del artículo 3º, también inserto en esa misma reforma, en el cual se estableció que no se podían imponer condiciones que implicaran discriminación entre las personas trabajadoras por razón de género.

Además, la ley señala distintas obligaciones para los y las empleadoras con el fin de proteger a las y los trabajadores de la violencia en el trabajo. Por un lado, tienen prohibido realizar actos de acoso u hostigamiento sexual en el centro de

trabajo.² En consecuencia, una persona trabajadora puede terminar su relación de trabajo sin responsabilidad para ella cuando la empleadora o empleador realice actos de violencia, amenazas, hostigamiento y/o acoso sexual.³

Más tarde, como parte de una reforma integral en el ámbito de justicia laboral, en 2019 volvió a modificarse la Ley Federal del Trabajo para integrar en el artículo 132, fracción XXXI, la obligación de las personas empleadoras de crear protocolos en conjunto con las y los trabajadores “para prevenir la discriminación por razones de género, así como la atención de casos de violencia y acoso u hostigamiento sexual.”⁴ Como parte de esta reforma, además, se estableció que “es de interés social garantizar un ambiente laboral libre de discriminación y de violencia”, mandato que implica necesariamente visibilizar las desigualdades que existen entre los géneros.

Como parte de la reforma, se modificó el artículo 127, fracción IV, para señalar que las madres trabajadoras, durante los periodos pre y postnatales, durante el periodo de incapacidad temporal, serán consideradas como trabajadoras en servicio activo, adición que se inserta en el marco de protección especial que amerita la condición de embarazo y lactancia.

En el artículo 164 de la ley laboral, se señaló expresamente que las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres, redacción que replica la esencia del mandato de igualdad contenido en el artículo 1º constitucional, pero de manera particular en el ámbito laboral, y destaca que si bien se establecía la garantía en lo general, de manera específica debía ponerse énfasis en la protección de igualdad cuando se trate en función de la protección las trabajadoras con responsabilidades familiares, asegurando la igualdad de trato y oportunidades.

² Artículo 133, fracciones XII.

³ Artículo 51, fracción II.

⁴ Artículo 132, fracción XXXI. Al respecto, la Secretaría de Previsión Social y de Trabajo publicó recientemente un Modelo de Protocolo para prevenir, atender y erradicar la violencia laboral en los centros de trabajo con el objetivo de establecer un piso mínimo para que las empresas lo incorporen a su normativa interna.

Así, el mencionado artículo cumple la función de que se visibilicen las tensiones entre las responsabilidades laborales y las familiares (normalmente a cargo de las mujeres) con la finalidad de proteger a las personas trabajadoras con responsabilidades familiares, sin que limiten sus posibilidades de ingresar, participar y ascender en el terrero laboral.

En ese sentido, el mandato es que las y los empleadores encuentren esquemas de trabajo que permitan compatibilizar la vida personal, familiar y laboral, con la finalidad de garantizar el ejercicio del derecho al trabajo en términos de mayor igualdad de género, siempre tomando en cuenta que a las mujeres generalmente se les impone la carga de equilibrar trabajo y familia.

La obligación de actuar en clave de igualdad de género de manera integral en materia de trabajo, implicó que dicha obligación fuera introducida en los artículos 358, fracción, II, y 371, fracción IX Bis, de la Ley Federal del Trabajo, en donde se impone la obligación de que las directivas sindicales sean elegidas mediante voto libre, secreto, personal y directo, siempre respetando las reglas democráticas y de igualdad entre hombre y mujeres, incluyendo el principio de representación en razón de género. Es decir, que las dirigencias de los sindicatos deberán estar integradas de manera paritaria.

De manera específica, en la ley laboral se advierte una exigencia cada vez más creciente de inclusión de las mujeres sindicalistas a las directivas del gremio, señalando que en la integración de ellas deberá existir representación proporcional entre hombres y mujeres, lo que implica que deberá atenderse al número de mujeres y hombres que hay en el centro de trabajo, teniendo presente que el objetivo de la norma es garantizar el acceso efectivo de las trabajadoras a los órganos de dirección, quienes históricamente han quedado excluidas de estos ámbitos de decisión.

En este sentido, resulta trascendente que la norma ordene que las mujeres deben integrar en términos de igualdad los órganos directivos sindicales, pues ello se traduce en la participación activa y directa de las trabajadoras en los mecanismos

de negociación de las condiciones de trabajo con los empleadores, en donde se puede lograr la implementación de medidas tendentes a generar espacios cada vez menos desiguales entre trabajadores y trabajadoras.

Por otro lado, la reforma de 2019 procuró dotar de mayores herramientas a los mecanismos de exigibilidad no jurisdiccionales, como lo es la conciliación, de modo que en el artículo 684-E, fracción XII, se estableció que cuando en la solicitud de conciliación se manifieste la existencia de acoso sexual, discriminación u cualquier otro acto de violencia en los que exista el riesgo inminente de revictimización, la autoridad laboral conciliadora deberá tomar medidas necesarias a fin de que las partes no puedan confrontarse.

También destaca la inserción de medidas cautelares, pues en el numeral 857 se establece que la o el secretario instructor podrá decretarlas cuando existan indicios suficientes para presumir que la terminación de la relación laboral fue derivada de la condición de embarazo de la trabajadora, de modo que se podrá ordenar no dar de baja de la institución de seguridad social en la que se encuentra afiliada la trabajadora embarazada; así también en aquellos casos en que se reclame discriminación por embarazo, orientación sexual o por identidad de género, el tribunal deberá tomar las providencias necesarias para evitar que se cancele el goce de derechos fundamentales, tales como la seguridad social.

Finalmente cabe hacer referencia a otros ordenamientos nacionales como la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, que en sus los artículos 1º, 17, 33 y 34, señala como objetivo de la ley regular y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres. Además, se establece la obligación de las autoridades de establecer medidas para asegurar la corresponsabilidad en el trabajo, vida personal y familiar, así como generar medidas para fortalecer el acceso de las mujeres al empleo. El ordenamiento garantiza el principio de igualdad sustantiva entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo, incluyendo ofertas laborales, formación, promoción profesional, así como en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empre-

sariales. Por último, mandata la promoción de condiciones de trabajo libres de acoso sexual y medidas para su prevención.

Por otro lado, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en su artículo 6º, señala que la violencia económica consiste en toda acción u omisión que afecta la supervivencia económica de la víctima, lo que incluye la percepción de un salario menor por igual trabajo en el mismo centro laboral. El artículo 10, describe como violencia laboral la que se ejerce por las personas que tienen un vínculo laboral con la víctima, consistente en un acto o una omisión en abuso de poder que daña la autoestima, salud, integridad, libertad y seguridad de la víctima, e impide su desarrollo y atenta contra la igualdad. El artículo 11, señala la prohibición de la violencia laboral generada por: la negativa de contratar a la víctima —entendida como la mujer de cualquier edad a quien se le inflige cualquier tipo de violencia— 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 legal de lactancia. Por su parte, el artículo 13 prohíbe de manera expresa el hostigamiento y acoso sexual en el empleo.

Sirve todo lo mencionado para destacar el parámetro de control de regularidad constitucional que se ha generado en torno al derecho de igualdad y no discriminación por razones de género en el entorno laboral, para profundizar en la obligación que tienen las y los juzgadores de analizar los asuntos que se sometan a su jurisdicción con perspectiva de género, a la luz de los lineamientos que nos brinda el derecho internacional de los derechos humanos mediante los tratados e instrumentos internacionales que han sido ratificados por nuestro país y que constituyen normativa y criterios obligatorios, así como los que aun no se han ratificado pero son fuente valiosa de criterios orientadores que pueden ser retomados por las y los juzgadores a fin de lograr la implementación de las reglas y principios que tienen como finalidad la tutela del derecho tienen todas las personas a un lugar de trabajo libre de discriminación y violencia y de esta forma, transitar a espacios más igualitarios, para lo cual se torna indispensable que las personas operadoras jurídicas se sirvan de todo el basto marco con que se cuenta.

1. Protecciones y las pruebas en el juicio laboral

Aunque no pueda afirmarse que el único fin del proceso probatorio es la obtención de la verdad, ya que en algunas ocasiones ésta cede frente a la consecución de otras metas; lo cierto es que indiscutiblemente, es uno de los prioritarios.

Desde esta óptica, la aplicación del derecho constituye una actividad sumamente compleja que tiene como premisa la determinación de los hechos. Por tanto, previo a resolver lo que en derecho corresponda, la persona juzgadora debe allegarse de la mayor cantidad de elementos de convicción que le permitan conocer la verdad de los hechos controvertidos.

Al respecto, es importante precisar que quien juzga conoce los sucesos pasados mediante las pruebas que le hacen llegar las partes o incluso, mediante aquellas que oficiosamente recaba para mejor proveer. Esto tiene dos implicaciones, la primera es que no puede resolver ignorando el material probatorio puesto a su disposición, mientras que la segunda es que no puede tener por ciertos hechos que no se encuentran debidamente probados.

Es decir, en gran medida, la prueba tiene por objeto la búsqueda de la verdad, pero ésta no puede ser una verdad subjetiva, sino que necesariamente debe sustentarse en los elementos de convicción que obren en el expediente, los cuales deben declararse inadmisibles únicamente en circunstancias plenamente justificadas. De esta forma, la prueba funciona como el único medio a través del cual la persona juzgadora puede traer al presente *“el panorama auténtico de una situación pasada”*.

Este elemento fundamental del proceso laboral, es decir, la prueba —que incluye desde su ofrecimiento, pasando por su desahogo y concluyendo en su valoración y sustento de la decisión— también debe ser analizado con perspectiva de género.

En este rubro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado diferentes momentos en los que ha utilizado la perspectiva de género como herramienta de análisis para identificar de qué forma impacta el género en la controversia: i) al

estudiar el contexto, i) en la apreciación de los hechos, iii) en la valoración de pruebas, v) en la verificación de las previsiones adoptadas durante la investigación de delitos contra mujeres y niñas, v) en la identificación de distintos niveles de discriminación por condiciones de identidad adicionales al género, vi) en la identificación de estereotipos, prejuicios, prácticas y roles de género y vii) en la determinación de medidas de reparación.

De manera particular, la Corte Interamericana ha sostenido que la perspectiva de género tiene especial trascendencia en la valoración probatoria y de manera particular ha destacado dos cuestiones fundamentales:

- a) Que las juezas y jueces están obligados a evitar cualquier idea basada en estereotipos o prejuicios al momento de valorar las pruebas, puesto que, al reproducirse esas ideas mediante una sentencia o laudo, se perpetúan las desigualdades entre los géneros, lo cual se traduce en la vulneración del derecho a la igualdad.⁵

Además, agregó que en los casos en que estos estereotipos son reiterados por parte de las personas juzgadas se impide el desarrollo de investigaciones y decisiones apropiadas, denegándose el derecho de acceso a la justicia.

- b) Que resulta indispensable que las y los jueces identifiquen la forma en la que el género incide al momento de otorgar valor a las pruebas aportadas a los juicios (Corte IDH, 2010).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado una construcción jurisprudencial respecto de la obligación para juzgar con perspectiva de género, partiendo de las obligaciones convencionales que ha contraído el Estado mexicano.⁶ En torno al momento procesal que ahora nos ocupa, se partió de la idea de que el género produce impactos diferenciados en la vida y derechos de

⁵ Criterio sostenido en Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala, 24 de agosto de 2017.

⁶ Así lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo directo en revisión 4811/2015.

las personas que deben ser tomados en consideración al momento de apreciar los hechos, valorar las pruebas e interpretar y aplicar las normas, pues de esa manera se podrían combatir los efectos discriminatorios que la sociedad, las normas y las prácticas institucionales pueden generar en detrimento de las personas.

Como concepto, la obligación de juzgar con perspectiva de género no está prevista expresamente en algún ordenamiento jurídico; más bien, se ha definido y delimitado a partir de la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado sobre los derechos humanos que sí están reconocidos en la Constitución Federal y en diversos tratados internacionales ratificados por México.

El derecho que ha dado sustento a la necesidad de incorporar este método de análisis para los casos en los que el género se configura como un factor determinante en la toma de decisiones, ha sido el de acceso a la justicia en condiciones de igualdad y sin discriminación, el cual permite tutelar y hacer efectivos el resto de derechos a favor de las personas, tales como el derecho a la igualdad y la no discriminación, el de las mujeres a una vida libre de violencia, entre otros.

La implementación de la perspectiva de género en los juicios laborales en donde las juzgadoras y juzgadores adviertan posibles situaciones de desigualdad por razón de género, debe ser en todos los casos, aun cuando las partes procesales no lo soliciten expresamente en sus escritos. Ello, pues basta con que la persona juzgadora advierta que puede existir una situación de discriminación originada por el género, que pueda obstaculizar la impartición de justicia de manera completa y en condiciones de igualdad, para que se actualice la ineludible obligación de implementar ésta herramienta para resolver lo planteado.

Dicho criterio fue sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 2655/2013, de donde emanó la tesis aislada 1a. XCIX/2014 (10a.) “ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”.

Ahora bien, para poder advertir la necesidad de implementar dicha herramienta interpretativa, las y los juzgadores laborales se encuentran obligados a observar

el contenido de la tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), con los matices que la propia materia exige, es decir, partiendo de la premisa de que ya existe una relación de desigualdad procesal, y por ello el artículo 123 de la Constitución Federal y la Ley Federal del Trabajo regulan la relación laboral como un derecho de clases. Como ya se mencionó en párrafos anteriores, esta situación se da, ya a que por un lado se encuentra el o la empleadora, quien se encuentra en mejor condición económica, lo cual permite presumir que puede acceder a mejores servicios de defensa y, al tener la administración de la empresa, cuenta con una mejor posibilidad de allegarse medios probatorios para el juicio, en tanto que, por otro lado se encuentra la persona trabajadora a quien procura tutelar su subsistencia así como la de su familia.⁷

Una vez teniendo presente dicha desigualdad procesal, las personas juzgadoras en materia laboral deberán: i) identificar la existencia de situaciones de poder que por cuestiones de género provoquen desequilibrio entre las partes, para lo cual deberán analizar sus contextos; ii) cuestionar los hechos, admitir, desahogar y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que las pruebas ofrecidas no sean suficientes para conocer la verdad, ordenar las pruebas necesarias poner de manifiesto dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y recaracterizar figuras que tradicionalmente se han aplicado perpetuando situaciones de desventaja, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) aplicar estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, y, vi) considerar en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente.⁸

⁷ Ver tesis aislada “SUPLENIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO LABORAL. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SÓLO OPERE EN BENEFICIO DEL TRABAJADOR, NO VULNERA EL DERECHO HUMANO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN”, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 2a. CXXVIII/2013 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 2, Enero de 2014, Tomo II, página 1595 Registro digital 2005259.

⁸ Ver tesis de jurisprudencia “ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, emitida por la Primera Sala de la Suprema

Así, la perspectiva de género no sólo es pertinente para interpretar las disposiciones normativas, sino que debe ser utilizada para analizar y determinar cómo las condiciones y circunstancias por cuestiones de género afectan la apreciación de los hechos y las pruebas de la controversia. Lo que no quiere decir que la interpretación de la norma no tenga relación alguna con la apreciación de los hechos, pues lo que se resalta es que las preconcepciones que existen en la legislación sobre las características “tradicionales” de los géneros pueden cambiar la manera de percibir y valorar los hechos y pruebas del asunto sometido a consideración de las juezes y juezas.

a. Perspectiva de género en los distintos momentos de la prueba

En materia laboral, la recopilación y valoración de pruebas depende de la forma en la que quede conformada la litis. Por ello, en algunas ocasiones, probar los hechos estará a cargo de la parte actora y en otras de la parte demandada. Como en otras materias, es esencial incorporar la perspectiva de género en la recopilación y valoración de las pruebas —tanto en la asignación del valor de cada una de ellas como en el análisis conjunto que se haga tomando en cuenta los hechos—, desechando cualquier estereotipo o prejuicio respecto al género, permitiendo visualizar las situaciones de desventaja generadas por esta condición.

La metodología que se pretende dejar en claro en este apartado no pretende “crear” nuevos medios probatorios, sino que, su objetivo es mostrar algunos elementos que favorecen la incorporación de la perspectiva de género en su recopilación (ofrecimiento, admisión y desahogo) y valoración (en lo individual y como sustento de la decisión).

Este capítulo está dedicado a la prueba y al razonamiento probatorio, a partir de dos “momentos”: 1) La conformación de las pruebas; 2) la valoración de las pruebas y la decisión sobre los hechos del caso.

2. La conformación de las pruebas

El primer momento corresponde a la conformación de las pruebas, lo cual se traduce en el ofrecimiento y admisión de los medios probatorios, la solicitud oficiosa de pruebas por parte del tribunal, así como el desahogo de las pruebas aportadas al juicio. Todas esas intervenciones serán desarrolladas a continuación con la finalidad de precisar la forma en que las y los juzgadores en materia de trabajo pueden abordar el tratamiento de las pruebas con perspectiva de género en todo el proceso.

En primer lugar, las pruebas que se aporten al juicio deben referirse a los hechos controvertidos cuando no hayan sido confesados por las partes y se ofrecerán acompañadas de todos los elementos necesarios para su desahogo.

El artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo dispone que las y los jueces laborales eximirán de la carga de la prueba al trabajador o trabajadora cuando por otros medios se esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos narrados en la demanda, y para tal efecto a petición de la parte trabajadora o de considerarlo necesario, requerirán al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados.

Así, corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia sobre: 1) fecha de ingreso de la persona trabajadora, 2) antigüedad, 3) inasistencias, 4) causa de rescisión de la relación de trabajo, pues la negativa lisa y llana del despido no revierte la carga de la prueba, 5) el contrato de trabajo, 6) jornada de trabajo ordinaria y extraordinaria, cuando no exceda de nueve horas semanales, 7) de manera general los pagos realizados respecto de salarios y prestaciones, 8) la incorporación y aportaciones al Instituto Mexicano del Seguro Social; al Fondo Nacional de la Vivienda y al Sistema de Ahorro para el Retiro, entre otros supuestos más.

Debe mencionarse que la relación de hechos que debe demostrar el o la empleadora no limitativa de otras situaciones que sean demandadas en juicio y que por su propia naturaleza corresponda al patrón la carga de demostrar o desvirtuar,

como pueden ser los casos en los que se demande discriminación o violencia de género derivada de las relaciones laborales, pues como se señala en los capítulos correspondientes a *Violencia laboral* y *La discriminación en la contratación, promoción y despido*.

De acuerdo con el artículo 776 de la Ley Federal del Trabajo y a fin de acreditar los hechos afirmados en la demanda y contestación, las partes pueden aportar cualquier medio de prueba, pues en materia laboral son admisibles en el proceso todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral y al derecho, y en especial las siguientes:

- I. Confesional
- II. Documental
- III. Testimonial
- IV. Pericial
- V. Inspección
- VI. Presuncional
- VII. Instrumental de actuaciones
- VIII. Fotografías, cintas cinematográficas, registros dactiloscópicos, grabaciones de audio y de video, o las distintas tecnologías de la información y la comunicación, tales como sistemas informáticos, medios electrónicos ópticos, fax, correo electrónico, documento digital, firma electrónica o contraseña y, en general, los medios aportados por los descubrimientos de la ciencia
- IX. Las Constancias de notificación hechas a través del Buzón Electrónico
- X. Los recibos de nómina con sello digital.

La o el juez deberá pronunciarse respecto de la admisión o desechamiento de las pruebas aportadas. Es necesario que tome en cuenta que las partes pueden aportar pruebas para acreditar el contexto particular de vulnerabilidad en el que se encuentran, pues ello puede generar impacto en la apreciación del hecho demandado, de modo que dichas pruebas también deberán ser admitidas al tener relación con el conflicto planteado.

Es decir, en un caso en el que acuda a juicio una mujer que alegue, por ejemplo, despido por discriminación con base en una discapacidad física y la demanda la

haga depender de esa condición, ello no implica que la trabajadora actora no pueda aportar pruebas para acreditar que se ubica en otras condiciones como puede ser contar con una enfermedad, encontrarse en una condición económica particularmente precaria, entre otras, y aunque pueden no estén directamente vinculadas con el despido, sí servirán como elemento para resolver el asunto.

Resulta relevante también señalar que en los asuntos en los que se alegue discriminación o violencia por razón de género, pese a que no es frecuente en los juicios laborales, es viable acreditar el impacto sufrido por las posibles víctimas mediante el desahogo de pruebas periciales sociológicas o psicológicas, que desahogadas por personas expertas pueden dar cuenta de la existencia o inexistencia de ciertas conductas en un contexto determinado. Incluso las personas juzgadoras deben valorar la pertinencia de ordenarlas oficiosamente, obligación a su cargo que se desarrolla más adelante.

Lo relevante de mencionarlo en este apartado es porque las y los jueces deberán admitir aquellas pruebas que, pese a no ser ofrecidas de manera convencional para resolver asuntos laborales, lo cierto es que resultan medios adecuados para analizar la existencia de hechos de discriminación o violencia de género en cualquier espacio, incluyendo los espacios o relaciones derivadas del trabajo.

Para determinar qué pruebas deben ser admitidas, las y los jueces deben tomar en cuenta que para reconocer posibles situaciones de poder o vulnerabilidad y su impacto en el conflicto, es necesario identificar las características del contexto general, como puede ser cultural, económico, educativo, etc. en que se dieron los hechos, vinculadas a cuestiones de género, incluso conocer aquellas condiciones de vida y características de identidad de las partes, mostrando si las mismas incidieron de algún modo en el conflicto.

Por ejemplo, en el amparo directo 9/2018 resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se recabaron pruebas estadísticas para identificar el contexto en que se desarrollaba el trabajo del hogar remunerado y así poder evidenciar la exclusión de este tipo de trabajadores, respecto al régimen obligatorio de seguridad social, en el cual no se encontró justificación constitucional alguna por no atender a una diferenciación objetiva y razonable.

En tal asunto se analizó las características particulares de las personas trabajadoras del hogar, el panorama general del trabajo del hogar remunerado en nuestro país, con lo que también se evidenció la discriminación sistemática motivada por la naturaleza de su profesión que enfrentan los trabajadores del hogar remunerado, pues dicho sector tiende a ser subvalorado, en gran medida por la falta de dignificación de las labores domésticas, bajo la creencia de que no se trata de un trabajo real.

Se hizo uso de pruebas estadísticas, cuestiones culturales y socioeconómicas, con lo que quedó evidenciado que el hecho de que se trate de un trabajo especial no implica que deba privarse de una adecuada cobertura de seguridad social, ya que mediante el régimen voluntario su afiliación queda sujeta a la voluntad de la parte empleadora lo que no garantiza el derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevisiones sociales, generando como consecuencia un trato discriminatorio en su contra.

Por otro lado, en relación con la recopilación de las pruebas, es necesario que se cumplan condiciones de idoneidad y suficiencia. Podemos considerar que una prueba es idónea y suficiente para mostrar el impacto de género cuando permite reconocer posibles situaciones de discriminación.

¿Cuándo se consideran suficientes las pruebas para identificar en un caso el impacto de género?⁹

1. Cuando identifican aspectos relevantes del contexto de las partes que dan cuenta del impacto de género del conflicto.
2. Cuando identifican y visibilizan las situaciones de discriminación fundadas en cuestiones de género.
3. Cuando se puede evaluar la relación de poder entre las partes, identificando la existencia o inexistencia de asimetría por razones de género.

⁹ Metodología para el Análisis de las decisiones jurisdiccionales desde la Perspectiva de Género. EQUIS Justicia para mujeres. 2017.

4. Cuando permiten verificar la condición o las condiciones de vulnerabilidad de las partes por razones de género y su interacción con otras situaciones de vulnerabilidad.

En caso de que no se cumpla con lo anterior, será necesario que las y los juzgadores ordenen el desahogo de diversas pruebas. En ese tenor, otra herramienta importante en materia probatoria laboral radica en la facultad que tiene el Tribunal para eximir de la carga de la prueba a la parte trabajadora, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto a petición de la persona trabajadora o de considerarlo necesario, requerirá oficiosamente a la parte empleadora que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa y que fueron precisados en párrafos precedentes, bajo el apercibimiento de que, de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por la persona trabajadora.

a. Obligación de recabar pruebas oficiosamente

Es importante destacar que en caso de que el material probatorio no sea suficiente para identificar o tener claridad respecto de una situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, los y las juzgadoras en materia laboral deberán de allegarse oficiosamente de las pruebas necesarias.

Como ya se mencionó, los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son contundentes en señalar la obligación de las y los juzgadores de allegarse de pruebas para identificar el impacto de género en el caso, pero además un adecuado estudio en el ofrecimiento y admisión probatoria sienta el camino para que la valoración de las pruebas que se realice en el laudo tenga un soporte objetivo y sólido que permitan sustentar los argumentos de fondo que se harán cargo de la situación alegada.

Así, la obligación de las personas juzgadoras laborales será analizar si además de los requisitos que la Ley Federal de Trabajo exige para el ofrecimiento de las pruebas contenidas en el artículo 776, las pruebas que las partes pretenden que

sean desahogadas son idóneas y suficientes para acreditar o descartar el impacto de género en el caso.

Además, es importante señalar que de conformidad con el artículo 782 de la ley laboral, los tribunales del trabajo cuentan con la facultad de practicar las diligencias que juzguen convenientes para el esclarecimiento de la verdad en todos los asuntos, lo cual refuerza la posibilidad de que las y los jueces laborales ordenen el desahogo de las pruebas que estimen pertinente, cuando las aportadas por las partes no sean suficientes para generar convicción en relación con la veracidad de los hechos alegados en juicio.

La Segunda Sala de la Suprema Corte sostuvo en la jurisprudencia 2a./J. 94/2008, que dicha facultad no puede ejercerse de manera indiscriminada; sin embargo, también la Primera Sala de la Corte ha sostenido que la facultad de las y los juzgadores de ordenar pruebas de manera oficiosa pierde el carácter discrecional y se convierte en una obligación cuando existe un plano de inequidad en la contienda que requiere ser atendido por las y los jueces, y el material probatorio aportado por las partes no es suficiente para aclarar la situación por desigualdad de género.

En ese orden de ideas, las y los juzgadores laborales deberán ordenar el desahogo de las pruebas que consideren pertinentes y que sirvan para analizar las situaciones de violencia o las circunstancias de desigualdad por razón de género.

Hay que recordar que dichas medidas son parte de la obligación de juzgar con perspectiva de género y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se pronunció en ese sentido al resolver el amparo en revisión 352/2012, al sostener que esa actuación no puede calificarse como una conducta parcial hacia alguna de las partes, sino como una medida que pretende generar un “piso parejo” a las personas que están en una situación de desventaja y de esta forma, puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones.

La mencionada obligación de recabar pruebas oficiosamente por parte de las y los jueces en materia laboral es especialmente importante en aquellos casos en que las pruebas únicamente estén en poder de la empresa empleadora, derivado de su obligación de implementar ciertas medidas preventivas de discriminación en

el lugar de trabajo, de modo que pretender que la parte trabajadora las aporte resultaría una carga procesal injustificada, difícil de cumplir.

Ejemplos de pruebas que se pueden recabar de manera oficiosa

- a. Cuando se involucra la existencia de violencia o discriminación en el lugar de trabajo, si las partes no ofrecieron prueba mediante la cual se pueda tener certeza sobre el cumplimiento o incumplimiento de la parte empleadora de la obligación a su cargo contenida en el artículo 132, fracción XXXI, respecto de la implementación de un protocolo para prevenir la discriminación por razones de género, la o el juzgador laboral podrá ordenar un informe o el desahogo de una inspección en el lugar de trabajo para poder tener conocimiento de si existe o no dicho mecanismo y, de existir, en qué términos se desarrolla. Dicha prueba será indispensable en el estudio de fondo que se realice en el laudo para poder determinar si la o el empleador permitieron la discriminación al interior del lugar de trabajo.
- b. Si se alega discriminación por razón de género y las partes no ofrecieron pruebas para acreditarlo, la persona juzgadora podrá ordenar que se le informe sobre las medidas de prevención adoptadas en el centro de trabajo en el que se señaló ocurrieron los actos de discriminación, como puede ser la implementación de prácticas para la igualdad laboral y no discriminación, de acuerdo con lo previsto en la Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015.
- c. Si se alega violencia psicológica por razones de género y las partes no ofrecieron pruebas para acreditarlo, la persona juzgadora podrá ordenar que se le informe sobre las medidas adoptadas en el centro de trabajo en el que se señaló ocurrieron los actos de violencia, respecto de la prevención de los factores de riesgo psicosocial y la violencia laboral, así como para la promoción del entorno organizacional favorable, de acuerdo con lo ordenado en la Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018.

- d. Cuando se demande discriminación en la promoción por razones de género, en caso de que no sea aportado, el tribunal laboral podrá requerir las evaluaciones o procesos de selección para los ascensos que dieron como resultado la exclusión de la persona que afirmó fue rechazada por motivos de discriminación. Ello, para contar con elementos objetivos para determinar si la elección se basó en el análisis de las capacidades y cualidades de las y los aspirantes a mejores puestos de trabajo.
- e. En los casos en los que se demande discriminación y como consecuencia de ello un menor pago por las mismas funciones o categorías, las y los juzgadores podrán ordenar inspecciones sobre los registros de los pagos realizados a otras personas trabajadoras con la misma categoría que la parte actora en el juicio.
- f. En los juicios en los que existan indicios de acoso u hostigamiento sexual en el trabajo contra mujeres, los Tribunales Laborales pueden allegarse de oficio, las actas administrativas donde consten los hechos y sus anexos, así como ordenar su ratificación por las y los intervinientes, con citación a la parte trabajadora, y desahogar cualquier otra prueba a fin de contar con los medios necesarios para visualizar la posible situación de violencia de género.¹⁰

b. Desahogo de los medios de prueba

Es importante resaltar que la forma en que una persona juzgadora realiza el desahogo de la prueba puede tener un impacto fundamental en el sentido en que se resuelva el asunto. La obligación desde un enfoque de género para las y los juzgadores laborales en el desahogo de las pruebas que ofrecieron las partes o que, en su caso, ordenó oficiosamente el propio tribunal, radica en evitar la revictimización

¹⁰ Tesis aislada X.1o.T.2 L (11a.); 10a. Época; Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Décimo Circuito; Semanario Judicial de la Federación; Libro X, Tomo X, julio 2012; pág. 856.

de las personas que alegaron ser sujetas de discriminación o violencia. Es decir, que se debe evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la situación traumática derivada de la discriminación o violencia cada vez que la víctima declare respecto de los hechos manifestados en su demanda.

Por ello los y las juzgadoras laborales deben, por ejemplo, calificar las posiciones a desahogarse en la prueba confesional o testimonial y analizar el cuestionario que acompañe la prueba pericial psicológica a desahogarse por la presunta víctima de violencia, evitando aquellas que tengan un carácter sexista o se basen en estereotipos de género.

En el desahogo de las audiencias de pruebas, las personas juzgadoras deben generar un ambiente libre malos tratos o tratos discriminatorios que se traduzcan en ofensas, calificativos estereotipados o basados en prejuicios, de modo que será pertinente instar a las partes, en particular a aquella que se sitúa en condición de poder respecto de la otra, a que se conduzca en una línea de respeto con su contraparte.

Debe tenerse presente que de acuerdo con el artículo 782 de la Ley Federal del Trabajo, en las audiencias de desahogo de pruebas las y los juzgadores podrán interrogar libremente a las partes y a todas aquellas personas que intervengan en el juicio sobre los hechos y circunstancias que sean conducentes para averiguar la verdad de manera general, lo cual le faculta a indagar respecto del posible impacto que el género tenga en el asunto. Dicha facultad es acorde con el nuevo sistema oral, donde el o la juez en materia de trabajo se hace presente en el juicio y tiene un carácter proactivo, aunado al interés de atender a la realidad más allá de los formalismos y llegar al conocimiento de la verdad.

La amplia libertad para investigar la verdad otorga una posibilidad a las personas juzgadoras de implementar las actuaciones que consideren pertinentes. En uso de ese margen discrecional, podrá ordenar el desahogo de diligencias con las que se puedan advertir las reales condiciones de las partes, cuando se requiera tener certeza sobre alguna desventaja por razón de género.

3. La valoración de las pruebas y la decisión sobre los hechos del caso

El siguiente momento de análisis corresponde a la valoración de la prueba, que incluye la valoración individual de la fiabilidad de cada una de las pruebas admitidas al proceso y la valoración en conjunto de las pruebas, para determinar el grado de corroboración que otorgan a cada hipótesis fáctica sobre el caso.

En materia laboral la persona juzgadora deberá atender al *principio de realidad* sobre los elementos formales que lo contradigan, principio por virtud del cual, en el caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que se sustenta en los documentos, debe darse preferencia a lo primero. Además, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso y los fines del derecho del trabajo. La materia laboral tiene un carácter socialmente protector, en el que el principio de realidad es fundamental para escudriñar los hechos y cumplir con el fin de propiciar un trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

Dicho principio es perfectamente compatible con la incorporación de perspectiva de género en el análisis de las pruebas pues permite que las y los juzgadores amplíen su marco de actuación, al no tenerse que limitar a lo que obra en los documentos, sino que puede dar mayor importancia a lo que los hechos, prácticas y pruebas estadísticas demuestran.

Debe tenerse en cuenta que la valoración siempre es un acto subjetivo que debe atender a criterios razonables, justificados y de manera particular, que no reproduzcan prejuicios o estereotipos de género. Para lograrlo se debe evitar que en la valoración se reproduzcan expresa o tácitamente creencias, costumbres, conductas y/o patrones culturales de la autoridad, que asocien lo que una persona debe ser o hacer con base en su sexo. Por ejemplo, que se tome en cuenta en las mujeres su forma de vestir, que trabaje o no en horario nocturno, antecedentes de parejas sentimentales, la forma de interacción con sus compañeros, que se considere que son menos capaces que los hombres para desempeñar labores de dirección, que su trabajo no merece la misma retribución económica por ser dependiente económica de su pareja; para el caso de los hombres, que se tome en cuenta su

forma de vestir, que se asocie con algo negativo su desempeño de tareas tradicionalmente feminizadas, así como las labores de cuidado al ejercer su paternidad, entre muchos otros.

En este orden de ideas, es importante que las juezas y jueces laborales tengan claridad de cómo incorporar un enfoque de género al valorar las pruebas desahogadas. La valoración y análisis del material probatorio desde un enfoque de género, cobra especial importancia, ya que permite entender si el conflicto se enmarca en una problemática de género, el impacto que puede tener en las personas afectadas, así como el tipo de sanciones y reparaciones que se deben ordenar en el laudo.

Lo que se busca con la incorporación de la perspectiva de género en la valoración tanto en la asignación del valor individual de la prueba como en su análisis conjunto que da sustento a la decisión, es identificar situaciones de poder que coloquen a una persona por razón de su género en una situación de desventaja tal, que le impida acceder a una tutela judicial efectiva.

Así, es en la decisión sobre la acreditación de los hechos, en el que la o el juzgador debe decidir y motivar sobre la base de las reglas procesales que regulen esa decisión (presunciones, cargas y estándares de prueba) y de las conclusiones sobre el grado de corroboración probatoria alcanzado, qué hipótesis puede considerarse probada y qué hipótesis, en cambio, no alcanza esa consideración.

En materia laboral el Tribunal tiene la obligación de la apreciación de los hechos en conciencia, es decir, que las sentencias se dicten a *verdad sabida y buena fe guardada*, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, por lo que los y las jueces están obligadas a estudiar pormenorizadamente las pruebas rendidas, haciendo el análisis de las mismas y expresando los motivos y fundamentos legales en que se apoyan.

En este momento de decisión sobre los hechos del caso con base en el acervo probatorio, debe reafirmarse la obligación de las personas juzgadoras de eliminar los estereotipos, prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, o en roles de género asignados a mujeres y hombres. Pues ningún fin tendría

haber implementado la herramienta a lo largo de todos los momentos de la prueba (desde su ofrecimiento hasta desahogo) si no se realiza un razonamiento respecto de su alcance tomando en cuenta las situaciones que inciden en el ejercicio de los derechos de las personas por razón de género.

a. Obligación de desechar estereotipos o prejuicios de género al analizar las pruebas desahogadas

Una vez que se desahogaron todas las pruebas que fueron aportadas por las partes y que, en su caso, la o el juez laboral ordenaron de manera oficiosa, y se desahogaron todas las diligencias pertinentes, se cerrará la instrucción y el Tribunal debe dictar la sentencia dentro de los treinta días siguientes, de acuerdo con el artículo 916 de la Ley Federal del Trabajo

De acuerdo con ese mismo artículo, la sentencia debe contener un extracto de las exposiciones y peticiones de las partes, un extracto del dictamen de los peritos y de las observaciones que hubiesen hecho las partes, una enumeración y apreciación de las pruebas y de las diligencias practicadas por el Tribunal, un extracto de los alegatos, así como los motivos y fundamentos que sirvan para la solución del conflicto.

Es en esta última parte, es decir, en los motivos y fundamentos que sustenten la resolución del conflicto, en donde se deberá abordar el análisis de las pruebas con perspectiva de género, debe tenerse en cuenta, una vez más, que los estereotipos y prejuicios de género son ideas que tienen la capacidad de distorsionar las percepciones y pueden generar decisiones o soluciones en juicios, basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de los hechos comprobados mediante el material probatorio aportado. Los estereotipos y prejuicios son figuras que pueden impactar de manera negativa en la objetividad de las juezas y jueces influyendo en su percepción para determinar si ocurrieron o no los hechos alegados por las partes.¹¹

¹¹ Al respecto puede verse: Comité CEDAW, Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015, párr. 29. Esta misma consideración se retomó en el caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala, 24 de agosto de 2017.

Es por esa razón que la imparcialidad de las personas juzgadoras se puede ver comprometida, generando la imposibilidad de acceder a un juicio justo e imparcial, de manera particular en el caso de mujeres, quienes sistemática e históricamente han sufrido la discriminación y exclusión derivada de la construcción cultural de la diferencia sexual (Amparo directo en revisión 912/2014).

Las y los juzgadores en materia laboral, al analizar los hechos y asignar valor a las pruebas desahogadas, deben tener presente que uno de los problemas más importantes con las ideas preconcebidas sobre el género, es que muchas veces no se manifiestan de manera consciente y se encuentran profundamente arraigadas en la sociedad, que no en todos los casos que se analicen es fácil identificarlas o percibir que están presentes. Puede haber situaciones en las que las propias personas operadoras judiciales se rehúsen a eliminarlas, lo cual atiende a que forman parte de las creencias personales y con base en ello se procura confirmar la idea preconcebida a partir de la información con la que se cuenta, inclusive cuando ésta pueda ser contradictoria.

Como ejemplo en el que se resuelva un caso con base ideas preconcebidas sobre el género de las personas, se puede dar en una situación de violencia sexual en contra de una mujer trabajadora que acude a juicio para demandar dichas conductas de un compañero trabajador con quien en algún momento mantuvo una relación sexo afectiva. La o el juzgador podrían actuar con base en la idea preconcebida de que si la trabajadora aceptó con anterioridad algún encuentro con el trabajador (cuando eran pareja) dicho consentimiento podía entenderse extendido también a los hechos denunciados. En el caso en que la o el juez no advierta y erradique la existencia de dicha idea preconcebida, podría confirmarla con base en hechos probados, como puede ser la testimonial de la trabajadora aceptando la relación sentimental previa.

Dicha particularidad de los estereotipos y prejuicios de género, de no manifestarse de formas conscientes, se vuelve especialmente problemática en la labor jurisdiccional, debido a la responsabilidad que tienen las juezas y los jueces de ser imparciales.¹²

¹² En este mismo sentido, el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la SCJN profundiza y señala que eliminarlos es un obligación constitucional y convencional, p. 60 y ss.

La pérdida de objetividad por uso estereotipos, puede superarse realizando un constante examen sobre las ideas preconcebidas que pueden estar involucradas en la controversia, debido a que son parte de una creencia individual, porque están presentes en los hechos del caso o porque están insertos en las normas jurídicas o contratos colectivos de trabajo.

Una manera de evitar que dichas ideas impacten de manera nociva en el análisis de los hechos y asignación de valor de las pruebas, es entender de qué forma influyen en este momento del proceso.

Es posible advertir al menos tres formas en que dichas ideas preconcebidas sobre el género impactan en el razonamiento probatorio:

- Cuando la o el juez considera relevante algo que no lo es basado en un estereotipo o prejuicio de género.
- Cuando las personas juzgadoras no advierten el impacto diferenciado que puede ocasionar esa categoría debido a una visión estereotipada sobre el género.
- Cuando esas ideas preconcebidas sobre el género se utilizan como máxima de la experiencia para tener por probado algunos de los hechos objeto de litis.

Esas manifestaciones de los estereotipos y prejuicios de género en la valoración y análisis de las pruebas a efecto de emitir una decisión en el asunto tienen las siguientes particularidades:

- **Cuando se considera relevante una prueba que no lo es, basándose en un estereotipo o prejuicio de género.** Las pruebas en los juicios laborales se aportan con la finalidad de acreditar los hechos afirmados en la demanda o en la contestación a ésta, ello, porque se deben probar todos los hechos que resultan relevantes para establecer la verdad en el caso.

Se entiende como pruebas relevantes las que permiten afirmar que se ha dado el supuesto fáctico al cual se atribuye una determinada consecuencia jurídica (por ejemplo, si se demanda un despido injustificado y se acredita, entonces será procedente la reinstalación y el pago de salarios caídos). La tarea de determinar si los hechos se encuentran acreditados con base en las pruebas aportadas corresponde a las juezas y los jueces, quienes, tienen a su cargo valorar las pruebas aportadas al proceso o que fueron desahogadas de oficio por parte del Tribunal.

En ese ejercicio de valoración de las pruebas en relación con los hechos, las juezas y jueces pueden verse influenciados por los estereotipos y prejuicios de género, al menos en tres sentidos: 1) pueden otorgar o restar valor a las pruebas, a partir de una idea preconcebida sobre el género; 2) pueden tomar en cuenta solamente pruebas que confirman la idea estereotipada o prejuiciosa, sin dar relevancia a aquellas que la contradicen o 3) puede estimarse acreditado un hecho que resulta intranscendente para la resolución del asunto.

- **Otorgar o restar valor a las pruebas a partir de una idea preconcebida sobre el género.** Puede darse en los casos en que la asignación de valor probatorio dado a una determinada prueba no es por la relevancia que tiene respecto del hecho que se pretende acreditar, sino a partir de un prejuicio o estereotipo. Podrían servir de ejemplo aquellos casos en los que se reste valor a las confesionales o testimoniales de trabajadoras que obran en procedimientos administrativos, solo por su género y en cambio se de mayor peso a lo manifestado por el gerente o director hombre, también por su género y porque ostenta una posición de poder.

Puede mencionarse también el caso de despido motivado por embarazo. Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹³ se pronunció en relación con la verosimilitud que se otorga

¹³ Así se pronunció la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver las contradicciones de tesis 422/2016, y 318/2018 ; así como el amparo directo 28/2018.

al escrito de renuncia de una mujer que adujo ser despedida por el solo hecho de estar embarazada y los estereotipos o prejuicios de género que suelen estar presentes cuando se analiza la credibilidad de la renuncia y se consideró que giran en torno a la idea estereotipada de que resulta “adecuado” que una mujer renuncie a su trabajo para dedicarse a su rol primordial de madre ejerciendo labores de cuidado, aunado a la idea de que las mujeres mienten y se aprovechan de sus ventajas biológicas, como puede ser su facultad reproductiva, para obtener beneficios laborales injustificados.

Ante lo anterior, la Segunda Sala estableció que cuando en el juicio una trabajadora demande haber sido despedida por estar embarazada, conlleva la obligación de las autoridades jurisdiccionales de examinar puntualmente si existen pruebas o indicios circunstanciales que puedan generar ánimo en las personas juzgadoras para concluir que resulta inverosímil que la trabajadora haya renunciado a su empleo, y además se deben tomar en cuenta las características particulares del caso, así como las condiciones del contexto de la trabajadora, como puede ser preparación o instrucción, estado de salud, condición económica y cualquier otro elemento que permita determinar si es verosímil o no que la trabajadora embarazada renunciara a su empleo en dicha condición.

- **Tomar en cuenta u otorgar valor solamente las pruebas que confirman la idea estereotipada o prejuiciosa, dejando de lado aquellas que la contradicen.** En este caso la persona juzgadora puede considerar relevante algo que no lo es, realizando un estudio parcial del material probatorio. Por ello se da mayor valor convictivo a aquellas que reafirman la idea estereotipada o prejuiciosa y, en ese sentido, se les resta valor o nulifica las que la contradicen.

El supuesto puede ejemplificarse con asuntos en los que se señale la existencia de violencia sexual en el lugar de trabajo y el o la jueza laboral incurra en el error de otorgar valor únicamente a las pruebas que confirman la idea estereotipada o prejuiciosa como podría ser que las

mujeres con una vida sexual activa difícilmente se niegan a una interacción sexual, en un caso en el que, por ejemplo, el trabajador señalado aceptara la ejecución de actos sexuales sobre la víctima pero aduciendo el consentimiento de ésta y la persona juzgadora tuviera por no demostrada la violencia porque la trabajadora no acreditó que los actos fueran forzados.

En un caso así, en el que la única prueba sobre el consentimiento de la víctima fue el dicho de la persona que se señaló como responsable, solo se robusteció con una idea estereotipada o prejuiciosa sobre el género —en este caso sobre la sexualidad de las mujeres— lo cual influyó para que la autoridad jurisdiccional únicamente concediera valor a aquellas pruebas que confirmaban el estereotipo, desestimando aquellas que lo contradecían como lo era la declaración del propio trabajador de haber ejercido los actos.

- **A partir de un estereotipo o prejuicio de género, dar trascendencia a un hecho que no lo es para la resolución de la controversia.** Los hechos trascendentes del caso son los que permiten al juez o jueza determinar si, en el asunto que se resuelve, se da el supuesto fáctico y por ello se deben fallar en cierto sentido y en su caso, imponer consecuencias jurídicas a alguna de las partes. La existencia de estereotipos y prejuicios de género cuando se lleva a cabo este análisis es que pueden generar la apariencia de que ciertos hechos resultan importantes para resolver la controversia, cuando en realidad no lo son.

Si aplicamos lo anterior el resultado es una valoración en la que los estereotipos y prejuicios de género hacen parecer que un hecho es relevante, porque encierra algo que es “debido” para un género y por ello se considera importante, aun cuando nada tenga que ver con lo que se analiza en el fondo de la controversia.

Tal razonamiento regularmente no se encuentra asentado en las sentencias o laudos, sin embargo, es posible advertir cuando se analiza el

vínculo que tienen los hechos con la cuestión objeto de debate. Por ejemplo, cuando para determinar si una mujer trabajadora fue agredida se tome en cuenta su forma de vestir con vestidos o faldas. Ello aun cuando la forma de vestir no es relevante para determinar si se ejerció acoso sexual en los espacios de trabajo o no, porque nada aporta para la acreditación del hecho.

De modo que aunque se trata de un hecho que sí tiene que ver con lo que prescribe el estereotipo sobre cómo “deben vestir” las mujeres para no ser agredidas, puede aparentar tener relevancia para determinar la verdad sobre los hechos del caso.¹⁴

- **Cuando pasa desapercibido el impacto diferenciado que puede ocasionar el género, debido a una visión estereotipada.** El género es una categoría que rige y condiciona prácticamente muchos los ámbitos de la experiencia individual y social de las personas: demarca cómo “son” y cómo “no son” las mujeres y los hombres (en términos binarios) qué hacen, cómo se comportan, de qué forma interactúan sexualmente, qué ámbitos les corresponden (público o privado), qué expectativas deben tener, qué tipos de trabajos pueden desempeñar, entre otras.

En esos términos, tradicionalmente el ser hombre o mujer coloca de manera automática a las personas en una posición jerárquica de dominación o de subordinación, gracias a la forma en que opera el orden de género que socialmente prevalece. Dicha dinámica genera que los estereotipos de género desempeñen el papel de decirnos qué atributos y características tienen unas y otros, así como qué roles les corresponden y qué tipo de actitudes son las adecuadas para cada género.

Lo anterior no puede pasar inadvertido para las y los juzgadores al resolver los asuntos y asignar valor a las pruebas que demuestren los

¹⁴ Durante muchos años en las Quinta y Sexta Épocas del Semanario Judicial de la Federación fueron constantes las tesis que analizan cuándo existía, se presumía o, incluso, se tenía por probada la “buena conducta” de las mujeres en casos de estupro, partiendo de estereotipos.

hechos objeto de la litis. Si pasa inadvertido el impacto diferenciado que puede ocasionar el género en la vida de las personas se traduce en la imposibilidad de identificar la posible inequidad en la que se encuentran las partes debido al género, así como el posible impacto desproporcionado que ocasiona dicha categoría.

Con relación a lo señalado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó asuntos relacionados con la doble jornada que desempeñan las mujeres trabajadoras, debido a los estereotipos que existen sobre su rol primordial de madres, cuidadoras y encargadas de las labores domésticas y de cuidado.

Una de las cuestiones que se identificaron fue que, con frecuencia, las personas juzgadoras en materia laboral pasan por alto los impactos que tiene el hecho de que algunas mujeres desempeñen un trabajo remunerado y al mismo tiempo se hagan cargo de las labores de cuidado de los hijos e hijas así como de las tareas del hogar.

La Segunda Sala destacó que el invisibilizar esa situación y sus consecuencias, puede generar una vulneración al derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, y, por ende, la falta de garantía y tutela del resto de derechos individuales tutelados en los juicios; aunado a que implica una idea estereotipada sobre las mujeres porque se asume que las labores domésticas y de cuidado son su responsabilidad e invisibiliza el valor que tiene ese tipo de tareas.

Aplicando ese criterio, la Corte resolvió el amparo en revisión 910/2016, en el cual sostuvo que la omisión de advertir que la madre tenía un trabajo remunerado y al mismo tiempo se encargaba de las tareas domésticas y de cuidado, provocó la presunción de que no cumplía eficientemente con las obligaciones de crianza. De igual forma, en los amparos directos en revisión 1754/2015378 y 4883/2017, la Primera Sala advirtió que las autoridades jurisdiccionales indebidamente no advirtieron el costo de oportunidad que asumieron las mujeres involucradas al dedicar gran parte de su tiempo al cuidado de sus hijos y del hogar, lo cual derivó

en que indebidamente consideraran que el simple hecho de que hubiesen tenido un empleo remunerado durante el matrimonio, hacía improcedente que se les fijara una compensación o una pensión alimenticia.

Dichos precedentes ponen de relieve cómo operan los estereotipos de género para dejar fuera de la controversia cuestiones que colocan a las personas en un plano de inequidad debido al género y ello sucede cuando no se incorpora al análisis la forma diferenciada en la que impacta el género, porque se parte de una idea preconcebida sobre lo que implica ser mujer o ser hombre y, por tanto, parece no tener relevancia algo que es “natural” o que es “como debe ser” o “como siempre ha sido”.

- **Cuando un estereotipo o prejuicio de género se utiliza como máxima de experiencia para tener por probado un hecho.** Es preciso ahora señalar que una inferencia probatoria es un tipo de razonamiento que permite a las personas juzgadoras concluir, a partir de determinadas pruebas o indicios, si un hecho se encuentra o no probado.

Ese ejercicio analítico toma en consideración distintos elementos. Por un lado, está el hecho que se pretende probar y por otro están las pruebas o indicios que proveen de información sobre los hechos que se encuentran vinculados de manera más o menos directa con el hecho a probar y, finalmente está aquello que relaciona ambos elementos, es decir, aquello que permite explicar por qué las pruebas analizadas sirven para tener por probado el hecho específico.

Se mencionan y concurren esos tres elementos porque la sola enunciación de las pruebas con las que se cuenta es insuficiente para demostrar por qué el hecho a probar se encuentra acreditado, pues para ello se requiere de un elemento adicional que haga manifiesta la razón por la que ese tipo de indicios hacen probable que se diera el hecho que se pretende probar. Ese elemento adicional son las máximas de experiencia, que al igual que las presunciones son las que permiten generar el vínculo mencionado, en otras palabras, las máximas de experiencia son generalizaciones que, a partir de experiencias previas, establecen la existencia de una cierta correspondencia entre un tipo de hechos y otros.

Debe decirse que, como cualquier afirmación que se generalice, las máximas de experiencia permiten obtener un conocimiento probable pero no siempre necesariamente verdadero, aunque la probabilidad aumenta en función de su grado de credibilidad racional, el cual dependerá de que la inducción por medio de la cual ha sido determinada esté bien realizada. Por ello, deben excluirse aquellas que entrañen generalizaciones apresuradas y basadas en prejuicios porque ello nos puede llevar a conclusiones equivocadas que guíen la decisión jurisdiccional.

Es por ello que los estereotipos y prejuicios de género no deben ser empleados como máximas de experiencia, pues aun cuando pueden constituir un conocimiento ampliamente compartido (cuando menos en una sociedad, lugar y momento específicos), éstos son resultado de inducciones que se basan en pre concepciones equivocadas sobre el género o en ideas sesgadas que ubican a uno de los géneros en posición de dominación (normalmente el masculino) y al resto en posición de subordinación (normalmente el femenino).

Así, debe recordarse que constituyen generalizaciones que carecen de un grado de credibilidad racional suficiente y por ello no deben ser empleados para constituir regularidades válidas entre un tipo de hechos y otros, pues en realidad sirven para perpetuar y reiterar ideas estereotipadas que con frecuencia generan la vulneración de derechos.

b. Obligación de apreciar los hechos y otorgar valor a las pruebas con sensibilidad sobre las cuestiones de género

El derecho de las mujeres trabajadoras de acceder a la justicia en condiciones de igualdad y sin discriminación es importante para la tutela del resto de derechos previstos en el marco especial de protección, que sirven para contrarrestar y eliminar el estado de subordinación en el que se les ha mantenido sistemáticamente. De acuerdo con el Comité CEDAW (CEDAW, 2015), existen componentes esenciales para asegurar el acceso a la justicia: disponibilidad, justiciabilidad,

accesibilidad, buena calidad, rendición de cuentas de los sistemas de justicia y suministro de recursos a las víctimas.

De los componentes esenciales del derecho, vale la pena profundizar en la justiciabilidad, que hace referencia a la necesidad de generar las condiciones para que las mujeres accedan sin restricciones a la justicia y tengan la capacidad de reclamar como derechos jurídicos todos aquellos que se encuentran previstos en el marco especial de protección. Para lograr tales objetivos, el Comité CEDAW ha señalado distintas acciones, entre las que se encuentra mejorar “*la sensibilidad del sistema de justicia a las cuestiones de género*” (*Ibidem*, párr. 15). Es decir, que se deben implementar medidas para que todas las personas que participan en el sistema de impartición de justicia, de manera particular las y los juzgadores tengan la capacidad y el conocimiento necesarios para identificar y entender cómo impacta el género en la vida de las personas y por qué lo hace en forma diferenciada en hombres y mujeres.

Ahora bien, la sensibilidad en temas de género empieza por analizar el contexto. Es decir, por entender y visibilizar las particularidades que rodean el caso concreto, como se ha expuesto en diversos capítulos de este manual. De modo que tomar en cuenta el contexto al momento de analizar las pruebas, es determinante, porque permite a los y las juzgadoras ampliar su panorama sobre el modo en que incide el género en cada caso, situación que asegura de mejor manera que se tutele adecuadamente el derecho de acceso a la justicia de quienes se encuentran en una posición de desventaja.

Aunado a ello, la sensibilidad sobre las cuestiones de género que muestran las y los juzgadores, así como quienes les auxilien en la labor jurisdiccional, no es una actuación opcional, sino que es una manifestación de la obligación de erradicar los estereotipos y prejuicios de género nocivos basados en esa categoría; en esos términos lo ha señalado Comité CEDAW, al afirmar que el cumplimiento de las obligaciones que imponen los artículos 2 a), c), d) y e), y 5 a) de la CEDAW debe evaluarse teniendo en cuenta el nivel de sensibilidad que existió en la tramitación judicial.¹⁵

¹⁵ Así se pronunció el Comité CEDAW en: 1) Comunicación 20/2008, 27 de septiembre de 2011; 2) Comunicación 58/2013, 15 de agosto de 2014, y 3) Comunicación 91/2015.

El grado de sensibilidad que demuestran las autoridades jurisdiccionales al estudiar las pruebas resulta indispensable para cumplir con la obligación de juzgar con perspectiva de género, pues sólo alguien que comprende cómo se conforma el género, qué papel cumple en la estructura social y qué símbolos le son atribuidos, puede identificar el impacto diferenciado que provoca en la vida de las personas. Esto es conforme con lo que ha establecido la Suprema Corte de justicia de la Nación en el sentido de que dicha obligación lleva implícito el deber de las autoridades jurisdiccionales de ser sensibles a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres y a las posibles situaciones de desequilibrio de poder entre las partes como consecuencia de su género.¹⁶

c. Obligación al aplicar el derecho (recharacterización)

En relación con las premisas normativas, la obligación de juzgar con perspectiva de género impone dos tareas primordiales a cargo de las personas impartidoras de justicia: 1) aplicar estándares de derechos humanos de las personas que participan en la controversia y 2) evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta y la neutralidad de la norma.

- **Aplicar estándares de derechos humanos con un enfoque interseccional.** Al pronunciarse respecto del valor y análisis de las pruebas se debe garantizar que se incluyan condiciones de identidad y particularidades de las personas involucradas. Esto no solo exige constatar si la normatividad aplicable es neutral o genera un impacto diferenciado, sino se debe atender los estándares de derechos humanos que son pertinentes para la solución del caso con base en el contexto de las partes. Es decir, las juzgadoras y los juzgadores deben buscar e identificar, además de las normas vinculantes nacionales, los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México, los documentos como observaciones

¹⁶ Lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 1412/2017.

o recomendaciones generales de organismos internacionales, los precedentes nacionales, internacionales a efecto de emitir su determinación.

En este sentido, las y los jueces deben atender e incluir en su análisis de las pruebas, a la luz de los hechos del caso, las recomendaciones, criterios y precedentes para resolver el caso en estudio, permitiendo otorgar la mayor protección de derechos humanos a las partes con base en sus características particulares.

La interseccionalidad implica reconocer que la situación específica de una persona es afectada de manera distinta que la de otras mujeres u hombres de acuerdo con sus características particulares, y que su invisibilización puede impactar negativa y desproporcionadamente a las personas que se encuentran, por esos factores, en una situación de mayor vulnerabilidad, desventaja o desigualdad.

Al resolver desde un enfoque interseccional debe prestarse atención a las condiciones de identidad y/o características que generan determinadas afectaciones a una persona en específico dentro de la controversia. Dichas características cambiarán en cada persona que acuda a juicio y pueden modificar sustancialmente la decisión adoptada, por ello, es indispensable identificarlas desde un inicio, tal como se mencionó en los párrafos correspondientes a la conformación de la prueba en el juicio laboral.

Este enfoque reconoce que las personas no experimentan la discriminación en abstracto, sino en un contexto social, económico, político y cultural determinado, en el que se desarrollan y reproducen privilegios y desigualdades y con el análisis de esos impactos en conjunto se llegará a una determinación distinta, a si se analizan en lo individual.

Por último, es importante señalar que la mera cita de una norma, criterio, sentencia o el término mismo, no garantiza que automáticamente la solución incorpore perspectiva de género y/o los estándares de derechos

humanos. Así, no basta que en la sentencia se diga que se incorporará perspectiva de género, se cite el marco constitucional y convencional que le sustenta pero el análisis de las pruebas y los hechos se haga sin tomar en cuenta la herramienta.

Es necesario argumentar por qué y cómo esas normas y elementos son aplicables a la situación particular, así como justificar por qué el análisis y alcance de la prueba propuesta es el que garantiza la mayor protección a las partes involucradas en el juicio.

- **Obligación de evaluar la neutralidad de la norma y el impacto diferenciado.** Tomando en cuenta los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya mencionados, se destacan dos formas en las que se pone de manifiesto la obligación de evaluar la neutralidad de las normas jurídicas que sirven de base para resolver una controversia.

- ♦ Esa obligación se advierte en el deber de las personas juzgadoras laborales de interpretar las normas jurídicas tomando en consideración el posible impacto diferenciado que éstas pueden tener en ciertos grupos de personas, debido a la forma particular en la que incide el género en el caso concreto.

En este supuesto no está necesariamente en duda la constitucionalidad de la disposición normativa, sino que se trata evitar que se elija una interpretación que, dadas las características del caso, pueda proyectarse de manera diferenciada afectando en mayor medida a las personas de un género.

- ♦ En segundo lugar, esa obligación entraña el deber de las y los jueces de analizar la constitucionalidad de una norma, ya sea porque se alegó por alguna de las partes o porque la autoridad jurisdiccional advirtió de oficio un posible trato diferenciado basado en el género o cualquiera de sus expresiones.

En esta situación, el estudio se centra en la conformidad entre el texto normativo y el parámetro de control de regularidad constitucional, lo cual implica la obligación de llevar a cabo una serie de pasos que le permitirán determinar si el precepto legal es constitucional o no y si, en todo caso, debe ser inaplicable en el caso específico.

d. ¿Cómo se acredita la discriminación?

Se considera necesario hacer mención a la forma en que puede acreditarse la discriminación y violencia basadas en cuestiones de género cuando se acreditan con base en la actualización de presunciones derivadas de la falta de acreditación de la parte empleadora, así como a través de la existencia de indicios. Ello, atendiendo a la naturaleza particular de las conductas a la luz de la flexibilidad que existe en materia probatoria laboral.

i) Reglas de presunción de los hechos y carga probatoria en acciones de despido

Por un lado, se tienen los casos en que la discriminación se tendrá acreditada por las presunciones que surjan del incumplimiento de la parte empleadora de comprobar ciertos hechos, en tanto que en un segundo grupo de casos será necesario realizar el análisis de las pruebas aportadas a través de un estándar al que se remite en los párrafos siguientes.

Por la particularidad de la acción de despido injustificado, es pertinente destacar que el despido que se haga depender de discriminación o actos de violencia de género puede situarse en ambos grupos, tanto en los que la discriminación o violencia se acredita con presunción, como en los que se requiere acudir a cierto estándar de prueba.

De acuerdo con el artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo, en los juicios laborales corresponderá a la parte empleadora la carga de probar lo afirmado en la contestación de demanda en ciertos supuestos, debido a que está en mejor posi-

bilidad de probar los hechos, pues es quien tiene la obligación legal de conservar la documentación relativa a la relación y condiciones de trabajo.

En caso de que dicha documentación deba presentarse en juicio a solicitud de la persona trabajadora y la patronal no la exhiba, surgirá la presunción de ser ciertos los hechos alegados por la parte trabajadora en su escrito de demanda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 804 de la mencionada ley. Dicha presunción puede destruirse si hay prueba en contra.

La ley señala que la carga de demostrar la causa de terminación de la relación de trabajo corre a cargo del empleador, de modo que cuando se demande el despido injustificado por razones de género, corresponderá a la parte empleadora acreditar lo contrario, es decir, que la terminación de la relación de trabajo fue legal.

Existen dos escenarios en la acción de despido injustificado:

1. Que la o el empleador no colme su carga y no acredite la causa legal de la terminación de la relación laboral y se genere la presunción de ser ciertos los hechos alegados en la demanda, es decir, que el despido se dió de manera injustificada y por motivos discriminación de género.
2. Que la o el empleador acredite la causa legal de la terminación, en cuyo caso será necesario realizar, de manera separada, el análisis de la discriminación de género alegada.

Escenario 1. La parte empleadora no acreditó la legalidad de terminación de la relación laboral

En los casos en que se alegue despido injustificado con base en discriminación o violencia de género, debe partirse de la premisa contenida en la propia ley laboral, en el sentido que corresponde a la parte empleadora acreditar la causa legal de rescisión de la relación laboral. En caso de que la parte empleadora no pueda acreditar la legalidad del despido, entonces se tendrá por acreditada la ilegalidad

de la terminación laboral, así como las razones alegadas por la trabajadora o trabajador, es decir, la discriminación en cualquiera de sus modalidades.

En dichos casos no existirá mayor conflicto, pues la determinación de tener actualizada la discriminación por razones de género deriva de la falta de demostración de elementos objetivos por parte de la o el empleador, es decir, por no acreditar que la persona trabajadora se colocó en los supuestos que la ley contempla para dar por terminada la relación laboral sin responsabilidad para el patrón.

Ofrecimiento de trabajo y reversión de carga

El ofrecimiento de trabajo es una institución *sui generis* de creación jurisprudencial por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien sostuvo que cuando el ofrecimiento sea efectuado de buena fe tiene el efecto de revertir la carga de la prueba respecto al despido de la persona trabajadora, de modo que de recaer originalmente en la parte empleadora pasa a ser obligación probatoria de la parte trabajadora el acreditar su dicho, es decir, que el despido del que fue objeto fue injustificado y con origen en la violencia de género. Así es como tradicionalmente se ha entendido dicha figura.

Sin embargo, al resolver la Contradicción de Tesis 422/2016, la Segunda Sala de la Suprema Corte sostuvo que no es dable permitir a la parte patronal acceder a ese beneficio procesal de revertir la carga probatoria a las personas trabajadoras cuando la litis versa sobre un despido que tuvo su causa en una discriminación por razón del género, por lo tanto, en cumplimiento al deber de juzgar con perspectiva de género, cuando el motivo alegado por la parte trabajadora sea un acto discriminatorio, el efecto de revertir la carga probatoria debe carecer de operatividad, pues ante la desventaja de la parte actora, las y los empleados pierden el beneficio procesal y rige la regla general de que es a la demandada a quien le corresponde acreditar la inexistencia del despido por ese motivo discriminatorio.

Si bien la contradicción de tesis resuelta por la Segunda Sala derivó de un par de casos relacionados con mujeres embarazadas que alegaron ser despedidas

por motivos de género, el razonamiento de la Corte puede ser válidamente empleado en aquellos casos en que se alegue que el despido se dió por motivo de cualquier tipo de violencia por razón de género, pues la razón por la que la Segunda Sala estimó que la parte empleadora perdía el beneficio procesal de revertir la carga era debido a la obligación de juzgar con perspectiva de género y la desventaja en que se encuentra la parte trabajadora.

Por ello, en cualquier caso en que se alegue despido injustificado derivado de la comisión de violencia de género, al encontrarse la parte trabajadora despedida por tales razones en una situación de desventaja y ante la obligación de juzgar con perspectiva de género precisamente para reducir esa desigualdad en el acceso a la justicia, no será procedente la reversión de la carga probatoria y siempre será obligación de la o el empleador acreditar la legalidad del despido cuando se alegue despido injustificado vinculado con actos de violencia de género.

Es importante destacar que dichos razonamientos son aplicables para el caso de los asuntos que se resuelvan a la luz de la anterior Ley Federal del Trabajo, pues desde la reforma de 2019 se suprimió la reversión de la carga en todos los casos.

Escenario 2. La parte empleadora sí acreditó la legalidad de terminación de la relación laboral

Cuando se alegue despido injustificado y la parte demandada acredite la existencia de alguno de los elementos objetivos para el despido justificado contenidos en el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, surge la necesidad de analizar la alegada discriminación o violencia de género, pues no se actualiza la presunción de ser cierto lo afirmado en la demanda, a diferencia del primero de los escenarios mencionados.

Así, cuando en un juicio en el que se demande despido injustificado vinculado con violencia de género y el patrón sí acredite la existencia de alguna de las razones

que justifican la terminación de la relación laboral, debe tenerse claro que ello no deja de lado las manifestaciones de conductas de violencia en contra de la persona trabajadora y, pese a que no prospere la acción de reinstalación por existir una razón para la terminación de la relación laboral, ello no implica que la violencia o discriminación de género alegada deje de ser analizada, pues ello se traduciría en el dictado de un laudo incongruente al no ocuparse de todas las cuestiones alegadas en el escrito de demanda.

En estos casos es necesario acudir al estándar de prueba para la acreditación de violencia de género o discriminación en las relaciones laborales, mismos que se precisan de manera específica en los capítulos correspondientes a *Violencia laboral* y *La discriminación en la contratación, promoción y despido*.

ii) Indicios para acreditar la discriminación

Al resolver el amparo directo 78/2012, la Primera Sala de la Corte de Justicia de la Nación señaló que la prueba indiciaria es aquella que se encuentra dirigida a demostrar la probabilidad de los hechos denominados indicios, que no demuestra directamente el hecho, pero sirve para que por medio de la lógica y las reglas de la experiencia se puedan inferir las situaciones señaladas en la demanda.

Por ello, al resolver sobre la acreditación de discriminación, las personas juzgadoras deben atender a los indicios de los que pueda deducirse que existió el trato diferenciado.

La existencia de más de un indicio puede generar certeza en el ánimo de las personas juzgadoras laborales. Los indicios se pueden actualizar cuando, por ejemplo:

- Se realice una **comparación** de diversas personas trabajadoras en similares condiciones que la persona demandante que alega que por razón de su género se le paga menos por las mismas funciones.
- Ante la existencia de conflictos o **antecedentes** de discriminación que se alegue a cargo de las y los empleadores.

- La completa **falta de respuesta** o justificación a los hechos de discriminación de género, lo cual puede ocurrir cuando la parte patronal no comparezca a juicio o en su demanda de contestación al resto de las acciones ejercidas, pero nada manifieste en relación con la violencia de género que se le atribuye.
- La manifestación por parte de la empresa empleadora respecto de que **conocía la condición** de la parte demandante de pertenecer a una población protegida por la prohibición de discriminación por género, tal como el embarazo, la expresión de género o cualquier otro en que se base la violencia ejercida.
- El **incumplimiento** de la obligación por parte de las y los empleadores de implementar el protocolo para prevenir la discriminación establecido en el artículo 132, fracción XXXII, de la Ley Federal del Trabajo.

La existencia de un solo indicio no puede tener la fuerza probatoria de acreditar los hechos demandados, pero su valor convictivo se refuerza si en el juicio existen diversos indicios que generan certeza en la o el juzgador respecto de la existencia de los actos de violencia.

Bibliografía

EQUIS Justicia para mujeres, (2017) Metodología para el Análisis de las decisiones jurisdiccionales desde la Perspectiva de Género.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (En línea). Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)

Precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala

Amparo directo en revisión 4811/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 mayo de 2016.

Amparo Directo en Revisión 1412/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 2017.

Amparo Directo en Revisión 912/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de noviembre de 2014.

Segunda Sala

Contradicción de Tesis 422/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 16 de junio de 2017.

Contradicción de Tesis 28318/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de julio de 2019.

Tesis Jurisprudenciales

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.), Núm. de Registro: 2011430

“IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL ESTADO MEXICANO EN LA MATERIA.”, Pleno, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, P. XX/2015 (10a.) emitida por el Pleno de la Suprema Corte, de rubro 10a. Época; Pleno; *Gaceta S.J.F.*; Libro 22, Septiembre de 2015; Tomo I ; Pág. 235.

Tesis Aisladas

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. XCIX/2014 (10a.). 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 4, Marzo de 2014; Tomo I; Pág. 524

Tesis aislada X.1o.T.2 L (11a.); 10a. Época; Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Décimo Circuito; *Semanario Judicial de la Federación*; Libro X, Tomo X, julio 2012; pág. 856.

Legislación Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Federal del Trabajo
- Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

Legislación Internacional

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de mayo de 1981.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, *Diario Oficial de la Federación*, 01 de septiembre de 1998.

Convenio (NO. 111) relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación, *Diario Oficial de la Federación*, 03 de enero de 1961

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), *Diario Oficial de la Federación*, 12 de mayo de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). *Diario oficial de la Federación*, 19 de enero de 1999.

Convenio sobre la Violencia y el Acoso número 190 de la Organización Internacional del Trabajo.

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendaciones generales

Comité CEDAW, “Recomendación General núm. 19. La violencia contra la mujer”, 1992. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_S.pdf

_____, “Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19”, Recomendación General 35, 26 de julio de 2017. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhslDcrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWAeqJn4T6-8N1uqnZjLbtFuaxmiWrx1jUjN2YPr87ua2opczipm8HRQTpbV8yB4x-PAMNMdlvkCJoAEe33GIZ%2fzBVX>

_____, “Recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhslDcrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDyl8wzCAUXNqyQ6jsldNYETAeDvV6dejOczay7a%2b26T1wjJFHfgXT%2f1zCbvd%2bngmCTC>

Comunicaciones

Comité CEDAW, Comunicación 20/2008, 27 de septiembre de 2011.

_____, Comunicación 58/2013, 15 de agosto de 2014.

_____, Comunicación 91/2015, 6 de noviembre de 2017.

Observaciones Generales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 23, El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, E/C. 12/GC/23, 27 de abril de 2016.

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CORTE IDH. *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf

_____, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

La reparación del daño en materia laboral, desde la perspectiva de género

Andrea Medina Rosas*

* Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente. Consultora independiente en materia de derechos humanos y feminismo.

La reparación del daño en materia laboral desde la perspectiva de género.

I. Introducción; II. Reparación integral del daño en materia laboral; III. Claves metodológicas para la operación reparación integral del daño en materia laboral con perspectiva de género; IV. Conclusiones.

I. Introducción

Operar la reparación del daño en materia laboral, acorde a los contenidos que la Constitución y la normatividad vigente establecen, requiere no sólo del conocimiento de las leyes, también es necesario comprender los contenidos éticos y políticos que orientan los procesos de cambio social y jurídico sustentados en los Derechos Humanos. La normatividad laboral vigente tiene bases sólidas para operar la reparación del daño, pero al mismo tiempo, no ha eliminado completamente aquellos elementos que pueden utilizarse como argumentos formales para no aplicarla. Ante esas antinomias y lagunas jurídicas en la norma laboral, son centrales la operación del principio pro persona, el control de convencionalidad, así como la cabal comprensión del deber de no discriminación y de los contenidos del trabajo digno.

Históricamente el derecho laboral ha sido una pieza fundamental en la consolidación moderna de los derechos humanos. Tan sólo pensar en los debates del siglo XVIII y XIX para definir los contenidos de lo que se considerará como trabajo, distinguiéndolo claramente de la esclavitud, la explotación y de aquellas actividades que generan beneficios económicos para la subsistencia pero que no son un trabajo, como puede ser la prostitución,¹ dan una referencia de las bases éticas,

¹ Una referencia jurídica importante para esta afirmación es el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (Ginebra, 2 de diciembre de 1949)

políticas y de comprensión compleja de la dignidad que están presentes en el ámbito laboral. Sin embargo, en las últimas décadas, la operación jurídica del derecho del trabajo en México, registra graves resistencias (Medina Rosas y Peña Vera, 2020) frente a los avances jurídicos y programáticos de los derechos humanos.

Por ejemplo, respecto de la igualdad entre mujeres y hombres, y en la eliminación de la discriminación, el ámbito laboral fue vanguardia en su reconocimiento y operación. En la aprobación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, el único artículo en el que se especificó expresamente que no debía haber discriminación, fue en el artículo 123, que en su fracción VII señaló, “para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.”² De manera semejante, en el ámbito del derecho internacional, a los pocos años de la firma de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sumándose al proyecto de garantizar la paz de manera universal y permanente, y de cumplir su objetivo de garantizar la justicia social a través de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, en el año 1951, aprobó el Convenio 100 sobre la Igualdad de Remuneración por Trabajo de Igual Valor, en el que se precisó respecto de la discriminación, una condición en particular: en cuanto al sexo, entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina.³ Sin embargo, en el ámbito nacional, esta vanguardia quedó casi estancada hasta el año 2012, que en la Ley Federal del Trabajo se nombró el trabajo digno, que define, entre otras características, la prohibición de la discriminación por cualquier motivo, y la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres.

Tal vez por esa dilación entre el reconocimiento formal en la ley y la construcción de los mecanismos para garantizar lo sustantivo de la igualdad en el acceso a la justicia en materia laboral, en México todavía se identifican graves resistencias

² La definición y prohibición de la discriminación, acorde a los estándares internacionales de derechos humanos, se incluye en la Constitución mexicana hasta el año 2001. En el año 2003 se aprueba la primera Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación, por la cual se crea la primera institución con ese mismo objetivo, el Consejo Nacional para Prevenir y Erradicar la Discriminación.

³ Posteriormente, en 1958, la OIT aprobó el Convenio 111 relativo a la Discriminación en materia del Empleo y Ocupación, donde se nombran más condiciones sociales como motivos de discriminación, entre ellos la condición de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social.

para incorporar los principios y obligaciones generales de los derechos humanos establecidos en la Constitución, así como para cumplir con los deberes generales ante la violación de dichos derechos y libertades fundamentales. En la práctica, más que una deficiencia en la normatividad vigente aplicable para el ámbito laboral —aunque todavía puede tener mejoras—, se identifica principalmente un “conflicto de valores” (Rubio Castro) en el personal que opera la norma que, por la complejidad de los actores involucrados en la justicia laboral, incluye desde las autoridades de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, los Tribunales Laborales, hasta las autoridades sindicales, las instituciones empleadoras y las personas asesoras que intervienen en los procesos de conciliación y litigio. Este “conflicto de valores” es en relación a la norma vigente, ante la cual quienes la operan, al leerla y al implementarla no coinciden, no comprenden o deliberadamente no están de acuerdo con sus principios o contenidos y aplican sus criterios o usos y costumbres, que pueden ser francamente contrarios a la norma vigente o tener resultados contrarios a lo que establece la norma.

El cambio normativo y de las instituciones para el acceso a la justicia laboral en México, establecen una oportunidad ideal para integrar aquellos principios y valores en materia de derechos humanos que no se han logrado institucionalizar, tanto en los centros de trabajo, los sindicatos, así como para fortalecer las capacidades del personal que opera desde y con las instituciones de justicia laboral.

Así, en este capítulo el interés es brindar referencias, argumentos y ejemplos para que las personas que operen la norma laboral tengan insumos suficientes para operar la reparación del daño en el ámbito laboral, desde los más altos estándares de derechos humanos y desde la perspectiva de género.

El capítulo se estructura en dos grandes apartados, más las conclusiones. En el primero se presentan los elementos básicos que en la actualidad se comprende de la reparación del daño y los posibles debates que puedan surgir para su operación en el ámbito jurídico laboral, en el segundo apartado a partir de las bases metodológicas asumidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para juzgar con perspectiva de género, se presentan referencias para garantizar la reparación del daño integral y transformadora con perspectiva de género.

II. La reparación integral del daño en materia laboral

La comprensión de la reparación del daño se ha modificado de manera profunda a partir de la consolidación jurídica de los derechos humanos y con ellos, de los derechos de las víctimas. Los cambios incluyen desde el objetivo mismo de la reparación, las personas involucradas en la reparación, principalmente las víctimas, pero también los sujetos obligados a reparar, los daños que se consideran para ser reparados, hasta los elementos que se pueden incluir en la reparación del daño y las autoridades que tienen competencia para establecer la reparación del daño.

En México, la inclusión plena y explícita de los derechos humanos en la Constitución mexicana establece un cambio radical respecto de la reparación del daño. Al nombrar los principios, las obligaciones generales y los deberes del Estado en materia de derechos humanos, incluye, para toda autoridad el deber de reparar el daño. El párrafo tercero del artículo primero Constitucional señala que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Este nuevo deber para toda autoridad, está delimitado por el ámbito de sus competencias, y es sobre este eje que giran muchas preguntas, también lagunas legislativas, que es necesario abordar como el propio artículo señala: siempre bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, así como desde una interpretación orientada por el principio pro persona.

1. Objetivo de la reparación del daño

Históricamente la reparación del daño se ha centrado en la restitución, que implica, en la medida de lo posible, regresar a la persona a la situación o condiciones

previas a la violación de derechos que sufrió. En ese sentido, la reparación del daño responde básicamente a los daños causados a la persona directamente afectada.

A partir de los avances para operar los derechos humanos, en particular en el acceso a la justicia, la reparación del daño se identificó como una medida de gran potencial para restablecer no sólo los derechos de las personas directamente afectadas, también para restablecer la confianza social en las instituciones y consolidar condiciones para la paz social. Este alcance responde a las reflexiones sobre el derecho al acceso a la justicia, como un derecho fundamental para prevenir nuevos actos de violaciones a derechos y libertades, así como para garantizar un orden social sustentado en los derechos humanos (Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones, 2007)

Una de las bases para construir la Organización de las Naciones Unidas, articulada por una Declaración Universal de Derechos Humanos, es la comprensión de que cada nación y cada persona está en relación con las demás y que lo que sucede con una persona o nación, tiene un impacto en las demás. La dimensión social y colectiva en los derechos humanos es tan importante como la individual y, por tanto, las pone en relación para que ambas se garanticen. Así lo establece en la parte final de la Declaración:

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos. (Declaración Universal de Derechos Humanos)

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás,

y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.” (Declaración Universal de Derechos Humanos)

Respecto de la reparación del daño y su objetivo, estos derechos y deberes universales tienen un impacto directo. Se hizo indispensable una doble dimensión de esa relación entre la persona afectada en sus derechos y libertades y su entorno. Por un lado, la restitución plena de la persona, como sujeto de derechos y en un reconocimiento cabal de su dignidad, requiere del reconocimiento social de que fue afectada y que esa afectación violenta el pacto hecho por toda la comunidad, por tanto, que todo mundo actuará para que eso no vuelva repetirse; es decir, se actuará para confirmar el pacto y renovarlo para que sea parte de las prácticas cotidianas. Por otro lado, señala lo fundamental de identificar qué aspectos, de las causas de esa violación a derechos, tienen que ver con conductas o mentalidades que la propia comunidad o contexto están propiciando, o qué de las consecuencias de esa violación a derechos impacta la convivencia y los procesos colectivos del entorno en donde se desarrolló esa violación a derechos, de manera que, a través de cada caso, se de vigencia a los derechos y libertades acordados en común.

Esta relación entre lo individual y el orden social, modifica los alcances del acceso a la justicia a través de la reparación del daño. Si antes la resolución en un caso sólo podría incidir en lo concerniente a la persona directamente afectada o sus derechohabientes (o víctimas indirectas), la inclusión de esta interrelación lleva a que definir que, a través de un caso, es posible incidir en el orden social.

Actualmente la reparación del daño es un elemento del acceso a la justicia, al igual que la sanción, que tiene por objetivo consolidar la paz social a través de restablecer las relaciones sociales enmarcadas en la vivencia de los derechos humanos. Al sostener el derecho a la verdad, la justicia implica el reconocimiento de la violación a derechos y una reparación que da la certeza de que los hechos no se volverán a repetir. Esta paz social requiere de lo común, pues la dignidad y la

libertad no son principios y atributos jurídicos de las personas individuales. Son siempre relativos a la sociedad en la que se encuentra la persona, y siempre dependientes del reconocimiento, respeto y operación de las demás personas que integran esa comunidad

Desde ahí, la reparación del daño toma una dimensión más compleja y relevante para la sociedad y el Estado pues hace explícito y con consecuencias concretas, el reconocimiento de que el pacto social se transgredió y que desde la justicia se busca que ese pacto social se confirme, que se elimine el temor o la posibilidad de que sea afectado de nueva cuenta.

2. Personas reconocidas para la reparación del daño

El interés por consolidar un orden social donde los derechos humanos y las libertades fundamentales son parte de la cotidianidad y una realidad para cada persona, llevó a reflexionar también sobre la magnitud del impacto de los daños y sobre quiénes son, desde ese objetivo, las personas afectadas por la violación a derechos, lo que propició que se identificaran más personas como afectadas por los daños.

Actualmente la Ley General de Víctimas, aprobada en 2013, señala en su artículo 4º que se pueden identificar tres tipos de víctimas: directas, indirectas y potenciales. Estas tres posibilidades siempre refieren a personas físicas, aunque la ley también reconoce la posibilidad de que grupos, comunidades u organizaciones sociales sean afectados en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos y, por tanto, reconocidos como víctimas. Expresamente lo define así:

Artículo 4. Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.

Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella.

Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito.

La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo.

Son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.

En el ámbito laboral estas precisiones sobre los tipos de víctimas son relevantes. Por ejemplo, en relación a las víctimas potenciales, es una situación reiterada en los centros de trabajo que, cuando las víctimas deciden poner un límite a la violencia o acoso que sufren, presentando una denuncia o simplemente rechazando los actos de discriminación o violencia, inician actos de intimidación o represalias en su contra, principalmente por parte de la persona agresora, o aún por parte de quienes buscan mantener esas formas de relación. Si las víctimas directas tienen apoyo de otras personas del mismo centro laboral, o aún externas, las represalias suelen ampliarse contra esas personas. Muchos casos de violencia en el trabajo tienen impactos graves en el ambiente y clima laboral, por lo que el reconocimiento de las víctimas potenciales, permite una mejor restitución de los derechos y garantía de respeto en todo el centro laboral.

En relación a las afectaciones a grupos, es también una experiencia reiterada cómo, dentro de los centros de trabajo, aún dentro de los sindicatos, se afectan los derechos o los bienes jurídicos de grupos de personas que pueden tener en común una condición social por la cual sufren discriminación, que pueden ser desde su condición de género, de preferencia sexual, por alguna discapacidad o también por su posición política.

Para la materia laboral también es relevante que la calidad de víctima no se refiere exclusivamente a daños causados por la comisión de un delito. El mismo artículo 4º de la Ley General de Víctimas incluye las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte, entre ellos, sin duda están los derechos laborales y todos los derechos humanos que pueden ser afectados en el ámbito y las actividades laborales.

Este cambio tiene fundamento en la Constitución. Si bien desde 1993, en su artículo 20, nombra por primera vez a las víctimas como sujeto de los procedimientos penales y posteriormente en el año 2000, reconoce entre sus derechos la reparación del daño. Es en el año 2011, como parte de la reforma constitucional en materia de derechos humanos que la reparación del daño se integra en el artículo 1º como un deber de toda autoridad ante la violación de derechos humanos.

Finalmente, otro elemento importante en relación al reconocimiento de la calidad de víctima, es sobre la persona que causa los daños. No es indispensable que “se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo.” Lo cual abre posibilidades importantes en relación a las acciones que desde cada instancia empleadora se puede realizar para consolidar la paz y el respeto a los derechos y libertades en cada centro laboral. Para ello, sin duda son una referencia las acciones que en este sentido se realizan desde las Comisiones de Atención a Víctimas.

3. Los daños que se reconocen como reparables

Tradicionalmente, en el ámbito jurídico se han reconocido dos tipos de daño, el material y el daño moral. El material refiere principalmente a la pérdida o menoscabo en el patrimonio que sufre la víctima (y aquí tiene una relación importante la definición de víctimas indirectas), que se traduce en una reparación del daño también material; y el moral, que del mismo modo se traduce en una indemnización en dinero y, acorde al artículo 1916 del código Civil Federal vigente, incluye:

la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la

consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Sin embargo, actualmente, por el bloque de constitucionalidad y para operar el principio pro persona, es necesario tener presente, además, la normatividad vinculada a los derechos humanos y a los derechos de las víctimas. Sobre esta última, la Ley General de Víctimas, en su artículo 6º y 64, establece definiciones importantes respecto del concepto mismo de daño, el daño moral y sobre el hecho victimizante:

Artículo 6. Fcc. VI. Daño: Muerte o lesiones corporales, daños o perjuicios morales y materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños; pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico; pérdidas de ingresos directamente derivadas del uso del medio ambiente incurridas como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos; costo de las medidas de restablecimiento, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas o que vayan a adoptarse; y costo de las medidas preventivas, incluidas cualesquiera pérdidas o daños causados por esas medidas, en la medida en que los daños deriven o resulten;

Artículo 64 Fcc. II. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación integral, entendiendo por éste, aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados en términos monetarios. El daño moral comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas e indirectas, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y toda perturbación que no sea susceptible de medición pecuniaria;

Artículo 6. Fcc. X. Hecho victimizante: Actos u omisiones que dañan, menoscaban o ponen en peligro los bienes jurídicos o derechos de una persona convirtiéndola en víctima. Estos pueden estar tipificados como delitos o constituir una violación a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que México forme parte

En estas definiciones se mantiene el reconocimiento del daño material y el daño moral conocidos, sin embargo, en los hechos victimizantes, al señalar las afectaciones a bienes jurídicos o derechos, amplía esas conductas más allá de los delitos

y agrega las violaciones a derechos humanos. En el mismo artículo 6º, para efectos de esa norma, la Ley General de Víctimas define la violación de derechos humanos como:

Fcc. XXI. Violación de derechos humanos: Todo acto u omisión que afecte los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los Tratados Internacionales, cuando el agente sea servidor público en el ejercicio de sus funciones o atribuciones o un particular que ejerza funciones públicas. También se considera violación de derechos humanos cuando la acción u omisión referida sea realizada por un particular instigado o autorizado, explícita o implícitamente por un servidor público, o cuando actúe con aquiescencia o colaboración de un servidor público.

Esta restricción que establece la Ley General de Víctimas respecto de los agentes que pueden cometer violaciones a derechos humanos, es uno de los puntos pendientes a reflexionar desde los principios constitucionales y de derechos humanos, de manera particular respecto de la discriminación y la violencia que la tiene como causa y consecuencia. La discriminación es, sin duda, una de las más graves violaciones a derechos humanos, al grado de ser una de las pocas conductas en las que se establece como obligación su erradicación y una respuesta estatal inmediata. Por lo indispensable para el pacto de igualdad en dignidad, derechos y libertades, la prohibición de la discriminación en la propia Constitución obliga tanto a autoridades como a particulares.⁴

En la materia laboral, este tema sin duda implica reflexiones sobre, si en los centros de trabajo pueden producirse violaciones a derechos humanos, y ante ellas, cuáles son las competencias de las autoridades en el ámbito laboral, primero respecto de la empleadora y posteriormente desde los tribunales. Situar esta reflexión en relación a la reparación del daño, es fundamental para dar un cumplimiento cabal a la propia Constitución.

⁴ También se ha avanzado en algunas interpretaciones como la siguiente tesis: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, PRINCIPIO DE SU VIOLACIÓN POR LOS PARTICULARES. Décima Época Núm. de Registro: 160554, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1.8o.C.41 K (9a.) Página: 3771

La legislación laboral vigente, en armonía con la Constitución, establece como parte de las conductas prohibidas a la discriminación, también una forma de violencia que tiene a la discriminación como causa y consecuencia, que es la violencia de género contra las mujeres, así como la violencia y el acoso laboral, en la que se especifica al hostigamiento y acoso sexual. Cada una de estas conductas prohibidas causan daños, materiales y morales, también en los derechos y bienes jurídicos, que se deben identificar para que, a través del acceso a la justicia, se reparen.

A reserva de detallar en el siguiente apartado cada una de estas conductas, pues son elementos indispensables para comprender el trabajo digno, desde este apartado es importante señalar dos puntos: a) que la discriminación y la violencia que se le relaciona, deben de ser contemplados como parte de los daños a identificar y reparar, b) que en las últimas tres décadas, el reconocimiento de la violencia y su impacto, en particular respecto de la violencia de género contra las mujeres, ha llevado a reconocer tipos de violencia acorde a los ámbitos de la persona que son afectados, que incluyen aspectos físicos, psicológicos, también sexuales, patrimoniales, y actualmente se han sumado otros como lo simbólico.⁵ Estos tipos de violencia y los daños que producen, si bien están incluidos de manera gruesa en la tipología de daño material y moral, aportan y complejizan los daños que se deben de tomar en cuenta para la reparación.

4. Contenidos de la reparación del daño, integral y transformadora

Otro cambio importante en la comprensión de la reparación del daño son las acciones que se consideran reparadoras de los daños identificados. Tradicionalmente se han contemplado tres elementos principales: la restitución, la indemnización o compensación y ciertas medidas de lo que ahora se nombra como satisfacción.

Las principales referencias jurídicas para ello son la legislación civil y laboral. Como lo señala el artículo 1915 del Código Civil Federal:

⁵ Al respecto puede revisarse la Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia.

La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base la Unidad de Medida y Actualización y se extenderá al número de unidades que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Además, respecto del daño moral, el Código Civil Federal especifica, en el artículo 1916, lo siguiente:

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Y para acciones relacionadas con imputaciones denuncias o querellas calumniosas o ante ofensas al honor, la vida privada o la imagen propia de una persona, el mismo artículo establece:

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.

Sin embargo, actualmente estos tres elementos de restitución, indemnización y medidas que buscan reparar el daño al honor y otros aspectos relacionados, son mucho más amplios y complejos a partir de lo que establecen la normatividad relacionada a los derechos de las víctimas y al deber de no discriminación. Tanto

la Ley General de Víctimas como la Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación, contienen capítulos en los que se detallan las medidas de reparación del daño que corresponden a los daños reconocidos en ambas leyes, a las que agregan el término de integral.

La reparación integral del daño opera los cambios que se han señalado respecto del objetivo, alcance y comprensión del daño y abarca, no sólo los elementos para restablecer a la situación anterior, previa a la violación a derechos y libertades, sino también eliminar los efectos de esas violaciones. La Ley general de víctimas detalla los siguientes elementos:

Artículo 27. Para los efectos de la presente Ley, la reparación integral comprenderá:

I. La restitución busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos;

II. La rehabilitación busca facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de derechos humanos;

III. La compensación ha de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido o de la violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Ésta se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos;

IV. La satisfacción busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas;

V. Las medidas de no repetición buscan que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir;

VI. Para los efectos de la presente Ley, la reparación colectiva se entenderá como un derecho del que son titulares los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectadas por la violación de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o cuando el daño comporte un impacto colectivo. La restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido

social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados.

Las medidas colectivas que deberán implementarse tenderán al reconocimiento y dignificación de los sujetos colectivos victimizados; la reconstrucción del proyecto de vida colectivo, y el tejido social y cultural; la recuperación psicosocial de las poblaciones y grupos afectados y la promoción de la reconciliación y la cultura de la protección y promoción de los derechos humanos en las comunidades y colectivos afectados.

Este término integral agrega dos elementos más a las acciones que pueden ser contempladas para la reparación del daño. A la restitución, indemnización o compensación, y a las medidas para reparar el daño al honor (y que nombra como medidas de satisfacción para reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas, con elementos más amplios a los señalados por el Código Civil), se agregan la rehabilitación y las medidas de no repetición, además de la posibilidad de la reparación colectiva. Es decir, la reparación integral del daño abarca los elementos individuales ya conocidos, pero agrega aspectos relacionados con el orden social y con acciones que faciliten a la víctima el propio proceso de acceso a la justicia, al hacer frente a los efectos sufridos por las violaciones a derechos.

Para efectos de la rehabilitación, es conveniente tener presente que se trata no sólo de efectos sufridos en la integridad física, afectada por accidentes en el trabajo o por riesgos laborales, como es tradicional en la Legislación del trabajo. Esta misma normatividad, al prohibir la discriminación, la violencia de género contra las mujeres y la violencia laboral con el hostigamiento y acoso sexual, requiere desarrollar con mayor profundidad lo que significa cumplir con la rehabilitación de las víctimas que se identifiquen por estas violaciones a derechos en el ámbito laboral. En ello, los Lineamientos que regulan la aplicación de las medidas administrativas y de reparación del daño en casos de discriminación, emitidos en el año 2014 por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, son una excelente hoja de ruta, pues pertenecen al ámbito administrativo, afín a los procesos jurídico laborales.

Por su parte, las medidas de no repetición, definidas tanto en la legislación de víctimas como la de no discriminación, refieren expresamente a los elementos estructurales del orden social que requieren ser modificados para que, no sólo las violaciones a derechos sufridas por la víctima no vuelvan a ocurrir, también para corregir estructuralmente los factores que las originaron. Esto puede incluir cursos de reeducación para comprender la discriminación y la violencia, hasta reformas institucionales y legales en los centros de trabajo para garantizar el trabajo digno.

Las medidas de no repetición están vinculadas al principio de transformación que desde los estándares de derechos humanos se ha desarrollado en casos de discriminación y desigualdad estructural, mismo que está presente en la legislación nacional para víctimas. El reconocimiento de que las personas tienen distintas posibilidades de acceder a sus derechos y libertades dependiendo de la desigualdad o discriminación existente en su contexto, se incorpora en la reparación del daño para garantizar que efectivamente, las medidas que se diseñen tendrán el efecto esperado, en la víctima.

La Ley General de Víctimas, en su artículo 5, señala como principio para la operación de la norma, el enfoque transformador, con los siguientes elementos:

Las autoridades que deban aplicar la presente Ley realizarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, los esfuerzos necesarios encaminados a que las medidas de ayuda, protección, atención, asistencia y reparación integral a las que tienen derecho las víctimas contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes.

Esta definición tiene relación directa con los contenidos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado a la reparación del daño en casos donde la discriminación es parte de las causas y las consecuencias de la violación a derechos humanos investigada. En el Caso de González y Otras vs. México, la Corte Interamericana argumenta (Corte IDH, 2009) esta relación de la siguiente manera:

450. La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación

por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (*supra* párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación.

Pareciera que estos contenidos de la reparación integral y transformadora del daño son casi incompatibles con la legislación del derecho al trabajo, tradicionalmente limitada a criterios taxativos de daños materiales y relacionados con la integridad física de las personas. Ante esa realidad, hay dos puntos a hacer presentes. Uno, como se ha desarrollado en este apartado, relacionado a esos criterios taxativos están todos los demás contenidos de normas vigentes sobre el daño y su reparación, que deben de ser tomados en cuenta para garantizar un acceso a la justicia en igualdad y conforme a la constitución.

El otro punto son los contenidos del trabajo digno o decente que establece desde el año 2012 la Ley Federal del Trabajo. Su inclusión marca un antes y después en los contenidos normativos en materia laboral, y sin duda, respecto de las obligaciones a respetar, y los daños a identificar ante el incumplimiento de esos derechos y obligaciones.

El concepto de trabajo digno o decente es parte de un largo debate (Tapiola, 2018) al interior de la Organización Internacional del Trabajo, que tiene un primer registro sólido en el año 1998, con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, que tiene otro hito una década después, en 2008, con la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa y que se consolida en el año 2017 con la Recomendación 250, sobre el empleo y el trabajo digno para la paz y la resiliencia.

En relación al concepto de dignidad en el derecho al trabajo, incluirlo concreta elementos importantes del principio constitucional de progresividad de los derechos humanos. La progresividad tiene dos acepciones fundamentales, por un lado, el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos, que implica un conjunto de acciones y de procesos sostenidos en el tiempo, que garanticen resultados concretos y de plena satisfacción de los derechos y libertades para cada persona. (Grupo de Trabajo, 2011) Es decir, se reconoce que la incorporación formal de los derechos humanos en la ley no transforma las prácticas sociales de manera automática, por lo que son necesarios procesos institucionales y sociales para que, progresivamente, los resultados que se esperan del cumplimiento de las obligaciones sean una realidad cotidiana, sostenida y universal para todas las personas.

La otra acepción del principio de progresividad refiere a los contenidos y la interpretación para la operación de cada derecho. Es parte del lenguaje operativo de los derechos humanos hablar de los más altos estándares, es decir, de aquellas interpretaciones oficiales a través de sentencias de casos, también por las recomendaciones generales que los órganos autorizados hacen de las Convenciones y Tratados, que establecen avances en la comprensión de los contenidos de una norma y van incrementando el alcance de protección para las personas respecto de los derechos y las libertades fundamentales.

Al tener los referentes del más alto estándar de un derecho, desde el principio de progresividad se requiere también la correlación con el contenido esencial de cada derecho. Identificar lo básico de un derecho complementa esa progresividad, es decir, se tiene la referencia de los mínimos y los máximos en relación a los contenidos e interpretación de los derechos y libertades, de manera que se tenga claridad de los límites al momento de la aplicación, siempre en la conciencia de que tanto los mínimos como los máximos no deben tener retrocesos y sólo incrementos en la protección. Esta parte de la progresividad, los contenidos esenciales de un derecho, está relacionada también con el principio de inalienabilidad y de la dignidad humana, pues corresponde a aquello que, si se retira, se omite o se incumple, rompe directamente con el acuerdo de reconocernos entre todas las personas como iguales en derechos y libertades, iguales en dignidad.

Así, al incluir en el derecho al trabajo el calificativo de dignidad, se establece el límite de aquello que no se puede transgredir, de aquello que, si se incumple, se deja de cumplir con las características de lo que constituye el trabajo. La Ley Federal del Trabajo define al trabajo digno o decente de la siguiente manera:

Artículo 2o.-Las normas del 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.

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 e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.

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.

De los cuatro grandes elementos que incorpora la definición de trabajo digno: 1) el principio y deber de no discriminar 2) las condiciones mínimas del trabajo a las que está obligada la instancia o persona empleadora: seguridad social, salario remunerador, capacitación continua y condiciones de seguridad e higiene para

prevenir riesgos de trabajo; 3) Los derechos colectivos de los trabajadores, como libertad de asociación, autonomía, derecho a huelga y contratación colectiva y, 4) La igualdad sustantiva o de hecho de trabajadoras y trabajadores frente al patrón y entre las mujeres y los hombres, se identifican aspectos que son indispensables para pensar en la reparación del daño en materia laboral. Si bien las condiciones mínimas del trabajo y los derechos colectivos de las y los trabajadores son elementos mucho más conocidos, aunque se tuviera como referencia general, incluir la igualdad sustantiva y el deber de no discriminación de manera expresa en los contenidos esenciales del derecho al trabajo genera un cambio de raíz en la comprensión del derecho al trabajo y sus alcances en el acceso a la justicia, en particular la reparación del daño con un alcance transformador.

A su vez, el carácter social del derecho laboral sin duda se refuerza con la comprensión y operación de estas nuevas obligaciones relativas a una reparación integral y transformadora de los daños, que se puedan identificar en controversias jurídicas en materia del derecho del trabajo.

5. Autoridades competentes para establecer la reparación del daño y los sujetos jurídicos obligados a reparar

En la medida en que la reparación del daño es un deber constitucional en materia de derechos humanos que corresponde a toda autoridad, obviamente en el ámbito de su competencia, tanto las instancias administrativas laborales de cada centro de trabajo, como de las autoridades jurisdiccionales en materia laboral, deben incluir la reparación del daño.

Esta afirmación sin duda implica un cambio profundo en relación a lo definido previo a esta reforma en materia de derechos humanos, tanto en la norma como en la jurisprudencia, principalmente de la 9a. época. Antes de la inclusión plena de los derechos humanos en la Constitución, los aspectos del daño material se operaban a partir de las referencias y montos definidos en la Ley Federal del Trabajo, y lo relativo al daño moral, se exigía y operaba desde los tribunales civiles.

Actualmente, además de esas vías, que continúan vigentes, las instancias administrativas laborales de cada centro de trabajo, como de las autoridades jurisdiccionales en materia laboral, deben incluir en sus resoluciones la reparación integral y transformadora del daño. La única excepción respecto de las medidas que se pueden establecer como reparación del daño, es para las autoridades de los centros de trabajo quienes, acorde al artículo 65 de la Ley General de Víctimas, no pueden establecer los términos y montos de la compensación. Dicha atribución es exclusiva, a través de sus resoluciones, para los órganos jurisdiccionales y para los organismos públicos de derechos humanos, en ambos casos, nacionales o internacionales. Por ley, también las comisiones de atención a víctimas y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación pueden establecer medidas de compensación.

A pesar de esa mínima restricción, ante la obligación vigente⁶ que tienen las instancias empleadoras de crear los protocolos “para prevenir la discriminación por razones de género y atención de casos de violencia y acoso u hostigamiento sexual, así como erradicar el trabajo forzoso e infantil”, estos protocolos deben de cumplir con los deberes establecidos en la Constitución entre los que está el deber de reparar los daños causados por violaciones a derechos humanos. Así, salvo la determinación de la compensación, tienen el deber de reparar el daño contemplando medidas de restitución, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y las medidas de no repetición, con un enfoque transformador.

En relación a las personas que pueden ser obligadas a reparar el daño, su definición corresponde a la responsabilidad que se tiene ante dicho daño, así como por las atribuciones que se tienen, ya sea como persona física, o como persona empleadora o sus representantes. En relación a la responsabilidad, es importante tener presente que, ante hechos de discriminación y violencia, no sólo pueden ser responsables las personas físicas que los ejercen, también puede ser responsable la empleadora, al no investigar, al dejar en la impunidad, o al realizar actos de violencia institucional que produzcan la impunidad de dichos actos. La ley Federal del Trabajo lo nombra, en la fracción XIII del artículo 133, como la responsabilidad

⁶ Fracción XXXI, del artículo 132 de la Ley Federal del Trabajo. Fracción adicionada DOF 01-05-2019.

de la empleadora por permitir o tolerar actos de hostigamiento y acoso sexual en el centro de trabajo.

Por otro lado, respecto de las medidas de reparación del daño, en general las medidas que refieren a aspectos individuales de la reparación del daño, deberán ser cubiertas por la persona responsable de los hechos, pero seguramente, respecto de aquellas medidas estructurales, la institución o instancias facultada para incidir en los procesos estructurales de la institución, será la obligada en cumplirlas.

III. Claves metodológicas para la operación reparación integral del daño en materia laboral con perspectiva de género

Para reconocer los daños que se pueden producir por violaciones a los derechos laborales, y tener los elementos suficientes para determinar la reparación de esos daños identificados, es fundamental que, durante todo el proceso jurídico, sea administrativo en el centro laboral o jurisdiccional laboral, se realicen un conjunto de acciones, entre las que están escuchar de manera directa la voz de la o las personas afectadas en sus derechos y libertades.

La metodología que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido para garantizar el acceso a la justicia en igualdad, utilizando la perspectiva de género,⁷ es también una metodología idónea para identificar los posibles daños, así como todos los aspectos posibles de la reparación del daño integral y transformadora.

En este apartado se presentan precisiones y sugerencias para reconocer los daños y establecer una adecuada reparación del daño, al garantizar el acceso a la justicia en igualdad. No hay que olvidar que la reparación del daño integral y transformadora,

⁷ Al respecto puede verse: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) Jurisprudencia Constitucional, Décima época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, página 836, Número de registro 2011430, 1a./J.22/2016 (10a.) ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

como se especifica desde los estándares más altos de derechos humanos y de la propia normatividad general para los derechos de las víctimas, además de cumplir con los elementos conocidos de restitución, implica también consolidar un orden social sustentado en el respeto y garantía de los derechos humanos. Para ello, la metodología para juzgar con perspectiva de género es ideal, pues permite identificar los posibles desequilibrios de poder entre las personas involucradas en cada controversia y garantizar que no se traduzcan en discriminación o privilegios.

Para entrar en estos aspectos operativos desde la perspectiva de género, en primer lugar, es indispensable insistir que el concepto de género, no es sinónimo exclusivo de mujeres (De Barbieri, 1996), como tampoco lo es de la preferencia u orientación sexual, ni se reduce a la identidad sexo genérica.

El género, como concepto y categoría de análisis de las relaciones sociales, refiere de manera directa a la diferencia sexuada de las personas, es decir a los significados que cada sociedad, con las modificaciones que realice a lo largo de su historia, construye en referencia a las diferencias de los principales atributos sexuados de las personas y de las representaciones que de ellas se hacen.

Las significaciones que se hacen para el género se asientan principalmente en el cuerpo, tanto en el *cuerpo vivido* desde cada persona, como en los significados que se asignan socialmente (Lagarde, 2018). En la medida en que visiblemente hay dos sexos —aunque pueda haber una gama intermedia o singular de posibilidades gonadales, hormonales y fisiológicas—, los sujetos de análisis de género son principalmente las mujeres y los hombres. Es real también, que algunas sociedades han significado otras posibilidades de género, que son parte integral de su construcción de orden social de género, por ejemplo, algunos pueblos indígenas en México han significado un tercer género, como puede ser el pueblo Zapoteca, con los Muxes.

Actualmente hay personas que buscan salir de una identificación de género vinculada a las mujeres y a los hombres, y se autonombren como “no binarias”. Este reconocimiento de otras alternativas de género llevará su proceso social y cultural para integrar a las significaciones de cada sociedad estas otras posibilidades.

En ese proceso, que se siga reconociendo como sujetos de género a las mujeres y los hombres no genera discriminación, y es fundamental que se continúen nombrando a los sujetos de género de cada sociedad, pues son categorías de análisis de las relaciones sociales, no simples categorías de identidad. Para identificar los posibles elementos de discriminación o desigualdad son necesarias las categorías que permiten registrar el impacto de los significados sociales en la experiencia individual, y no quedarse sólo en las referencias individuales.

La relevancia jurídica de estas categorías de análisis de las relaciones sociales, estriba en que permiten identificar el impacto de esos significados sociales en el reconocimiento, goce y ejercicio de derechos y libertades, así como el impacto, ya sea como causa o como consecuencia, para la consolidación de un orden social en donde los derechos y libertades se reconozcan y garanticen en igualdad para todas las personas, sin que sus diferencias conlleven anular o menoscabar el reconocimiento goce o ejercicio de esas libertades y derechos.

Si se observa desde la condición de clase social, una categoría que toma como eje de análisis las relaciones de producción y del capital, se puede relacionar la situación de desigualdad social que se produce por el acceso, o no, a los recursos económicos y del capital, y comprueba que esa diferencia genera una desigualdad estructural entre las personas trabajadoras, respecto de quienes son dueños del capital o sus representantes, como personas empleadoras. En ese reconocimiento de la condición de clase y su impacto en las estructuras sociales de producción, jurídicamente se analiza el impacto que esos hechos pueden tener en el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y libertades, tanto de las personas trabajadoras, como de las instituciones empleadoras. Jurídicamente, desde este reconocimiento de la desigualdad social por clase y las posibles afectaciones en cada caso, se ha estructurado no sólo el derecho laboral, sino también las singularidades en su procedimiento y de las instituciones que operan el acceso a la justicia laboral. Sólo identificando expresa y estructuralmente estas desigualdades en el acceso a los recursos de la producción y del capital, se podrá garantizar la igualdad y la justicia social.

De manera semejante, desde la condición de género, que toma como eje de análisis los significados que socialmente se atribuyen a la diferencia sexual, esta categoría

reconoce la situación de desigualdad social que se produce por dichos significados, y se procura eliminar aquellos elementos que jurídicamente se reconocen como discriminatorios o privilegios. Obviamente no se trata de eliminar las diferencias reales, asentadas en el cuerpo y la biología, lo que se busca señalar jurídicamente es que, si sobre esas diferencias reales se construyen significados que afectan la igualdad en dignidad, derechos y libertades, eso se tendrá que prevenir, investigar, sancionar y reparar, con el objetivo de que sean erradicados esos contenidos discriminatorios.

Por otro lado, es importante tener presente que el género es sólo una de las condiciones relacionadas al amplio espectro de lo que abarca la sexualidad humana. Respecto de la sexualidad humana están también otras categorías que se utilizan en el ámbito jurídico, desde el parentesco y estado civil, aspectos reproductivos como el embarazo, la paternidad y todo lo relacionado a los cuidados de las personas, hasta las preferencias u orientación sexual que refieren al ejercicio del erotismo. Cada una de ellas es una categoría de análisis de las relaciones sociales en sí misma, distinta al género, aunque vinculada a la sexualidad.

Por ello, cuando se habla de género no se puede reducir como sinónimo de mujeres, pues en realidad refiere a los sujetos de género que son hombres y mujeres (y también aquellos que cada sociedad signifique en relación a la diferencia sexual). De hecho, realizar un análisis de género puede ser respecto de las relaciones entre mujeres y hombres, pero también entre las mismas mujeres y entre hombres. Tampoco se puede reducir a la identidad sexo genérica, pues la identidad es sólo una parte de los elementos vinculados al género, ni se puede hacer sinónimo de preferencia u orientación sexual, pues el erotismo, al igual que la reproducción, son aspectos de la sexualidad que se deben de poner en relación con el género, pero no subsumirse unos en los otros.

Desde esta base, es necesario tener presente cuando se opera el análisis desde la perspectiva de género, si bien el punto de entrada para ese análisis es desde la condición de género de las personas involucradas, también se deben integrar todas las demás condiciones sociales que son relevantes en cada caso, acorde a las personas involucradas en la controversia judicial. La normatividad para prevenir y

erradicar la discriminación señala de manera expresa aquellas condiciones sociales que son relevantes para no reproducir la discriminación.

La necesidad de integrar en el análisis desde la perspectiva de género, el conjunto de condiciones sociales que puedan producir un menoscabo en el reconocimiento goce o ejercicio de los derechos y libertades, parte de la comprensión de que todas y cada una de las personas encarnan un conjunto de condiciones sociales: toda persona tiene edad, sexo, género, clase social, etnia, posiciones políticas, condición de salud, nacionalidad, discapacidad, etcétera. Además, el significado de ese conjunto de condiciones sociales que cada persona encarna, cambia en relación al contexto en que se encuentra. Si una persona pertenece a una etnia, y se encuentra en su propio pueblo o comunidad, el posible impacto de discriminación por pertenecer a esa etnia posiblemente sea nulo, o mucho menor que si se encuentra en una ciudad en la que hay una diversidad amplia de personas pertenecientes a otras etnias, o si es minoría respecto de la etnia del lugar en el que se encuentra.

Todas y cada una de las personas son la suma de un conjunto de condiciones sociales, y es esa suma de condiciones, puestas en relación a las demás personas involucradas en una controversia judicial y en cada contexto, lo que proporciona la información completa de lo que interesa jurídicamente: el impacto de esas condiciones sociales en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. Por ejemplo, entre los hombres, si bien hay semejanza por su condición de género, puede haber diferencias entre ellos por condición de clase, edad, preferencia sexual, estado civil, si ejercen la paternidad de manera sola o si cuentan con pareja que convive en el mismo domicilio o en otro diferente. Para analizar el impacto que esas condiciones sociales tienen en el reconocimiento o ejercicio igualitario de derechos y libertades, es indispensable hacer el análisis en relación a las otras personas (con el conjunto de condiciones sociales que encarna) y ubicar el análisis en el contexto específico en que se dan los hechos que se investigan.

Para garantizar la igualdad jurídica, es indispensable hacer un análisis relacional. Las condiciones sociales de las personas involucradas en una controversia judicial, no dan por sí mismas la situación de posible afectación a su dignidad, derechos

y libertades, para ello es necesario hacer un análisis relacional y contextualizado de y entre todas las personas involucradas.

Finalmente, el análisis no es sólo para identificar los grados de desigualdad o discriminación. El planteamiento desde los derechos humanos es identificarlo, para actuar y consolidar la igualdad. Cuando la ley habla de hacer análisis de poder, no se refiere exclusivamente a situaciones de dominación y desigualdad, también habla de la construcción de la igualdad en dignidad, derechos y libertades. Para ello es fundamental tener presente la definición de empoderamiento de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia (Ley General de Acceso):

Artículo 5.-Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

X. Empoderamiento de las Mujeres: Es un proceso por medio del cual las mujeres transitan de cualquier situación de opresión, desigualdad, discriminación, explotación o exclusión a un estadio de conciencia, autodeterminación y autonomía, el cual se manifiesta en el ejercicio del poder democrático que emana del goce pleno de sus derechos y libertades, (Ley General de Acceso, de 1 de febrero 2007, Diario Oficial de la Federación)

De manera semejante, respecto de la condición de género, el análisis que se debe hacer implica reconocer la desigualdad estructural que existe entre hombres y mujeres, también entre las mismas mujeres que tienen diversas condiciones por edad, salud, posición política, al igual que permite reconocer la desigualdad estructural que se puede dar entre los mismos hombres, por tener entre ellos diversas condiciones por preferencia sexual, estado civil, nacionalidad, entre otras.

Tomando así el uso de las condiciones sociales, uno de los aportes teóricos y metodológicos más importantes del feminismo ha sido la construcción de la perspectiva de género, que permite analizar las relaciones de poder tomando como punto de partida del análisis la condición de género, y a partir de ello, integrar todos los aspectos de las personas para garantizar realmente la igualdad. La legislación mexicana, específicamente la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia define a la perspectiva de género como:

Artículo 5.-Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

IX. Perspectiva de Género: Es una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres. Se propone eliminar las causas de la opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones (Ley General de Acceso, de 1 de febrero 2007, Diario Oficial de la Federación)

Para la operación de la perspectiva de género en el acceso a la justicia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado diversas herramientas que también deben ser aplicadas en materia laboral. Desde el año 2013 está el Protocolo para Juzgar con perspectiva de género, mismo que se está en constante proceso de actualización y, en el 2016 se aprobó una jurisprudencia 1a./J.22/2016 (10a.) ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO que establece, a través de seis pasos, una metodología obligatoria en toda controversia jurisdiccional.

Dicha jurisprudencia señala que “Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual debe implementarse un método en toda controversia judicial aún cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que por cuestiones de género impida impartir justicia de manera completa e igualitaria.”

Con el interés de aportar en las claves metodológicas ya establecidas para impartir justicia de manera completa e igualitaria y con el objetivo de identificar momentos claves para reconocer los daños generados por violaciones a derechos o libertades en el ámbito laboral, así como las medidas más adecuadas para su reparación de manera integral y transformadora, se retoman los seis pasos de esta

metodología, de manera que se observen las posibilidades que brinda el análisis desde la perspectiva de género, para la reparación del daño.

1. Identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia

Consolidar en el acceso a la justicia el objetivo de hacer realidad relaciones sociales sustentadas en los principios de los derechos humanos, y con ello salir de una justicia meramente formalista, implica colocar a las personas involucradas en cada controversia en el centro del análisis y de la resolución. Hacerlo pasa por dos elementos principales: a) identificar a todas las partes que son parte y pueden estar afectadas por la controversia que se desarrolla, y b) identificar las diferencias de cada una de esas personas que son relevantes para los derechos y las libertades, y los elementos del contexto que tienen impacto en el reconocimiento goce o ejercicio de derechos y libertades.

La articulación de ambos elementos, por un lado, todas las personas involucradas en una controversia y por otro, el contexto en el que se desarrolla dicha controversia, permite realizar un análisis de las relaciones de poder que den certeza sobre qué es lo que está afectando o puede afectar la igualdad en dignidad, derechos y libertades en el proceso de acceso a la justicia o en la propia resolución. Este paso complejiza el reconocimiento de las relaciones de poder que tradicionalmente se ha realizado en materia laboral, en el que ya se reconoce el desequilibrio de poder por motivos de acceso al capital, también por las diferencias de jerarquía en la estructura de producción y de las relaciones laborales.

Con relación a la reparación del daño en materia laboral, este paso es fundamental pues garantiza integrar en el análisis de las relaciones de poder, el conjunto de las condiciones y situaciones que la norma ya ha reconocido como motivos de discriminación, entre los que también está la condición de clase y económica. A su vez, este análisis complejo a través de cada caso posibilita implementar medidas que transformen, en cada centro laboral, las causas estructurales y discriminatorias que sostienen la violación a derechos y libertades identificada, o también que

erradiquen las consecuencias discriminatorias producidas por esa violación de derechos y libertades en el ámbito laboral.

a. Identificar a todas las partes de una controversia

Reconocer que la dignidad y las libertades fundamentales son premisas jurídicas que se garantizan de manera relacional, en tanto construcciones sociales que requieren tanto del conocimiento individual como del respeto común, lleva a observar que, cuando una persona es afectada en sus derechos y libertades a partir de alguna condición social, lo más probable es que existan otras personas afectadas. También, cuando una persona afecta derechos de otras personas, posiblemente tendrá el soporte de otras personas o de condiciones estructurales que le garanticen privilegios o impunidad ante esos hechos.

Para comprender e identificar los aspectos estructurales y sociales que en el ámbito laboral puedan sostener la desigualdad y la discriminación, es necesario no restringir la identificación de las partes a sólo las directamente involucradas en cada caso, e incluir a todas las partes que pueden ser afectadas en su integridad, en sus derechos o libertades, por la misma controversia.

Como se señaló en el apartado sobre la reparación del daño, es posible reconocer a víctimas directas, indirectas y potenciales, así como responsables de hechos concretos de discriminación y violencia, como responsables por permitir o tolerar dichos hechos. Son esas posibilidades de sujetos para el análisis que se deben contemplar en este primer paso.

Así, iniciar el análisis de un caso identificando todas las personas que pueden estar afectadas en su integridad o derechos, y todas las personas que pueden estar relacionadas en esa afectación, permite tener mayor precisión en el restablecimiento de un clima laboral acorde a la definición de trabajo digno. También permite identificar las personas que requieren reparación del daño, que debe ser individualizada y diferenciada, como señala la Ley General de Víctimas.

b. Situaciones de poder que den cuenta de desequilibrios entre las partes en controversia

Como se indica en la definición de perspectiva de género, el interés de hacer un análisis de las relaciones de poder está centrado en identificar situaciones de desigualdad, injusticia o jerarquización de las personas que, por su propia existencia, afectan el pacto de igualdad. Al identificarlo, lo que se propone en el acceso a la justicia con perspectiva de género es eliminar las causas que generan esa desigualdad, así como contribuir a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor e igualdad de derechos y oportunidades. El aspecto político de los derechos humanos y de la perspectiva de género, refiere a estos dos procesos, por un lado, analizar las relaciones de poder, y por otro, realizar las acciones que garanticen erradicar la discriminación por cualquier motivo y sostener la igualdad en dignidad, derechos y libertades.

Este aspecto político que señala la definición de perspectiva de género, y que comparte con los derechos humanos, puede ser llamativo o difícil de comprender para quienes siguen asumiendo que la imparcialidad, objetividad y generalidad de la norma pasa por la neutralidad. Durante mucho tiempo se ha asumido que la ley y su operación, para lograr la igualdad, requieren ser ciegas ante las diferencias. Pero es sólo relacionando las diferencias con el pacto de igualdad que ésta puede ser concreta y real. (Ferrajoli, 2001).

Los derechos humanos y la perspectiva de género buscan identificar situaciones de desigualdad, injusticia, discriminación o violencia, para transformar aquellos elementos del orden social que los hacen posibles y con ello consolidar un orden social de igualdad en derechos y libertades. En ese proceso, es indispensable reconocer los daños generados, también el impacto que produzcan esos daños en las personas y en el contexto, tiene una relación directa con la situación de vulnerabilidad o discriminación, o de privilegios, en la que se encuentren las personas involucradas en una controversia, y con ello definir las medidas de reparación integral y transformadoras, que cumplan con ese objetivo.

Con relación a lo que señala la definición de perspectiva de género, sobre la jerarquización de las personas, no se debe confundir con la estructura operativa

laboral, que establece jerarquías para la toma de decisiones o para la distribución de cargas laborales. La jerarquización de las personas refiere a distinciones, preferencias o restricciones que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce, o ejercicio de derechos o libertades en igualdad con las demás personas, es decir, refiere a actos de discriminación sobre derechos y libertades y no de distribución de cargas laborales o de responsabilidades en la toma de decisiones en los procesos laborales.

Ahora, las situaciones de poder entre las partes en controversia, y los posibles desequilibrios, tampoco pueden restringirse sólo a la condición de género de las personas involucradas, por el simple hecho de que las personas no sólo tienen condición de género. Todas las personas encarnan y es visible para las demás personas, el conjunto de condiciones que integran, y es ese conjunto contextualizado, que permite identificar realmente el grado de impacto que tienen en el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y las libertades. Se toma dicha condición como punto de partida para identificar el conjunto de condiciones sociales que también contienen las personas involucradas y que, en su conjunto analizadas en relación a dichas personas y el contexto, determinarán los grados de discriminación o vulnerabilidad existente en cada caso en particular.

2. Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género a fin de visibilizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género

Jurídicamente se ha reconocido que socialmente existen generalizaciones de significados, sustentadas en características concretas de las personas, que al ser coincidentes entre más personas que las comparten, se pueden identificar como condiciones o situaciones que son motivo de discriminación o de privilegios. En ese sentido al mundo jurídico le interesan los estereotipos y prejuicios, como claves para identificar y desmontar aquellos elementos que socialmente obstaculizan, menoscaban o anulan el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos y libertades en igualdad.

Los estereotipos y prejuicios pueden sustentarse en uno o varios motivos de discriminación. Como se reitera en este capítulo, desde la perspectiva de género, el punto de entrada para analizar las relaciones de poder entre las partes involucradas es la condición de género de las personas y sus significados contextualizados por el conjunto de las demás condiciones sociales que integra, en un contexto específico.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González y Otras vs. México*, habla de los estereotipos de género y señala:

401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.

Para comprender los elementos que conforman estereotipos y prejuicios con mayor precisión, de manera que sean operativos para los procesos de acceso a la justicia, es conveniente el diálogo con otras disciplinas sociales que han profundizado en ello, como la antropología social que se realiza desde la perspectiva de género. Vale la pena reiterar que cada disciplina puede hacer aportes generales al análisis de la realidad, como en este caso la antropología social respecto de los estereotipos y prejuicios, sin embargo, si no incorporan la perspectiva de género sus aportes serán ciegos a los elementos que permiten identificar las relaciones de poder desde la condición de género y el orden social sexuado.

Con el objetivo de identificar las referencias teóricas y conceptuales que desde esta disciplina se utilizan, en seguida se presenta la introducción que la doctora

en antropología social, Martha Patricia Castañeda Salgado, ha utilizado en periciales⁸ de antropología social con perspectiva de género:

Desde el punto de vista antropológico, los estereotipos y los prejuicios forman parte, junto con los valores, de la íntima relación de mutua determinación entre cultura, organización social, mentalidades, sentido común y prácticas sociales. Los tres elementos se activan en el marco de relaciones sociales que, a su vez, están definidas por los distintos ordenadores sociales que les dan sentido. Los ordenadores más generales son el género, la edad, la clase, la etnia y la raza. Éstos se articulan en cada sociedad o grupo particular con ordenadores sociales que tienen que ver con particularidades o especificidades de los individuos o colectivos, como son la orientación sexual, la condición física diferenciada, la adscripción religiosa o la adscripción política. El derecho también ha reconocido estos ordenadores y los ha registrado como motivos de discriminación —la cual está prohibida constitucionalmente—. Además, en algunos referentes jurídicos, como el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se retoman otros términos como “categorías sospechosas”.

En lo que corresponde al género, los estereotipos son definiciones modélicas fijas y esencialistas —o esencializadas— de los atributos que mujeres y hombres deben poseer como consecuencia de los mandatos de género que la cultura impone en un contexto sociohistórico, económico y político específico. Los estereotipos de género prefiguran formas de “deber ser” que se usan como referentes del cumplimiento de las normas sociales por parte de categorías sociales específicas de mujeres y hombres, como el pacto patriarcal y la masculinidad hegemónica. Tienen la pretensión de abarcar tanto las adecuaciones positivas de las mujeres y hombres a los ordenamientos sociales que se les imponen, como las manifestaciones de desacuerdo, rebeldía o transgresión a esos ordenamientos y sus correspondientes normas. Su fuerza radica en la asociación que se elabora entre categoría social y deber ser, dimensión en la que se prefigura culturalmente el estereotipo.

Los estereotipos son naturalizados por efecto de la cultura y se constituyen en baremos que permiten valorar y evaluar el desempeño de mujeres y hombres con

⁸ En la medida en que refiere a periciales presentadas en Carpetas de Investigación que continúan abiertas, no se precisa más información, pero sí se especifica la autora.

base en los contenidos de sus correspondientes condiciones de género. En esa medida, además de ser objetos de valoración, se constituyen en pautas culturales depositarias de los valores fundamentales para la organización sociocultural que los acuña, aplica y difunde con la pretensión de perpetuar el orden genérico establecido.

Los prejuicios, por su parte, son elementos de criterio que se han elaborado de forma previa a conocer la evidencia y cualidades específicas de ésta. En sentido filosófico, son juicios *a priori* que marcan la pauta de lo esperado, lo permitido, lo tolerado y lo execrable. Es un concepto o una idea anticipada acerca de una persona, una colectividad, una relación, una práctica o una conducta, sin que se tenga un conocimiento previo suficiente que permita caracterizarla. En ese sentido, es otra dimensión de la valoración que se centra en una expectativa poco o mal fundada, a diferencia del estereotipo que es prescriptivo. En consecuencia, los prejuicios de género son valoraciones emitidas sobre el sujeto de género sin considerar su condición sociogenérica, presuponiendo un deber ser —positivo o negativo— que de antemano le coloca en posiciones que derivan o se asocian con prácticas discriminatorias, excluyentes o de inclusión desde connotaciones de dominio o, por el contrario, de inclusión desfavorable.

Generalmente los prejuicios y los estereotipos se ponen en acción de forma conjunta pues ambos constituyen mecanismos de control social que operan en el ámbito del sentido común y de las mentalidades. De ahí obtienen fuerza, alcance y capacidad de orientar o desorientar las valoraciones justas y los juicios fundados. A su vez, son expresiones privilegiadas de los procesos de normalización que se sustentan, real o ideológicamente, en la cultura considerada como conjunto complejo de concepciones del mundo, relaciones y prácticas sociales y producción material cuya simbolización dota de identidad, pertenencia y especificidad a una sociedad. Es la fuerza de estereotipos y prejuicios de género la que alienta y reproduce que, si es una mujer, no sea reprochable hacerle núcleo de burla (“el que llegue al último es niña”), el menoscabo de sus accesos y derechos esté justificado (“la habríamos promovido para el ascenso si no se hubiera embarazado”), su labor se minusvalore (“ella no trabaja, es ama de casa”), se les adjudiquen como “biológicamente” portadores de rasgos inhabilitantes (“las mujeres son problemáticas y emocionales, no sirven para gobernar”), y su objetualización (“es mi mujer”), y en última instancia, su agresión, esté disculpada o permitida (“es que lo engañó”).

De esta manera, si se toman en cuenta los estereotipos y prejuicios que estén o puedan estar presentes en cada controversia judicial, ya sea porque las personas involucradas los incluyen en sus relatos y argumentos, tanto respecto de los hechos, de las propias personas involucradas, como también en relación al impacto que producen en la integridad, derechos o bienes jurídicos de las partes; ya sea porque las autoridades los expresan y ponen en acción, produciendo revictimización o discriminación en el acceso a la justicia, la identificación de los estereotipos y prejuicios de género, articulados a las demás condiciones sociales puestas en juego en cada caso, permitirán clarificar elementos sociales y jurídicos que causan las afectaciones a la integridad derechos y bienes jurídicos, así como la magnitud de los daños que producen.

Los daños que se producen, como se señaló en este capítulo, pueden ser directos en la o las personas afectadas, ya sea como víctimas directas, indirectas o potenciales, pero también pueden ser daños estructurales que reproduzcan y sostengan contextos discriminatorios o de privilegios que deben ser identificados para garantizar una reparación del daño integral y transformadora.

Por ejemplo, en relación a los hechos, respecto de los actos de violencia, se pueden identificar estereotipos y prejuicios en los que sólo se reconozca como violencia los actos graves de violencia física, pero no el conjunto de tipos de violencia que ya se han reconocido en las normas, como lo es en la Ley General de Acceso que señala también la violencia psicológica, sexual, económica, patrimonial, entre otras.

Sin duda, los estereotipos y prejuicios respecto de los hechos, o también respecto de las condiciones de las personas involucradas en una controversia, determinarán qué pruebas considero para evidenciar los daños y las necesidades para su reparación. Por ejemplo, en hechos de violencia sexual contra las mujeres, como puede ser el hostigamiento sexual en el trabajo, todavía se afecta la presunción de buena fe y se invalidan los elementos que registran los hechos, si no se comprueba que la víctima tiene daños severos actuales o permanentes por dichas conductas. A pesar de que el propio Código Civil Federal establece que se presume daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas, y a pesar de que se cuenta con un conjunto de criterios

internacionales que también presumen el daño cuando se comprueban hechos de violencia sexual,⁹ todavía persisten estereotipos y prejuicios que impiden identificar los daños, que argumentan la invalidez de las pruebas sobre los hechos y los daños, y desde ahí, restringen severamente o impiden cumplir con el acceso a la justicia a través de una reparación integral del daño y transformadora del contexto desigual y discriminatorio que existe.

3. En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones

La obligación de garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso a la justicia, si bien requiere de los aportes de todas las partes involucradas, es una responsabilidad que recae finalmente en quien resuelve. Por ello es necesario, previo a resolver, contar con las pruebas suficientes que permitan sostener que en el proceso y para la resolución se tiene certeza de que se tomaron en cuenta las obligaciones reforzadas acordes a las condiciones sociales que encarnan las partes involucradas, y se conoce el grado del impacto de los hechos en las personas de la controversia, acorde al contexto en el que suceden.

Este paso, en materia laboral, se puede relacionar y operar desde la suplencia de la queja, pero es relevante tener presente que refiere principalmente al cumplimiento de la obligación de igualdad y no discriminación en el acceso a la justicia.

Respecto del daño y su reparación, este tercer paso de la metodología nos recuerda que necesitamos tener también las pruebas de los daños, no sólo aquellos

⁹ Por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ver: Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 100; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 114; Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 párr. 139.

directos que pueden ser más evidentes por la violencia, también de aquellos relacionados a las afectaciones por los grados de vulnerabilidad o discriminación. Así, en este punto es necesario revisar la información obtenida en el primer paso, con el objetivo de identificar si es necesaria más información para tener certeza de que por ninguna condición social en relación a todas las partes involucradas, o por el contexto, la resolución producirá un efecto contrario a la igualdad entre las partes, o que sostendrá un orden social de privilegios y discriminación.

El aspecto transformador que se plantea en la reparación del daño, requiere de manera indispensable tener la información adecuada del contexto. Si se identifican elementos de desigualdad o discriminación en dicho contexto, como parte de la reparación del daño se debe garantizar que la persona afectada en su integridad, derechos o libertades, va a regresar a un contexto que no sea la causa de esas violaciones a derechos, sino a un contexto que sabrá sostener los derechos y libertades en igualdad. Por ejemplo, si en un caso de hostigamiento sexual, el área en que se realizó generó un respaldo implícito a la persona agresora, o los testigos se negaron a rendir declaración porque no consideraron los hechos graves, o aún por miedo, esos elementos nos hablan de un contexto en el que, si la víctima regresa a esa área, en esas mismas condiciones, lo más probable es que nuevos actos de discriminación o violencia puedan volver a cometerse.

En este sentido, la información que puede ser relevante del contexto, incluye aspectos relacionados con la paridad en los espacios, con la distribución de cargas laborales, con los usos y costumbres de cada centro laboral, con información del clima laboral.¹⁰ También es importante la información respecto del acceso a la justicia y su impacto en los grupos sociales que comparten las condiciones o vulnerabilidad de las partes involucradas en la controversia, por ejemplo, interesan aquellos datos que permitan sostener si hay un contexto de impunidad respecto de los hechos que se denuncian, o respecto de las personas que comparten condición social con la o las víctimas, por ejemplo, por preferencia sexual.

¹⁰ Referentes de aspectos indispensables para un contexto laboral en igualdad se pueden encontrar en la Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y No Discriminación.

El comité de expertas de la CEDAW señala en su Recomendación General 19 que, para identificar la violencia que tiene como causa y consecuencia la discriminación contra las mujeres, requiere de descartar dos elementos, a) que esa violencia no se produzca por los significados sociales que se asignan a lo que debe de ser una mujer, es decir, por el hecho de ser mujer, y b) porque esos hechos tengan un efecto desproporcionado en las mujeres. Para ambos elementos es fundamental conocer el contexto, en términos de su incidencia tanto como causa, como en los efectos desproporcionados que puede producir a partir de una violación de derechos o libertades que tal vez no tuviera como causa la discriminación.

De hecho, es en relación a estos elementos que tanto en la legislación administrativa como en la legislación laboral, se ha prohibido la conciliación en los casos de hostigamiento y acoso sexual o de violencia de género contra las mujeres. El contexto tolerante y reproductor de la discriminación y la desigualdad, impide las condiciones reales de igualdad necesarias para una conciliación. Esa prohibición surgió posterior a la experiencia de conciliaciones por hechos de violencia, tanto en materia laboral como en materia familiar (la primera legislación sobre violencia en las relaciones familiares contempló la mediación y conciliación como primera respuesta desde el Estado) al constatar que los convenios que se firmaban no garantizaban los derechos en igualdad y sostenían situaciones de discriminación en el contexto en el que se desarrollaban los hechos.

Para la reparación del daño es indispensable tener certeza de esta información del contexto y cómo éste incide en la igualdad en el proceso, acorde a las diferencias identificadas respecto de todas las personas involucradas en la controversia. La transformación y corrección de un contexto que es parte de las causas de violaciones a derechos o libertades, o que genera efectos desproporcionados en el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en las personas, es uno de los elementos más relevantes que se busca actualmente con la reparación del daño, y debe de contemplarse en el diseño de las distintas medidas que incluye la reparación del daño integral, pues permite a toda la comunidad tener certeza de que los hechos no se repetirán y que el Estado de derecho está garantizado en igualdad para todas las personas.

Los pasos cuarto y quinto de la metodología se presentan de manera conjunta, por la relación operativa que tienen.

4. De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género cuestionar la neutralidad del derecho aplicable así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género

5. Para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas especialmente de niñas y niños

Una vez que se han desarrollado los primeros tres pasos de la metodología, en donde, desde la identificación de las partes involucradas, del análisis de los hechos y de las pruebas desde una mirada que busca identificar las situaciones de poder existentes, y que se realiza un análisis de las relaciones de poder contextualizado, entonces es posible pasar a identificar la normatividad que es aplicable al caso. A sí mismo, a partir de tomar en cuenta el análisis de las relaciones de poder, elegir, entre la normatividad aplicable al caso, aquella que garantiza la mayor protección de los derechos y libertades de las personas involucradas, y que garantizan un orden social sustentado en los derechos humanos a partir de cada caso, como corresponde al operar el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio, también en el ámbito laboral.

Para ello es indispensable poner en operación el bloque de constitucionalidad y reconocer que la normatividad se ha desarrollado de tal manera que para cada controversia no basta sólo la normatividad general de la materia, en este caso, laboral, sino que es necesario contemplar también aquella normatividad especializada por las condiciones sociales de las personas, como pueden ser la Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia, la Ley de los derechos de las personas adultas mayores, o la Ley General para la inclusión de las Personas con discapacidad.

Esa normatividad en relación a las condiciones de las partes involucradas, pero también es necesario identificar aquella normatividad especializada en los hechos, derechos y libertades involucrados en cada caso, como puede ser la Ley Federal para Prevenir y erradicar la discriminación, la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos que incluye la explotación laboral, la explotación sexual y las formas de esclavitud.

Todas las normas especializadas contemplan y garantizan los mismos derechos y libertades fundamentales establecidos en la Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero refuerzan las obligaciones de las autoridades al reconocer que, por las condiciones sociales o por los hechos y situaciones particulares, existen restricciones u obstáculos para que se garanticen dichos derechos y libertades en igualdad. Estas obligaciones reforzadas son una orientación indispensable para identificar incumplimientos que causen daños, y desde ahí se van identificando daños que corresponden también a derechos y bienes jurídicos. Al mismo tiempo, las obligaciones reforzadas orientan el diseño de medidas de no repetición como parte de la reparación integral del daño con un enfoque transformador sólidamente sustentado en la ley.

Par ello, estos pasos permiten identificar también estándares de derechos humanos centrados en la reparación del daño, como son los producidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2009) que señala:

451. Conforme a ello, la Corte valorará las medidas de reparación solicitadas por la Comisión y los representantes de forma que éstas: i) se refieran directamente a las violaciones declaradas por el Tribunal; ii) reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales; iii) no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento; iv) reestablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar; v) se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación; vi) se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres, y vii) consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño.

6. Considerar que el método exige que en todo momento se evite el uso de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género

Este último paso de la metodología reitera un aspecto fundamental para garantizar un acceso a la justicia en igualdad: erradicar los estereotipos y prejuicios, tanto discriminatorios como de privilegios, que pueden estar no sólo en las acciones cuando se analizan las relaciones de poder entre las partes y en los hechos, o cuando se valoran las pruebas, esta jurisprudencia señala que también es necesario erradicarlos en el lenguaje que se utiliza en el propio proceso.

No se está hablando sólo de un lenguaje no sexista, que conlleva nombrar a todos los sujetos de género, sin subsumir un género en otro, y sin invisibilizar desde el lenguaje las condiciones relevantes para comprender las relaciones de poder. Además de ello, plantea la necesidad desde el lenguaje, de que no se reproduzcan los estereotipos y prejuicios que sostienen la jerarquización entre las personas y que pueden poner en riesgo el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y las libertades en igualdad.

Para una reparación integral del daño, transformadora de los contextos de discriminación y privilegio, es indispensable garantizar la igualdad, formal y sustantiva, en el lenguaje. Esto incluye señalar aquellos estereotipos o prejuicios que se utilizaron, no sólo como una mera repetición, sino para señalar el daño que causan y desmontar su impacto. Describir los mecanismos sociales y culturales en los que se sustenta para naturalizar y obviar situaciones de discriminación o privilegios, y señalar que eso violenta la igualdad, es un acto en sí mismo reparador. Si además se señalan las alternativas frente a esos estereotipos y prejuicios, es decir, cómo se pueden nombrar los hechos, describir las situaciones, referirse a las personas, o analizar los derechos desde un lugar igualitario y no desde la reproducción de poderes de dominio, se agregan desde el lenguaje elementos transformadores del contexto y situación.

Estas acciones, de identificación de los daños y de definición u operación de acciones reparadoras de los daños que se causan desde el lenguaje, sin duda deben estar incluidas en las resoluciones, pero también durante el proceso, como pueden ser las audiencias, las respuestas procesales, con el objetivo de evitar que, a lo largo del proceso de acceso a la justicia, su uso continúe afectado la dignidad y los derechos de las personas involucradas en la controversia.

IV. Conclusiones

La inclusión transversal de los derechos humanos en la norma constitucional reforzó y complejizó obligaciones y deberes ya conocidos en el mundo jurídico. Uno de los elementos relacionados con el acceso a la justicia que más impacto ha tenido en sus objetivos, contenidos y forma de operarse acorde al cumplimiento de los derechos humanos, es la reparación del daño.

La Constitución establece que toda autoridad, en el ámbito de su competencia, tiene el deber no sólo de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a derechos humanos y libertades fundamentales, también debe de reparar sus daños. La legislación que reglamenta de manera general dicho deber, la Ley General de Víctimas, establece que la reparación del daño debe ser integral y con un enfoque transformador del contexto si se identifican elementos de discriminación, privilegios o desigualdad.

La legislación laboral, de manera más expresa la Ley Federal del Trabajo, en su proceso de armonización en materia de derechos humanos, incorpora en sus contenidos sustantivos más importantes, como es la definición del trabajo digno, aspectos fundamentales de los derechos humanos. Reconoce que en el trabajo digno se debe garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, se debe prevenir y eliminar la discriminación por cualquier motivo, también la violencia que tiene a la discriminación como causa y consecuencia, como lo es la violencia de género contra las mujeres. Además, dentro de las expresiones de la violencia laboral, nombra de manera expresa la prohibición del hostigamiento y acoso sexual.

La incorporación de todos estos elementos, que hablan, además de los daños en la integridad de las personas, de afectaciones a derechos y bienes jurídicos, de afectaciones en el ambiente laboral, propiciando incumplimientos de obligaciones establecidos en la Ley, sin duda construyen un reto profundo en la propia concepción del derecho del trabajo y en las prácticas que se desarrollan en los procesos de acceso a la justicia en el ámbito laboral.

Todos estos cambios normativos, así como la indicación constitucional para interpretar la norma desde el principio pro persona, reiteran que el acceso a la justicia en materia laboral ya no puede estar desvinculada de las obligaciones constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos. En particular, respecto de la reparación del daño, para su operación, requiere incorporar los estándares y criterios definidos desde las normas para prevenir y erradicar la discriminación, de las leyes que establecen obligaciones reforzadas ante la violencia de género contra las mujeres, así como respecto de los derechos de las víctimas.

Para realizar todas esas acciones en cumplimiento de la igualdad, afortunadamente se cuenta ya un amplio desarrollo de recursos jurídicos que permiten asegurar dicha obligación. La perspectiva de género es, sin duda, una herramienta indispensable para que la justicia laboral cumpla con su dimensión social, de desarrollo y paz desde los principios de los derechos humanos.

La justicia laboral avanza en la transformación de su estructura y operación, en un momento en el que el desarrollo de criterios, estándares y metodologías para el acceso a la justicia en cumplimiento de los derechos humanos y de la igualdad sustantiva ya tienen muchos avances. El reto principal está en asegurar que sea accesible para todo su personal y que se construyan los procesos de institucionalización que garanticen su cabal operación.

Bibliografía

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, (2007) *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas. Colombia.

- DE BARBIERI, T. (1996) *Certezas y malos entendidos sobre la cateoría de género*. Estudios Básicos de Derechos Humanos IV. IIDH, Costa Rica.
- FERRAJOLI, L. (2001) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. España.
- Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. (2011), *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, Washington, D.C.
- LAGARDE, M. (2018) *Género y Feminismo: Desarrollo Humano y Democracia*, Siglo veintino editores, México.
- MEDINA ROSAS, A. y PEÑA VERA, D., (2020) *Discriminación y violencia laboral contra las mujeres en México. Elementos para el debate y propuestas de armonización legislativa y de acceso a la justicia*. Red de Mujeres Sindicalistas, México.
- RUBIO CASTRO, A. *Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la Violencia contra las mujeres: un conflicto de valores en Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*. Argumentación para Operadores Jurídicos. Estudios 18. Instituto Andaluz de la Mujer.
- TAPIOLA, K. (2018) *La declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 - Una poderosa herramienta de la OIT*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo.

Legislación Nacional

- Ley General de Víctimas
- Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia
- Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

- Ley Federal del Trabajo
- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad
- Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores
- Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación
- Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos que incluye la explotación laboral, la explotación sexual y las formas de esclavitud
- Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y No Discriminación

Legislación Internacional

Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, *Diario Oficial de la Federación*, 28 de febrero de 1955.

Convenio (NO. 111) relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación, *Diario Oficial de la Federación*, 03 de enero de 1961.

Tesis Jurisprudenciales

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, Tesis 1a./J.22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, página 836, Reg. digital 2011430.

Tesis Aisladas

“IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, PRINCIPIO DE SU VIOLACIÓN POR LOS PARTICULARES.”, Tesis I.8o.C.41 K (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5, p. 3771, Reg. digital 160554.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009." Serie C No. 205. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

_____, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010." Serie C No. 215. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/2.pdf>

_____, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010." Serie C No. 216. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rosendo_12_03_20.pdf

_____, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas." Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendaciones Generales

Comité CEDAW, "Recomendación General núm. 19. La violencia contra la mujer", 1992. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_S.pdf

Segunda Parte

La discriminación en la contratación, promoción y despido

Regina I. Medina*

Haydeé Gómez**

Estefanía Vela Barba***

Artemisa Cabrera****

Frida Rodríguez*****

* Regina Isabel Medina estudió la Licenciatura en Políticas Públicas en el CIDE Región Centro. Actualmente es analista de datos en Intersecta, una organización feminista que se dedica a la investigación y promoción de políticas públicas para la igualdad.

** Haydeé Gómez Avilez es Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es analista legal en Intersecta.

*** Estefanía Vela Barba es Maestra en Derecho por la Universidad de Yale. Actualmente es Directora Ejecutiva de Intersecta.

**** Artemisa Cabrera Luque es Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la FLACSO y Co-fundadora de la consultoría Recrea, Construyendo Estrategias para la Igualdad.

***** Frida Rodríguez Cruz es Maestra en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana. Ha desempeñado diversos cargos en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y actualmente es Secretaria del Decimosexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

La discriminación en la contratación, promoción y despido. I. Introducción; II. Las cifras básicas de la discriminación; III. El contenido del derecho a la no discriminación en el trabajo; IV. La regulación de la discriminación en el trabajo; V. Problemáticas procesales; VI. Problemáticas de fondo; VII. Problemáticas sobre la reparación y sanción; VIII. Seguimiento del cumplimiento.

I. Introducción

La discriminación afecta quién entra, quién asciende, quién se estanca y quién es expulsada del mundo laboral. Determina el tipo y la calidad de los trabajos que tienen las personas. Impacta, también, el trato que reciben. En México, la discriminación en el trabajo es un problema generalizado, que afecta cotidianamente a millones de personas, incluidas millones de mujeres.

Por fortuna, la normatividad mexicana contiene una variedad de disposiciones para hacerle frente al problema de la discriminación en el trabajo. El orden jurídico mexicano le asigna a una variedad de autoridades funciones para contener, revertir y erradicar este problema. En este esquema, las personas juzgadas tienen un papel importante que cumplir, garantizando no solo que las personas *no* sean discriminadas en el trabajo, sino promoviendo activamente la construcción de un mundo laboral igualitario.

Este capítulo está diseñado para proporcionarle herramientas a las personas juzgadas para resolver casos relacionados con la discriminación en el trabajo en México, con base en la normatividad vigente en el país y desde una perspectiva de género. En concreto, en un primer apartado se revisan datos públicos sobre brechas de género en el trabajo, para entender la magnitud del problema, así como sus diferentes manifestaciones. En un segundo apartado, se revisan las

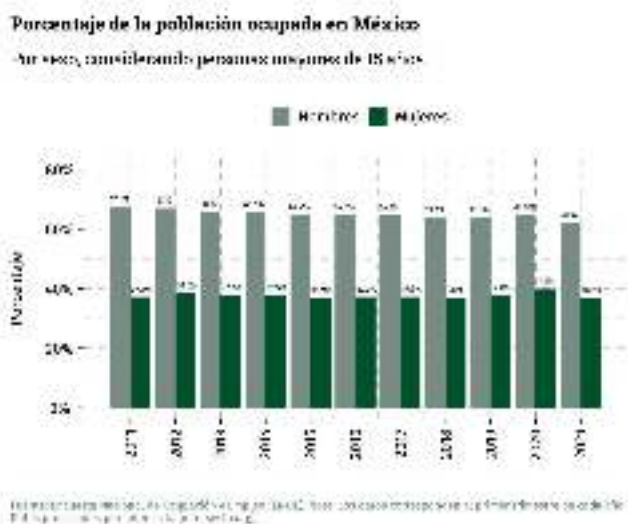
protecciones constitucionales y convencionales más importantes en la materia; particularmente: el fundamento y el contenido del derecho a la no discriminación. En un tercer apartado, se revisan la regulación de la discriminación que existe en la Ley Federal del Trabajo y las obligaciones básicas que se le imponen a personas empleadoras y trabajadoras al respecto. Finalmente, en un cuarto apartado, se presentan algunas de las problemáticas que deben ser atendidas por las personas juzgadoras con perspectiva de género al resolver casos de discriminación en la contratación, promoción y despido.

II. Las cifras básicas de la discriminación

El propósito de este primer apartado es proporcionarles a las personas juzgadoras información sobre el fenómeno de la discriminación laboral que permita contextualizar de mejor manera los casos que resuelven. El mundo del trabajo en México sigue siendo increíblemente desigual. Entender las maneras en la que esta desigualdad se manifiesta es importante. Considerando que este manual está enfocado en juzgar con perspectiva de género, los datos a los que se hará mayor referencia son aquellos relacionados con brechas de género.

1. La brecha en la participación laboral

Figura 1.



Existen distintas brechas de género en el mercado laboral en México. La primera está en la participación laboral. Las mujeres han sido excluidas de manera sistemática del mercado laboral. De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) del INEGI, menos de la mitad de las mujeres mayores de 15 años son económicamente activas en México. A pesar del vertiginoso avance que ocurrió en el país durante el siglo XX, la integración de las mujeres al mercado se ha estancado en un techo que pocas veces supera el 40% de participación. En contraste, la participación de los hombres adultos en el mercado laboral ha oscilado alrededor del 70% en los últimos 10 años. Esto implica que la brecha entre hombres y mujeres económicamente activos es de 30 puntos porcentuales.

De manera puntual, en 2021 —y después de que ambos grupos sufrieron un retroceso debido a la contracción económica derivada de la pandemia por COVID-19— la diferencia entre el porcentaje de hombres y mujeres, mayores de 15 años, económicamente activos fue de 25.4 puntos porcentuales, con una participación de 62% de la población adulta para los hombres y una de solo 36.6% para las mujeres. La participación activa de las mujeres en la economía es la primera frontera que debe superarse al pensar en la discriminación laboral.

2. Las brechas por sector, ocupación y posición

Las diferencias entre hombres y mujeres no desaparecen cuando entran al mercado laboral. Las distinciones de género persisten en rubros como el sector al que se dedican y la posición que ocupan, tal como muestran los datos de la ENOE para el primer trimestre de 2021.

En cuanto al primer punto, la distribución de personas ocupadas según el sector de actividad cambia de manera significativa cuando se desagrega por género. En el sector primario, por ejemplo, la participación de las mujeres ocupadas es de solo 3.7%, mientras que la de los hombres es el 17.4%. La participación de las mujeres también es menor en el sector secundario (donde se encuentra el 17.2% de las mujeres ocupadas) que la participación de los hombres (donde se concentra el 31% de los hombres ocupados). Esto implica que la participación de las mujeres

está concentrada en el sector terciario —de hecho, el 78.6% de las mujeres ocupadas laboran en este sector— en mayor proporción que los hombres (para quienes representa el 51% del total).

Incluso entre las actividades específicas de cada sector existe una segregación por género. Dicha división es más evidente en el sector secundario, pues el 93.3% de las mujeres ocupadas en este sector se encuentran en la industria manufacturera en contraste con el 56.2% de los hombres. La ENOE contempla otros dos tipos de actividades específicas del sector secundario en las cuales la participación de las mujeres es mínima: la construcción (donde se encuentra solo el 4.8% de las mujeres ocupadas en el sector secundario contra el 41% de los hombres) y la industria extractiva de electricidad (que contiene al 1.8% de las mujeres ocupadas en el sector secundario y al 2.8% de los hombres).

Las distinciones entre género también están presentes en el sector terciario. En particular, las actividades específicas en donde hay una mayor proporción de mujeres ocupadas en el sector terciario, de mayor a menor brecha entre mujeres y hombres, son servicios sociales —esta es la segunda categoría donde se encuentran más mujeres ocupadas en el sector terciario, el 18.6% de ellas, contra el 9.8% de los hombres—, restaurantes y servicios de alojamiento (donde se concentra el 14.2% de las mujeres ocupadas en el sector terciario, contra el 9% de los hombres), servicios diversos (17.4% contra 14.2%) y comercio (31.6% contra 29.6%). En el resto de las actividades del sector terciario, el porcentaje de mujeres ocupadas era menor: transporte, comunicaciones, correo y almacenamiento (que comprende al 2.2% de las mujeres ocupadas en el sector, a comparación del 14% de los hombres), servicios profesionales, financieros y corporativos (9.5% contra 14.3%), gobierno y organismos internacionales (6.5% contra 9.1%).

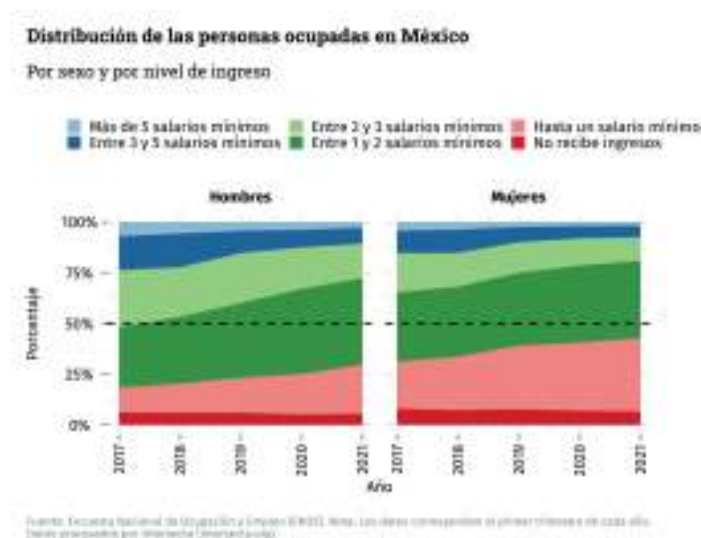
Respecto al segundo punto —qué posición en la ocupación tienen—, la gran mayoría de las personas son trabajadores subordinados y remunerados (el 68.8% de las mujeres ocupadas y el 68.7% de los hombres ocupados) o trabajadores por cuenta propia (23.1% de las mujeres ocupadas y el 22.2% de los hombres). Existen, sin embargo, dos diferencias cruciales: hay, en proporción, más mujeres que son trabajadoras *no remuneradas* (el 5.7% del total de mujeres ocupadas) que los hombres (el 2.8%), mientras que el porcentaje de hombres ocupados que son empleadores es más del doble que el porcentaje de mujeres (6.3% contra 2.7%).

3. Las brechas en ingresos

Las mujeres no solo tienen menos acceso al mercado laboral, sino que perciben menores ingresos cuando sí logran entrar, esto constituye la segunda brecha de género provocada por la discriminación laboral. Una vez que se considera a las personas adultas económicamente activas —donde, de nuevo, las mujeres son significativamente menos que los hombres—, los datos de la ENOE indican que las mujeres suelen percibir ingresos más bajos. Como se aprecia en la Figura 2, la proporción de mujeres cuyo ingreso es igual o menor a un salario mínimo es mayor que el de los hombres. En el primer trimestre de 2021, el 42.7% de las mujeres recibieron un salario mínimo o menos como ingreso de su trabajo. Esto implica una diferencia de más de trece puntos porcentuales con los hombres, pues el 29.7% de ellos son quienes reciben el mismo nivel de ingresos.

La diferencia también se refleja en los niveles más altos de ingresos. Mientras que el porcentaje de hombres ocupados que ganan más de tres salarios mínimos es del 10.7%, para las mujeres es el 7.6%. Es decir que, en proporción, hay más mujeres que ganan menos y menos mujeres que ganan más. En otras palabras, las mujeres que sí logran conseguir trabajos se concentran en aquellos que tienen las percepciones económicas más bajas.

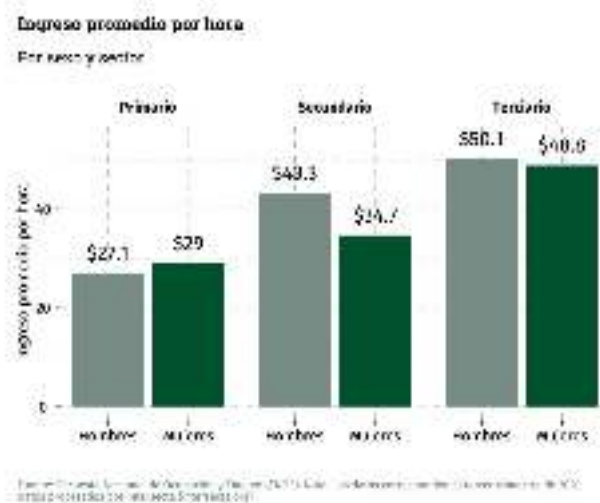
Figura 2.



Las brechas salariales de género varían según el sector económico¹ y las ocupaciones específicas. Como se muestra en la Figura 3, la brecha es más amplia en el sector secundario. Según los indicadores de género de la ENOE, publicados por última vez en el tercer trimestre de 2020, los hombres del sector secundario ganaban, en promedio, \$43.3 pesos por hora, mientras que las mujeres ganaban solo \$34.7 pesos. Esto implicaría que las mujeres del sector secundario ganan 8 pesos por cada 10 que ganan los hombres.

La brecha en el sector terciario es mucho menor, pues los hombres en promedio ganan \$50.1 pesos por cada hora que trabajan, contra los \$48.8 pesos ganados por las mujeres. Por último, se aprecia que en el sector primario existe una brecha salarial en favor de las mujeres, lo que implica que ganan más. Específicamente, las mujeres ganan \$29 pesos la hora y los hombres \$27.1. Esto significa que las intervenciones deben estar focalizadas en el sector secundario, pues es en el que la disparidad en ingresos tiene una magnitud más grande y afecta más a las mujeres.

Figura 3.



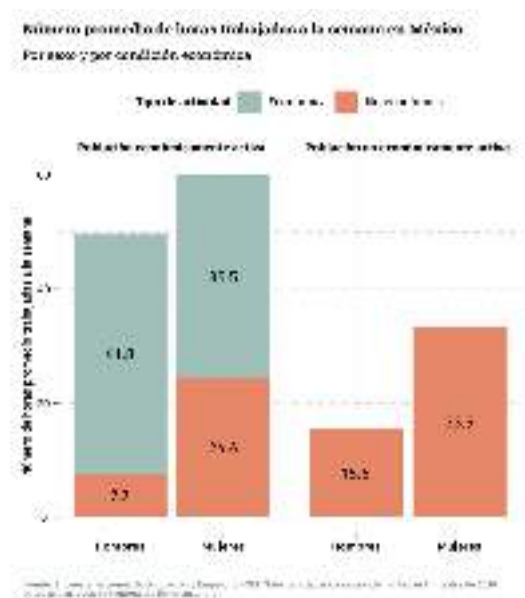
¹ De acuerdo con la ENOE, el sector primario incluye, por ejemplo, actividades de agricultura, ganadería, silvicultura, caza y pesca. El sector secundario incluye a la industria extractiva y de la electricidad, la industria manufacturera y todo lo relacionado con la construcción. Y, finalmente, el sector terciario incluye actividades del comercio, restaurantes y servicios de alojamiento, transportes, comunicaciones, correo y almacenamiento, servicios profesionales, financieros y corporativos, servicios sociales, servicios diversos y otros.

4. La brecha en trabajo no remunerado

La tercera brecha generada por la discriminación laboral es la de los cuidados. Las mujeres no ganan menos porque trabajan menos, sino porque el sistema económico no valora los trabajos que sí realizan: el doméstico y el de cuidados. Cuando se observa con detenimiento el número de horas trabajadas por las personas adultas en México (de nuevo siguiendo los datos de los indicadores de género de la ENOE publicados por el INEGI en el tercer trimestre de 2020), resulta que las mujeres trabajan más horas que los hombres. Según los datos, las mujeres que se encuentran económicamente activas realizan 59.9 horas de trabajo a la semana, mientras que los hombres realizan 49.5 horas. Esto significa que, en promedio, las mujeres trabajan casi 10 horas más a la semana que los hombres.

Si las mujeres trabajan más horas a la semana, ¿por qué tienen menor participación en el mercado laboral y por qué perciben menos ingresos? La respuesta radica, precisamente, en las labores domésticas y de cuidados. La ENOE clasifica las horas trabajadas dedicadas a actividades “económicas” y “no económicas”, lo que permite entender con más detalle este fenómeno, el cual se ilustra en la Figura 4. Si bien los hombres que son económicamente activos dedican más horas a la semana a actividades económicas que las mujeres (pues realizan 41.8 horas contra 35.5 de las mujeres), dedican mucho menos horas a las actividades no económicas (aquí solo dedican 7.7 horas, contra 24.4 de las mujeres).

Figura 4.



La diferencia en el trabajo persiste incluso cuando se contempla a la población no económicamente activa. Por definición, en este caso ni los hombres, ni las mujeres realizan actividades económicas; no obstante, las mujeres dedican 33.5 horas de su semana a actividades no económicas, contra solo 15.6 de los hombres. Esto implica que las mujeres son responsables de la gran mayoría de las actividades no económicas del país. Las mujeres no económicamente activas dedican el doble que sus contrapartes masculinas y las mujeres económicamente activas realizan el triple. Por ende, entender la carga de trabajo no remunerado que asumen las mujeres mexicanas es un factor clave para entender los efectos diferenciados de la discriminación laboral.

5. Otras brechas, otras discriminaciones

A pesar de que los datos siguen siendo limitados, la información pública que existe sobre la relación entre el género y las dinámicas laborales sigue siendo la más completa cuando se compara con otros factores asociados a la discriminación, como el color de piel, la discapacidad, la orientación sexual, la pertenencia a un pueblo indígena, entre otros. La información que existe al respecto es escasa y no se mantiene actualizada. Aun así, el libro *La discriminación en el empleo en México* hace una revisión exhaustiva de los datos oficiales que sí están disponibles hasta el momento. Los datos que se incluyen respaldan lo que las personas que pertenecen a algún grupo marginalizado han sostenido siempre: la discriminación genera amplias brechas en materia de derechos laborales y percepción de ingresos (Vela Barba, 2017a).

Una de las primeras dimensiones a explorar es la condición étnica de las personas. Para 2020, el 60.4% de la población hablante de una lengua indígena era económicamente activa (INEGI, 2020). Si bien la población económicamente activa es alta, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) advierte que son “más propensas a insertarse en la economía informal que personas no indígenas y a tener menores sueldos” (CONEVAL, 2020). De acuerdo con estimaciones del Coneval hechas en 2016, las personas indígenas que trabajan en zonas urbanas tienen una “probabilidad de ganar cerca de 12% menos que una

persona no indígena con las mismas calificaciones y el mismo tipo de trabajo” (CONEVAL, 2016).

La brecha también es latente en el acceso a prestaciones pues, según reportó el Coneval en 2020, “solo el 17.5% de la población indígena que trabajaba para un patrón o unidad económica tenía acceso a seguridad social”, en comparación con el casi 40% de las personas no indígenas (CONEVAL, 2020). Más aún, las estimaciones reportadas en 2020 indican que alrededor del 10% de las personas indígenas no recibían un pago por su trabajo, en contraste con el 3.9% de personas que no son indígenas (*Idem*). La información sobre población mexicana afrodescendiente —que representó el 2% de la población total del país en 2020, de la cual el 65.7% era económicamente activa— (INEGI, 2020) indica que la brecha en los principales indicadores económicos, cuando se compara con la población en general, es mínima. No obstante, las brechas se hacen evidentes cuando se analiza a nivel municipal. Al tomar los datos de los 100 municipios en los cuales la población afrodescendiente representa más del 10% de la población total, las carencias se hacen prevalentes.²

Más allá de la dimensión étnica, la discriminación opera también a través del color de piel, pues cada vez más estudios han relacionado esta característica física con el nivel de ingresos de una persona. De acuerdo con Campos-Vázquez, el 44% de las personas con piel oscura que nació en el quintil más bajo de la distribución de ingresos permaneció en el mismo nivel de pobreza, a comparación del 20% de las personas que nacieron en el mismo quintil, pero con el tono de piel más claro.³ En otras palabras, las personas con tono de piel más claro tienen mayor movilidad social y mayor probabilidad de mejorar sus niveles de ingreso a lo largo de sus vidas. El efecto interactúa de manera explícita con el género, pues el tono de piel impacta de manera más pronunciada en las mujeres. Los resultados de un expe-

² Datos del INEGI, CONAPRED y CNDH, *Perfil sociodemográfico de la población afrodescendiente en México*, 2017, citados en Vela Barba, Estefanía, *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2017.

³ Campos-Vázquez, Raymundo, Raymundo M. Campos Vázquez, *Promoviendo la movilidad social en México. Informe de Movilidad Social 2015*, México, El Colegio de México, 2015, citado en Vela Barba, Estefanía *op. cit.*

rimento realizado en 2013 por Eva Arceo y Raymundo Campos reveló que las empresas no solo respondían más a los currículums de mujeres solteras que a los de mujeres casadas, sino que también respondían más a los de mujeres “blancas” o “mestizas”, en comparación a “mujeres indígenas”.⁴

La discapacidad es otra de las dimensiones importantes a considerar cuando se trata de discriminación laboral. De acuerdo con los datos del Censo de Población y Vivienda 2020 del INEGI, la disparidad queda reflejada principalmente en el porcentaje de personas económicamente activas, pues mientras que para la población en general es de 54.04%, para la población de personas con discapacidad es solo del 51.5% (INEGI, 2020). Cabe destacar que la brecha de género subsiste entre las personas que viven con alguna discapacidad, pues las mujeres económicamente activas son solo el 40.4%, contra el 64.4% de los hombres (INEGI, 2020). La tasa de participación difiere también entre los distintos tipos de discapacidad, mientras la tasa de participación para las personas con discapacidad visual era de 41.1% —51.7% para hombres y 27.5% para las mujeres—, para personas con discapacidad auditiva fue de 29.7% —42% para hombres y 27.3% para mujeres—, para personas con discapacidad motriz fue de 27.1% —31.1% para hombres, contra 20.6% para mujeres—, para personas con discapacidad verbal fue de 15.8% —20.7% para hombres, contra 6% para mujeres—, 35.7% para personas con alguna discapacidad mental —41.1% para hombres y 29.7% para mujeres— y la tasa más baja fue de 7.9% para personas con incapacidad de atender el cuidado personal —10.3% para hombres y 6% para mujeres— (INEGI, 2020).

Incluso tomando a las personas que sí están ocupadas y que viven con alguna discapacidad, la mayoría se encuentra en empleos de baja remuneración o trabajan por cuenta propia.⁵ Esto se traduce en un menor nivel de ingresos para las personas con discapacidad, pues el 57.6% de ellas recibe entre 0 y 2 salarios mínimos, contra el 23.7% de la población en general.⁶

⁴ Arceo-Gómez, Eva y Campos-Vázquez, Raymundo, “Race and Marriage in the Labor Market: A Discrimination Correspondence Study in a Developing Country”, MPRA Paper núm. 48000, Junio 2013, p. 14-15 citado en Vela Barba, Estefanía, *op. cit.*

⁵ INEGI, *Las personas con discapacidad en México, una visión al 2010*, México, 2013, citado en Vela Barba, *op. cit.*

⁶ *Idem.*

Por último, es indispensable considerar la situación de las personas LGBT. Este es uno de los grupos para los cuales existen menos datos estadísticos. Una de las pocas fuentes oficiales con respecto a esta población es la Encuesta sobre Discriminación por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género 2018 (ENDOSIG), levantada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), la cual recuperó las respuestas de 12,331 personas.

La ENDOSIG contempla un módulo de prácticas discriminatorias en el trabajo y las desagrega para los distintos grupos poblacionales. De las 5,885 personas encuestadas que trabajan, una proporción importante reportó haber experimentado conductas o actitudes negativas en su trabajo debido a su orientación sexual o identidad de género (OSIG). Los porcentajes para cada grupo fueron: 32% para hombres gays, 31.3% para mujeres lesbianas, 25.9% para mujeres bisexuales, 28.2% para hombres bisexuales, 23% para personas con otra orientación sexual no normativa, 42.3% para hombres trans, 43.6% para mujeres trans y 41% para personas con otra identidad de género no normativa (ENDOSIG, 2018).

De igual manera, las personas reportaron haber sentido un trato desigual con respecto a los beneficios, prestaciones laborales o ascensos por su OSIG: el 20.6% de los hombres gay, el 22.9% de las mujeres lesbianas, el 15.1% de las mujeres bisexuales, el 15.5% de los hombres bisexuales, el 14.7% de personas con otra orientación sexual no normativa, el 30% de los hombres trans, el 39.8% de las mujeres trans y el 24.8% de las personas con otra identidad de género no normativa (ENDOSIG, 2018). Hay que destacar que, en ambos rubros, la población que reportó verse más afectada fueron las mujeres trans.

Los resultados de la ENDOSIG son consistentes con los datos recopilados de manera previa por iniciativa de la academia y sociedad civil. En una encuesta levantada en 2014 por Espolea y respondida por 2,284 personas que pertenecen a la comunidad, el 20% indicó que alguna vez le preguntaron sobre su orientación sexual o identidad de género, mientras que el 10% señaló que habían sido despedidas en al menos una ocasión a causa de su orientación sexual e identidad de género.⁷

⁷ Espolea, *Primera Encuesta sobre homofobia y el mundo laboral en México*, 2014, citado en Vela Barba, Estefanía, *op. cit.*

Por su parte, los resultados de la encuesta levantada por la Universidad Autónoma de México, en la cual el 67% de la población participante reportó haber sido discriminada, sienten las más afectadas las mujeres trans con 76.5%, seguidas por las personas queer con 74.7%; de manera puntual, el 18.6% de las personas encuestadas indicaron haber sido discriminadas en el trabajo.⁸ Una de las manifestaciones más evidentes de la discriminación en el empleo contra la población LGBT es que el hallazgo de la encuesta de la Fundación Arcoíris y la Comisión Ejecutiva de atención a Víctimas en la que el 11.7% de las personas encuestadas afirmaron que les habían pedido una prueba de VIH/SIDA en la postulación para un empleo.

6. Las explicaciones

Como puede verse, hay una serie de brechas enormes en el mercado laboral en México. Quién es parte de este mercado y quién no; a qué trabajos ingresan; cuánto ganan; quiénes se estancan, quiénes crecen y quiénes incluso son expulsadas está asociado una y otra vez a factores como el género. No es el único factor relevante. Pero sí es uno increíblemente importante.

Conociendo las brechas, es importante entender qué las genera. En el libro *La discriminación en el empleo en México*, sin embargo, se señala que los estudios en los que se identifican mecanismos concretos que perpetúan en el país la discriminación laboral siguen siendo pocos. Son muchos estudios, en otras palabras, que identifican brechas, pero son pocos los que explican a qué se deben. Con los estudios que hay —que se retoman en el libro—, es posible señalar dos tipos de ideas.

La primera idea que se deriva de un análisis de los estudios sobre los mecanismos que generan desigualdades en el trabajo es que es importante tener cuidado con explicaciones simplistas de la brecha. En concreto, es importante evitar explicaciones que se reducen a sugerir que las brechas se deben casi en exclusiva a que “las mujeres no pueden” o “las mujeres no quieren” —o algún derivado de estas ideas— (Vela Barba, 2017a). Por ejemplo, esta noción de que si hay menos muje-

⁸ Juan Carlos Mendoza, et al., *Principales Resultados del Diagnóstico situacional de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, travestis, transexuales, intersexuales y queers de México 2015 Primera parte*, UAM, México, 2015. Citado en Vela Barba, Estefanía, *op. cit.*

res en ciertas profesiones —como las relacionadas con las tecnologías de la información—, es porque no tienen ni el interés, ni la capacidad de incursionar en estos ámbitos. Ambas explicaciones —las mujeres no tienen interés, ni capacidad— han sido descartadas o increíblemente matizadas una y otra vez por la literatura especializada. La realidad es mucho más compleja que eso.

Más allá de las capacidades e intereses de las personas, lo que los estudios indican es que las desigualdades son el resultado de una serie de mecanismos que generan exclusión. Son normas, políticas, prácticas, discursos y dinámicas que, intencionalmente o no, privilegian a ciertos grupos de personas y excluyen sistemáticamente a otros del mundo del trabajo y de sus beneficios. En muchos casos, estos mecanismos dependen directamente de las personas empleadoras.

Por ejemplo: todavía existen compañías que publican convocatorias que condicionan el trabajo a características como la edad o el sexo de la persona. O existen lugares de trabajo que *no* realizan convocatorias públicas. En ambos casos, estamos frente a mecanismos que generan una exclusión injustificada. En el primer caso, porque directamente se busca excluir del empleo a ciertas personas por tener ciertas características. En el segundo, porque se excluye a quienes no forman parte de los círculos sociales y de confianza de quienes reclutan para un trabajo. En la literatura especializada se han detectado muchos otros, que incluyen los procesos de contratación, de promoción y despido, los horarios de trabajo, las políticas de conciliación entre el trabajo y la vida familiar, entre otros.

El régimen constitucional y convencional y, concretamente, la legislación laboral, protege a las personas frente a este tipo de mecanismos que generan desigualdades. En este sentido, hay mucho que las autoridades, incluidas las jurisdiccionales, pueden hacer para detectar y revertir estos mecanismos.

III. El derecho a la no discriminación en el trabajo

Como pudo verse, los datos indican que, en México, hay distintas brechas en el acceso al trabajo. Factores como el género están fuertemente asociados a la conformación del mundo laboral. Por fortuna, existe una amplia gama de disposicio-

nes constitucionales y convencionales que protegen a las personas frente a los mecanismos que generan este tipo de desigualdad. Este apartado está dedicado a repasar tanto el fundamento, como el contenido concreto de estas protecciones. En concreto: está dedicado a articular al derecho a la no discriminación, tal y como se aplica al mundo del trabajo.

1. Su fundamento

El derecho a la no discriminación en el empleo se encuentra reconocido en distintos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que han consolidado en forma conjunta distintas protecciones a las personas trabajadoras y, con ello, obligaciones específicas a las autoridades. A continuación, se hace un breve listado de los instrumentos y estándares más relevantes en la materia.⁹

En el ámbito constitucional, son varias las disposiciones relevantes que, en conjunto, articulan el derecho a la no discriminación en el trabajo. Para empezar, está el artículo 1º que fundamenta el derecho a la igualdad y a la no discriminación y reconoce diversas categorías denominadas sospechosas. El 5º consagra la libertad profesional siempre que se trate de una actividad lícita. El artículo 123, por su parte, reconoce el “derecho al trabajo digno y socialmente útil” y sus protecciones específicas; en particular, destacan las que protegen a mujeres trabajadoras relacionadas con la maternidad.

A nivel internacional, son múltiples los tratados internacionales con disposiciones relevantes para el derecho a la no discriminación en el trabajo. Por ejemplo, está el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 2º, párrafo 2 señala que los Estados Parte “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna [...]”. El artículo 6º reconoce el “derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente

⁹ La estructura y el desarrollo aquí presentados han sido tomados y, en su caso, actualizados de Vela Barba, Estefanía, *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2017, pp. 19-47.

escogido o aceptado [...]” El artículo 7º, adicionalmente, reconoce “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, entre las cuales se encuentran “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor”, tener “igual oportunidad para [...] ser promovidos, dentro de su trabajo” y “el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

Estas disposiciones se replican en los artículos 3º, 6º y 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Protocolo de San Salvador). No obstante, resalta que, al reconocer el derecho al trabajo, el artículo 6º explícitamente manda que los Estados tienen que ejecutar y fortalecer “programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.” Esto se traduce en que no se puede hablar de inclusión de las mujeres en el espacio laboral sin que existan políticas para transformar la esfera familiar.

Además de estos tratados que reconocen diversos derechos humanos, como el derecho a la no discriminación y el derecho al trabajo, es importante considerar otros tratados enfocados en la discriminación a la que se enfrentan ciertos grupos. Tres son relevantes para el derecho a la no discriminación en el empleo: la Convención Internacional sobre toda Forma de Discriminación Racial (Convención CERD), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Estas convenciones no sólo prohíben la discriminación *directa*, es decir, la que tenga como propósito vulnerar derechos, sino además la *indirecta*, es decir, la que tenga como *efecto* o *resulte* en vulnerar derechos. Adicionalmente, estas convenciones establecen la implementación de medidas afirmativas para acelerar o lograr la igualdad sustantiva, y la obligación del Estado de erradicar la discriminación perpetuada no sólo por agentes estatales, sino también por personas, organizaciones y empresas privadas. Finalmente, afirman que las personas no pueden ser

discriminadas por el género, la discapacidad, la raza, el color, el linaje, el origen nacional y el origen étnico en el empleo.

Por otro lado, está el Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación) número 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que ha delimitado el alcance de algunos conceptos clave para esta temática. Define la discriminación como “cualquier distinción exclusión o preferencia [...] que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.” En otras palabras, proscribe la discriminación que resulta de un conjunto de factores y no sólo aquella que se realiza de manera intencional. El Convenio también establece que “empleo” y “ocupación” comprende “tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”

Finalmente, es relevante nombrar las recomendaciones emitidas por diversos órganos internacionales, ya que ofrecen interpretaciones o aclaraciones sobre el alcance que tienen los tratados en la materia. Para enlistarlas: destacan la Observación General No. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la relación entre el derecho a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales; el Comentario General No. 38 del Comité de Derechos Humanos sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; la Recomendación General No. 35 del Comité de la CEDAW sobre la violencia basada en el género en contra de las mujeres. Por último, están las recomendaciones generales sobre las medidas especiales de carácter temporal: la No. 25 del Comité de la CEDAW y la No. 32 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

En adición a las disposiciones constitucionales y convencionales, es importante considerar el hecho de que en años recientes la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha resuelto una variedad de asuntos relacionados con la discriminación en el trabajo. Estos casos no solo sirven de ejemplo para ver las distintas maneras en las que la discriminación ocurre en este contexto, sino como fuente misma del derecho a la no discriminación. Ello ya que en estos fallos la SCJN ha establecido distintos estándares constitucionales con respecto a este derecho, delimitando su alcance y contenido. Se retoma y complementa la lista de estos

fallos relevantes, clasificándolos bajo cuatro criterios: si son casos que se relacionan con 1) procesos de contratación; 2) con prestaciones; 3) con procesos de promoción y, finalmente, 4) con procesos de despido. Como podrá verse, la SCJN ha ido pronunciándose sobre casos que abarcan las distintas etapas de la relación laboral.

Las contrataciones

- El Amparo Directo en Revisión 138/2012 fue el primer caso resuelto sobre los requisitos que deben tener las convocatorias de trabajo emitidas por empresas privadas para poder considerarse respetuosas del derecho a la no discriminación. La Corte concluyó que una convocatoria para un trabajo en un hotel, contenida en una bolsa de trabajo de una universidad privada, violaba el derecho a la no discriminación porque les negaba a las personas con discapacidad la posibilidad de solicitarlo.
- El Amparo Directo en Revisión 992/2014 analizó si dos anuncios,¹⁰ de compañías privadas diferentes, en los que se establecían requisitos de sexo y de edad para acceder al trabajo, eran violatorios o no del derecho a la no discriminación. La Corte determinó que cuando no tengan una correlación con los trabajos en concreto, este tipo de requisitos son ilegítimos.
- El Amparo Directo 43/2018 estudió si era discriminatorio que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) estableciera como requisito para la contratación del personal médico la aplicación de exámenes de VIH/SIDA y con ello, negar el empleo a las personas por su condición de salud. La Corte resolvió que era discriminatorio porque 1) implicaría negar el empleo por una condición de salud, lo que constituye una distinción arbitraria. Además, la invasión de la privacidad de las

¹⁰ De acuerdo con estos anuncios, solo mujeres jóvenes podían solicitar los trabajos de promotora de eventos y “repcionista”.

personas que buscan el empleo no se justifica, pues no deparan ningún riesgo para los trabajadores o pacientes.

Las prestaciones

- En el Amparo en Revisión 664/2008, la Suprema Corte resolvió si era constitucional establecer requisitos legales distintos para que las viudas y viudos de las personas trabajadoras accedieran a la pensión por viudez que les corresponde. Conforme al artículo 130 de la Ley del Seguro Social, las viudas solo tenían que demostrar el vínculo con el trabajador, para acceder a la pensión, mientras que los viudos tenían que demostrar, además, que eran “dependientes económicos” de las trabajadoras. La Corte determinó que esto era inconstitucional, al tratarse de una discriminación por género.¹¹ En el Amparo en Revisión 1147/2008 concluyó la inconstitucionalidad del requisito para los viudos de acreditar no sólo la dependencia económica, sino además una incapacidad total para trabajar.¹² Este fue también de los primeros casos en los que la SCJN declaró inconstitucionales normas por considerarlas discriminatorias por género. Ese mismo planteamiento se hizo sobre la legislación del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, donde también se declaró su inconstitucionalidad.¹³
- En el Amparo en Revisión 485/2013,¹⁴ la Corte resolvió la inconstitucionalidad de excluir a las parejas del mismo sexo del régimen de la seguridad social al ser violatorio del derecho a la no discriminación por preferencia sexual. En el Amparo en Revisión 710/2016, la Corte

¹¹ Esto se reafirmó de igual manera en: Amparo en Revisión 14/2012.

¹² Acorde con el artículo 152 de la Ley del Seguro Social. Así lo determinó de igual manera en el Amparo Directo en Revisión 6336/2015, Amparo en Revisión 88/2015, Amparo Directo en Revisión 6043/2016, Amparo en Revisión 371/2016 y Amparo en Revisión 107/2017, y Amparo en Revisión 364/2018

¹³ La SCJN llegó a esas consideraciones en los siguientes casos: Amparo en Revisión 824/2011, Amparo en Revisión 310/2017, Amparo en Revisión 676/2017, Amparo en Revisión 859/2018, y Amparo en Revisión 447/2018.

¹⁴ En ese caso, el Instituto Mexicano del Seguro Social se había rehusado a inscribir a una pareja del mismo sexo, so pretexto de que la Ley del Seguro Social solo contemplaba a parejas del sexo opuesto.

determinó lo mismo para la legislación que rige al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Estos fallos fueron reafirmados en el Amparo en Revisión 750/2018 y en la Acción de Inconstitucionalidad 40/2018.

- En el Amparo en Revisión 59/2016 se examinó si era constitucional establecer distintos requisitos para que los y las trabajadoras accedieran al servicio de las guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).¹⁵ La Corte determinó que esto era inconstitucional porque se trataba de una discriminación por género, tanto porque excluía a los hombres de gozar del servicio, como por el hecho de que estaba basada en un estereotipo sobre las mujeres como cuidadoras y los hombres como proveedores.
- El Amparo Directo 9/2018 se relaciona con el régimen laboral para el trabajo remunerado del hogar. En este fallo, la SCJN declara inconstitucional el que las personas empleadoras no estén obligadas a inscribir a las personas que se dedican al trabajo del hogar —que en su abrumante mayoría son mujeres— ante el IMSS. Es la primera vez que la SCJN declara normas relacionadas con el mundo del trabajo inconstitucionales por tratarse de un caso de discriminación indirecta.

Las promociones

- El Amparo Directo en Revisión 3708/2016 era un caso sobre una abogada que trabajaba en una corporación. Ella alegó que, para obtener una promoción, se le exigió someterse a un examen médico. Este reveló que tenía cáncer de mama y, desde entonces, según la trabajadora, fue

¹⁵ Conforme a la legislación vigente, todas las trabajadoras tienen derecho a acceder a este servicio; los trabajadores, en cambio, solo tienen este derecho si son viudos, divorciados o si tienen la patria potestad decretada judicialmente a su favor. Esto es, si no tienen una esposa que, se asume, se va a encargar del cuidado.

maltratada y después despedida por la empresa. La empresa, por su parte, alegó que la despidió por “falta de probidad y un recto proceder”. La SCJN resolvió que cuando se alega una discriminación por discapacidad, debe analizarse de manera reforzada el proceder de las empresas. Además, concluyó que si no se demuestra que algún examen médico que se pretenda aplicar es necesario para la función que se va a desempeñar, es discriminatorio.

El despido

- Si bien ya puede considerarse un fallo viejo, está el Amparo en Revisión 307/2007, en donde la Corte analizó la constitucionalidad de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas. Esta ley establecía que los militares con VIH, por el solo hecho de tener VIH, debían darse de baja por “inutilidad”. La Corte determinó que esto era violatorio del derecho a la no discriminación por salud. Fue uno de los primeros casos en los que se articuló el derecho a la no discriminación.
- En la Contradicción de Tesis 422/2016 se analizaron las cargas procesales que deben regir para los casos en los que, una vez que una mujer reclama haber sido despedida a causa de su embarazo, la persona empleadora le ofrece un trabajo. La Corte resolvió que este ofrecimiento no le quita a la persona empleadora la responsabilidad de probar que el despido era justificado.

IV. El contenido del derecho a la no discriminación en el trabajo

Con base en las disposiciones constitucionales y convencionales, y la variedad de fallos de la Suprema Corte relacionados específicamente con la discriminación en el trabajo, es posible articular su contenido.

1. ¿Qué protecciones concretas otorga este derecho?

a. Protege a las personas en el trabajo y todo lo relacionado a él

Siguiendo al libro *La discriminación en el empleo en México*, la protección que ofrece el derecho a la no discriminación en el empleo “abarca *todo el proceso laboral*, desde el momento en el que hay una convocatoria de trabajo hasta el despido, pasando por las promociones y las condiciones laborales” (*Ibidem*, p. 30).

b. Protege a las personas en trabajos del sector público y privado

La Suprema Corte ha resuelto reiteradamente que la protección que otorga el derecho a la no discriminación comprende todos los trabajos, ya sea en el sector público o privado. En este sentido, no es válido argumentar que las empresas privadas se encuentran exentas de respetar el derecho a la no discriminación de las personas, so pretexto de que gozan de una libertad empresarial que les otorga el derecho a decidir quiénes laboran en su interior y cuánto ganan. La ‘libertad empresarial’ termina donde comienza el derecho de las personas a no ser discriminadas.

c. Protege a las personas de la discriminación por distintos motivos

Las disposiciones constitucionales e internacionales sobre el derecho a la no discriminación proscriben la discriminación por distintas razones: sexo, género, edad, raza, color, linaje, estado civil, discapacidad, origen étnico, origen nacional, salud, edad, preferencias sexuales, entre otras. Lo hacen de manera amplia y diversa. Además, el texto constitucional autoriza ampliar la protección del derecho a la no discriminación, sin que sea necesario reformar las categorías sospechosas, como las llama la Suprema Corte, que explícitamente están enunciadas en él. Basta identificar esa “causa” que genera un trato “que atente contra la dignidad

humana y tenga por objeto anular o menoscabar derechos” para convertirla en una “categoría sospechosa”.

d. Protege a las personas de la discriminación directa e indirecta

La interpretación de la Constitución y los tratados internacionales permite afirmar que se prohíbe la discriminación directa e indirecta. La primera es la que resulta de actos “intencionales” realizados por personas o autoridades específicas. La segunda es el resultado de políticas, dinámicas y arreglos institucionales que, si bien no necesariamente fueron diseñados para discriminar o no tienen la *intención* de discriminar, operan de forma tal que excluyen injustificadamente a las personas del goce de sus derechos. Esto último es clave: muchas veces se piensa que la discriminación es un fenómeno de prejuicios intencionales. De *querer* excluir a las personas porque se piensa que son inferiores, amenazantes, etc. El régimen constitucional y convencional, sin embargo, obliga a ir más allá y ver mecanismos aparentemente *neutrales*, pero con *efectos* discriminatorios. Una empresa puede llamarse igualitaria; puede proclamar la igualdad como valor y, al mismo tiempo, tener dinámicas que excluyen. Por ejemplo: puede ser un despacho jurídico en el que se trabajan más de 8 horas al día y en el que se premie la productividad medida en horas. Esto genera una exclusión indirecta de las personas que cuidan que, como se vio en el primer apartado de este ensayo, siguen siendo en su mayoría mujeres. La política de premiar la productividad medida en horas trabajadas es neutral, en términos de género, pero no lo es en cuanto a su impacto. El derecho a la no discriminación protege a las personas también frente a este tipo de medidas.

e. No implica que no diferenciar en ninguna circunstancia

Por último, el derecho a la no discriminación no prohíbe *todas* las diferenciaciones. El derecho a la no discriminación no implica que todas las personas siempre deben ser tratadas igual, en todo, sino que el goce de derechos debe garantizársele a todas las personas (*Ibidem*, p. 36-40). Al respecto, la Suprema Corte ha sostenido

que la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada (Amparo en Revisión 581/2012). De hecho, no solo es posible utilizarlas, sino que en algunos casos es incluso requerido.¹⁶ La pregunta relevante es cuándo se está frente a una diferenciación válida y cuándo no. Esto es clave en el contexto del trabajo, en el que es inevitable que existan criterios de contratación, promoción y despido. ¿Qué criterios son válidos e inválidos conforme al régimen constitucional y convencional?

De acuerdo con los criterios de la Suprema Corte, se establecen tres posibles escenarios:

- casos en los que se **debe** diferenciar, como cuando existe la necesidad de adoptar *ajustes razonables* para lograr una igualdad sustantiva y no meramente formal entre las personas;
- casos en los que se **puede** diferenciar, como cuando se adoptan *medidas especiales o afirmativas*, comúnmente conocidas como acciones afirmativas; y
- casos en los que se **prohíbe** diferenciar, como cuando se implementan normas, políticas o actos que directa o indirectamente (por resultado), o de manera tácita, generen tratos diferenciados.

Para cada escenario se debe analizar si la medida es o no válida de acuerdo con los principios constitucionales. Ya sea para ejecutar *ajustes razonables* que garanticen la inclusión en la esfera laboral de ciertos grupos como las personas con discapacidad, implementar medidas especiales para acelerar la igualdad de facto como las cuotas de género, o si se va a implementar una ley o política que diferencia entre personas, se debe realizar analizar la de razonabilidad de las medidas.

¹⁶ “Sin embargo, existen ocasiones en que no sólo está permitido hacer distinciones con base en tales criterios, sino que ello es constitucionalmente exigido.” Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas 74/2014, 76/2014 Y 83/2014, resueltas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 2 de octubre de 2014, p. 169.

2. Medidas que directa o indirectamente discriminan

Para el análisis constitucional se utiliza el *test de escrutinio estricto* cuando exista una distinción que se base en alguna *categoría sospechosa* enumerada en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por México (Amparo Directo en Revisión 83/2015, párr. 36). En estos casos, se debe hacer un *test* que estudie la razonabilidad de la medida.¹⁷

Al respecto, la Corte ha afirmado que “la utilización de estas categorías debe examinarse con mayor rigor precisamente porque sobre ellas pesa la *sospecha* de ser inconstitucionales. En estos casos, puede decirse que las [medidas] que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una *presunción de inconstitucionalidad*.” (Amparo Directo en Revisión 581/2012, pp. 31-32).

Este *test* se aplica en casos de *discriminación directa*, es decir, donde una norma, sentencia, política o decisión explícitamente utiliza la categoría sospechosa para dar un trato distinto. No obstante, también debe aplicarse en casos de *discriminación indirecta*, en donde una norma, política o práctica, aunque esté articulada de forma neutral, tiene un impacto diferenciado con base en una categoría sospechosa.

Con respecto a la discriminación indirecta, la Corte ha resaltado que es necesario que se acredite empíricamente la afectación producida en relación con otros grupos a quienes también se les aplica la medida para poder aplicar el *test* de escrutinio estricto. Una vez acreditado ese impacto diferenciado, se presume inconstitucional a menos que pase el *test*.

Van tres ejemplos.

En el Amparo en Revisión 307/2007, que se mencionó previamente, se analizó una legislación que permitía que se diera de baja a soldados simplemente por

¹⁷ Jurisprudencia P/J. 10/2016 10a., de rubro “CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, página 8.

tener VIH. La Corte determinó, primero, que la utilización del VIH como criterio para el despido implicaba el uso de una categoría sospechosa: dependiendo del estatus de salud de la persona, su vida laboral resultaba condicionada (o terminada, en este caso). La pregunta era: ¿era válido utilizar al VIH como criterio para decidir sobre la permanencia o no de la persona en el trabajo? La Corte concluyó que no. ¿Por qué? Esto es lo importante del fallo. La SCJN reconoció que detrás de la utilización de este criterio había un propósito importante, a saber: garantizar la “eficacia de las fuerzas armadas”. El problema es que tener VIH o no tener VIH no era un criterio relevante para lograr ese propósito. Podía haber personas con VIH idóneas para el trabajo y personas sin VIH que no pudieran desempeñarlo.¹⁸ Más aún, dado el desarrollo médico, las personas podían tener VIH por años sin que ello implicara ningún tipo de merma en su salud física. Si lo que se quería era garantizar la salud física de las personas, con el propósito de garantizar la “eficacia de las fuerzas armadas”, la utilización del criterio del VIH era problemático. Solo perpetuaba estereotipos dañinos, sin efectivamente servir de nada.

En el Amparo Directo en Revisión 992/2014, por su parte, la SCJN realizó un análisis de dos convocatorias de trabajo. Una de ellas era para un puesto de “receptionista” y condicionaba el acceso al trabajo solo a mujeres, que tuvieran 18 y 25 años y que contaran con una “excelente presentación”, una “estatura de 1.60 metros” y una “talla 30”. La Corte se enfocó, sobre todo, en el criterio de la edad. Llegó a la conclusión de que no existía ninguna justificación para limitar el trabajo a personas de cierta edad. Considerando las funciones del puesto, afirmó, “no existe una razón suficiente para considerar que solamente las personas entre 18 a 25 años pueden llevar a cabo tales funciones bajo altos parámetros de eficiencia.” (Amparo Directo en Revisión 992/2014, p. 45). Quizá haya ciertos trabajos para los que tener cierta edad sea indispensable (quizá), pero en este no se logra demostrar que lo sea.

¹⁸ “La ciencia médica, resolvió la SCJN, “reflejada en distintas normas nacionales y directrices internacionales, han demostrado la inexactitud de la decisión —cuando se pretende que en automático y desde la ley— de que los militares son inútiles y están incapacitados *per se* para formar parte del Ejército, por el simple hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana —VIH— confirmada con pruebas suplementarias.” Amparo en Revisión 307/2007, P. 71.

Por último, es importante poner como ejemplo el Amparo Directo 9/2018. Como se mencionó, este caso tenía que ver con el régimen diferenciado para el trabajo del hogar. Conforme a la Ley Federal del Trabajo y a la Ley del Seguro Social, las personas que desempeñaban el trabajo del hogar *no* tenían acceso a los mismos derechos y prestaciones que personas que desempeñaban *otro* tipo de trabajos. Hay una diferencia de trato, cuyo criterio de distinción es el trabajo. Dependiendo del trabajo que se desempeña, se accede o no a ciertos derechos. Visto así, este no era necesariamente un caso de discriminación, porque no se estaba frente al uso de una categoría sospechosa. La realidad que reconoce la SCJN, sin embargo, es que 9 de cada 10 personas que desempeñan el trabajo del hogar son mujeres. En este sentido, si bien las normas no diferenciaban con base en el género, *tenían un impacto de género*, ya que permitían que un trabajo realizado en la abrumante mayoría de los casos por mujeres quedara *excluido* del régimen de seguridad social. Considerando el impacto, ¿se justificaba el régimen diferenciado? La SCJN llegó a la conclusión que no.

Es importante resaltar que la utilización de estos análisis y *test* no se reducen al ámbito constitucional, ni al Estado. En el ámbito del empleo, por ejemplo, no sólo se analiza la actuación del Estado, sino también de las empresas privadas e instituciones públicas que emplean a las personas. Estos análisis, además, son parámetros para analizar si un lugar de trabajo cumple con el derecho a la no discriminación. Funcionan para analizar cualquier medida, una norma administrativa, un fallo judicial, una ley laboral, un reglamento de una empresa, una convocatoria de trabajo, o una rescisión laboral.

3. Medidas especiales

Como se mencionó previamente, existen casos en los que *no* es válido diferenciar utilizando categorías sospechosas, pero también existen casos en los que *sí* es válido diferenciar. Aquí entran las llamadas *medidas especiales o afirmativas*, por ejemplo.

La Suprema Corte se ha pronunciado sobre las *medidas especiales o afirmativas* en distintas ocasiones, incluida la Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus

acumuladas. En este caso, se impugnó una reforma legal en Chiapas que introdujo una cuota de género en órganos de representación popular a fin de asegurar la participación de las mujeres. La Corte aseguró que para el análisis era necesario tomar en cuenta los propósitos de las categorías protegidas: proteger a personas históricamente en desventaja. Por ende, concluyó que no deben someterse a escrutinio estricto las clasificaciones legislativas que se basen en una categoría sospechosa cuando busquen luchar contra causas estructurales de desigualdad para ciertos grupos.

Conforme a los parámetros constitucionales y convencionales, para que una medida especial sea válida, debe: a) ser temporal;¹⁹ b) “luchar contra causas permanentes y estructurales de desventaja para ciertos grupos”²⁰ y “acelerar la igualdad sustantiva o *de facto*”;²¹ y c) “guardar una relación razonable entre los medios y los fines legítimos o constitucionales”; (Amparo Directo en Revisión 1387/2012, p. 56).

Un ejemplo de análisis judicial de acciones afirmativas en el contexto laboral es el realizado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el SUP-JDC 1080/2013 y sus acumulados. (Vela Barba, 2017b). En este caso, se impugnó un concurso solo para mujeres que emitió el ahora Instituto Nacional Electoral para ocupar 106 plazas del servicio profesional electoral. Distintos hombres impugnaron el concurso, considerando que vulneraba su derecho a la igualdad por excluirlos. La Sala Superior llegó a la conclusión de que el concurso no vulneraba el derecho a la igualdad de los hombres. No se trataba, en otras palabras, de una medida que discriminara por género. Por el contrario, era una medida que se justificaba en la misma desigualdad de género que quería y *de hecho podía* remediar.

¹⁹ “Las medidas especiales han de ser adecuadas a la situación que quiere remediarse, ser legítimas, ser necesarias en una sociedad democrática, respetar los principios de justicia y proporcionalidad y ser temporales.” Comité para la Eliminación Racial, *Recomendación General No. 32*, párrs. 16-1.

²⁰ Revisar: Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas, pp. 169-170.

²¹ CEDAW, artículo 4, párrafo 1: “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención[.]”

V. La regulación de la discriminación en el trabajo

Como pudo verse, la Constitución y los tratados internacionales contienen una variedad de disposiciones que reconocen el derecho a la no discriminación en el trabajo. La SCJN y otras autoridades internacionales se han encargado de aclarar su contenido y sus límites. Actualmente, el derecho a la no discriminación está tutelado también en la Ley Federal del Trabajo. En este breve apartado, se revisa su regulación en esta norma.

La Ley Federal del Trabajo contiene una variedad de disposiciones referentes a la discriminación en el trabajo.

Para empezar, es importante resaltar que la *no* discriminación se entiende como un elemento definitorio de lo que es el “trabajo digno o decente”, según el artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo.

Artículo 2o.- Las normas del 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.

Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador [y] 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[.]

Conforme al artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo, “propiciar” la *no* discriminación en el trabajo es uno de los objetivos que persiguen “las normas del trabajo”. Esta disposición es crucial para entender el papel que las personas juzgadoras deben jugar al momento de resolver controversias. La igualdad, conforme a esta disposición, es uno de los fines que persigue la legislación laboral. Por lo mismo, al momento de resolver las controversias, las personas juzgadoras siempre deben procurarla.

El artículo 3 de la Ley Federal del Trabajo, por su parte, establece que es “de interés social garantizar un ambiente laboral libre de discriminación.” En este mismo artículo se establece también lo siguiente:

Artículo 3o.- [...]

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.

No se considerarán discriminatorias las distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada.

El artículo 3 es crucial y debe interpretarse a la luz de las disposiciones constitucionales y convencionales relevantes.

También es importante resaltar la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo, que se refiere a la igualdad *sustantiva*:

Artículo 2. [...] Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón. 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.

Como puede verse, la Ley Federal del Trabajo incorpora una concepción robusta de la igualdad y de la no discriminación. No solo exige una igualdad de trato, sino una igualdad en el goce *efectivo* de derechos: una igualdad sustantiva.

Finalmente, es importante resaltar que la Ley Federal del Trabajo, más allá de incluir a la igualdad y a la no discriminación como fines de la regulación, establece obligaciones concretas para las personas empleadoras. Dos se resaltan por ahora.

La primera es que en la fracción XXXI del artículo 132, se establece que deben “implementar, en acuerdo con los trabajadores, un protocolo para prevenir la discriminación por razones de género”. La ley exige, en otras palabras, tomar medidas para *prevenir* esta manifestación de la discriminación. Y, en la fracción I del artículo 133, se les prohíbe a las personas empleadoras “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”.

VI. Problemáticas procesales

Hasta ahora se han revisado datos que muestran el fenómeno de la desigualdad en el mundo del trabajo. Se han también analizado las disposiciones constitucionales y convencionales más relevantes que reconocen el derecho a la no discriminación en el trabajo, una de las protecciones más robustas que tienen las personas para hacer frente a este problema. Finalmente, se repasó la regulación que la legislación laboral realiza de la discriminación.

En este apartado, se busca ahondar en distintas problemáticas que pueden surgir a lo largo de las distintas etapas que conforman el juicio laboral en el que se demanda discriminación derivada de las relaciones de trabajo. Problemáticas que deben ser resueltas por las y los juzgadores con perspectiva de género. A continuación, se desarrollan algunas de estas problemáticas y se proponen herramientas a las personas juzgadoras sobre la forma en que pueden ser abordadas.

1. La conciliación

Desde su concepción, la justicia laboral ha dado una gran importancia a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de controversias, con el objetivo de resolver de manera rápida y eficaz alguna controversia de carácter laboral por la relevancia que su resolución tiene en la vida de las personas trabajadoras. Con ello, se ha buscado que sólo lleguen al Tribunal laboral los casos donde no sea posible conciliar.

Esta concepción no es ajena al nuevo esquema de justicia laboral. Por ende, bajo este nuevo paradigma procesal, antes de iniciar cualquier procedimiento jurisdiccional laboral, tanto la Constitución como la ley laboral mandatan que todas las personas trabajadoras, sindicatos y personas empleadoras realicen un proceso de conciliación prejudicial.²² En otras palabras, aunque esta etapa de conciliación no forma parte propiamente del proceso laboral, es un requisito que necesariamente se debe agotar antes de comenzar un proceso jurisdiccional de carácter laboral.

No obstante, esta etapa previa al proceso judicial no es obligatoria para todos los conflictos laborales. Las excepciones están establecidas en el 685-Ter de la Ley Federal del Trabajo. Estas incluyen, entre otras, controversias que involucren discriminación en el empleo y ocupación por embarazo, así como por razones de sexo, orientación sexual, raza, religión, origen étnico, condición social o acoso u hostigamiento sexual u otros actos de violencia contemplados por la ley. En estos casos, la conciliación es voluntaria.²³ Si la persona víctima decide no realizarla, entonces puede ir directamente al Tribunal laboral.

Si la persona decide realizarla y se trata de un caso donde se disputan casos de discriminación, acoso sexual u otros casos de violencia en el trabajo en los que exista el riesgo inminente de revictimización, la autoridad conciliadora está obligada a tomar las medidas necesarias para que, en ningún momento de esta etapa prejudicial, se le “reúna o encare a la persona citada a la que se le atribuyen tales actos.” En consecuencia, en estos casos, la conciliación se debe llevar a cabo con las personas representantes o apoderadas de la persona citada, a fin de que en ningún momento se encuentren en el mismo espacio.²⁴

Conforme al último párrafo del artículo 685-Ter de la Ley Federal del Trabajo, “para la actualización de las excepciones se debe acreditar de indicios que generen al tribunal la razonable sospecha, apariencia o presunción de que se están vulnerando” los derechos señalados en este mismo artículo.

²² Artículo 123, Apartado A, fracción XX de la CPEUM y Artículo 684-B de la Ley Federal del Trabajo.

²³ Artículo 685 Ter, fracción I.

²⁴ Artículo 684-E, fracción XII.

En caso de que no se llegara a conciliar, entonces comienza la etapa judicial de la controversia ante una persona juzgadora en materia laboral.

2. Presentación de la demanda

a. Análisis de la vía

i) Contratación

La discriminación en los procesos de contratación de personal se puede presentar cuando las decisiones que culminan en la contratación o rechazo de una persona se toman con base en razonamientos que carezcan de justificación, dejando de lado criterios objetivos como puede ser la cualificación y capacidad necesaria para desempeñar el puesto de trabajo que se pretende ocupar.

Así, por ejemplo, una convocatoria para ocupar una plaza puede ser discriminatoria cuando excluye o desalienta directa o indirectamente a las personas por razón de su género sin que exista una razón válida para ello. Por ejemplo, cuando se solicitan únicamente postulantes hombres o se manifiesta expresamente que se excluirá a las mujeres embarazadas. El proceso de selección en la contratación también puede ser discriminatorio cuando se vean beneficiadas en mayor medida las personas que no tienen a su cargo labores de cuidado. En este caso, estaríamos frente a una discriminación indirecta.

Tomando en cuenta lo anterior, el primer análisis que debe realizar la persona juzgadora en los asuntos en que se alegue discriminación en los procesos de contratación, será si la vía procesal laboral es la adecuada para solucionar la controversia, ya que, tradicionalmente, se ha limitado la competencia de la materia laboral a asuntos donde ya exista formal o materialmente una relación de trabajo.

Sin embargo, la propia Ley Federal del Trabajo en su artículo 3º dispone que el trabajo constituye un derecho que exige respeto a la dignidad de quien lo preste, así como el reconocimiento a las diferencias entre hombres y mujeres para obtener

su igualdad ante la ley. Además, señala que no podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre las y 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.

Lo anterior es la base para considerar que, para desarrollarse en un trabajo libre de discriminación, el proceso de contratación debe darse en términos de igualdad y respeto a la dignidad de las personas que postulen para ingresar a laborar para cualquier empleadora o empleador. Dicho proceso de ingreso es tutelado por la Ley Federal del Trabajo, pues aun cuando no exista propiamente una relación laboral, lo cierto es que los centros de trabajo están obligados en el proceso de contratación a cumplir con lo previsto en el artículo 3° antes precisado y contar con procesos libres de discriminación.

Considerar lo contrario, es decir, que el proceso de contratación de personas trabajadoras no corresponde a la materia laboral, implica que se debería demandar la posible violación de derechos humanos a través de un mecanismo jurisdiccional de otra materia. Ello generaría un análisis aislado de la problemática, sin que las consecuencias de la posible acreditación de los actos de discriminación se puedan traducir en consecuencias en el ámbito laboral, como podría ser, en su caso, el otorgamiento de una plaza a las personas que fueron excluidas por motivos de discriminación.

Además, de analizarse en una vía distinta, se estaría excluyendo el carácter social que reviste el derecho del trabajo, en el que existe una obligación reforzada del Estado de garantizar el acceso a la justicia en términos de igualdad, pues se implementa la suplencia a favor de la parte trabajadora, tomando en cuenta la desigualdad procesal que existe debido a la situación de desventaja de las y los trabajadores en relación con las y los empleadores.

Si bien existen otras vías legales a las cuales las y los trabajadores pueden acudir a reclamar la discriminación —la civil, ante instancias como el CONAPRED o incluso el juicio de amparo— lo cierto es que la vía laboral es procedente porque

la existencia de discriminación en los supuestos señalados está relacionada con hechos que se vinculan directamente con el derecho de las personas de acceder a un empleo.

Aunado a esto, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, corresponde a la autoridad laboral resolver el caso de “manera pronta, completa e imparcial”, “privilegiando la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”. Remitirlo a una autoridad de otra materia para que se resuelvan las prestaciones relacionadas con la discriminación en la contratación, sería violatorio al derecho de acceder a un recurso judicial efectivo.

Por ello, cuando se presente un asunto en el que se demande en vía laboral la discriminación en los procesos de contratación, las y los juzgadores en materia de trabajo deberán tomar en cuenta los puntos delineados porque, si bien aún no existe relación laboral, esos procesos son tutelados por el derecho del trabajo, al ser controversias que se generan con motivo del derecho al trabajo.

Por último, es importante recordar que el Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo, como ya se ha señalado, dispone que la discriminación está proscrita en el “empleo” y en la “ocupación”, lo cual incluye el acceso a medios de formación profesional, la admisión en el empleo y las condiciones de trabajo. Es decir, la tutela que ofrece el derecho a la no discriminación en el empleo comprende todo el proceso laboral, desde el momento en el que hay una convocatoria de trabajo hasta el despido, como se elaboró en apartados anteriores.

Así, por ejemplo, debe ser procedente en vía laboral una demanda donde se alegue que, en el proceso de selección para ingresar a laborar a una empresa, además de los requisitos relacionados con las cualidades y capacidad de las personas postulantes, a las mujeres se les solicitó realizarse una prueba de embarazo, pues la contratación estaría sujeta a la condicionante de no encontrarse en dicho estado. Esa situación necesariamente debe ubicarse dentro de la competencia del derecho laboral, pues resulta evidente la posible afectación al derecho al trabajo.

**Experiencia comparada:
vía laboral y discriminación en los procesos de contratación**

El Tribunal Constitucional Español,²⁵ al resolver un asunto relativo a la discriminación en la contratación, sostuvo que existe la obligación de tutelar el derecho a la no discriminación en las decisiones empresariales en materia de contratación, «aun sin encontrarse vigente una relación laboral».

Agregó que no podía sostenerse que «solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza» discriminatoria, pues de mantenerse esa postura quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad).

Aquel Tribunal también señaló que no había duda de que la discriminación puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, por lo que en esos procesos de contratación debía tutelarse la prohibición de discriminación directa o indirecta.

Cabe señalar que en el asunto no se formalizó la relación laboral, pues aun cuando la demandante participó en el proceso de selección de la empleadora y quedó en la primera lista de puntajes, con motivo de haber dado a luz no podía incorporarse de inmediato y solicitó su lugar fuera reservado (no obstante, el asunto fue presentado ante la autoridad laboral y en dicha sede se analizó); sin embargo, la empleadora le respondió que procedería a contratar a quien obtuvo mejor puntaje y tuviera disposición de presentarse de manera inmediata a laborar. De ahí que no existiera formalmente una relación laboral cuando la accionante acudió a demandar esa determinación.

²⁵ Al resolver la sentencia 108/2019.

ii) Promoción y despido

En los casos en que se alegue discriminación en los procesos de promoción o como origen del despido, no será particularmente relevante detenernos a observar la procedencia de la vía, ya que el reto a superar para tramitar el asunto en vía laboral es que se acredite una relación laboral y en estos supuestos se parte de la preexistencia de la mencionada relación de trabajo entre ambas partes.

b. Aclaración de la demanda

Una vez superado el análisis de procedencia de la vía, cuando en el juicio laboral se reclaman procesos de contratación discriminatorios, así como discriminación en la promoción y como motivo de despido, las y los juzgadores deberán identificar en la demanda si existe un impacto de género en el caso a resolver.

Ese análisis debe realizarse sin excepción en todos los asuntos, tal como ha señalado la Suprema Corte en sus determinaciones (Amparo directo en revisión 4811/2015, 2016, p. 30). Esto se traduce en que se debe aplicar no solo en los casos en donde la persona trabajadora señale expresamente la existencia de discriminación, sino también en aquellos en los que a juicio de la persona juzgadora pueda darse una situación de discriminación. Si bien en algunas ocasiones la distinción de trato injustificado puede ser notorio, en muchos otros casos se llegará a esa conclusión hasta que se analicen otros elementos relacionados con el contexto del caso.

En los supuestos en que acude a juicio la persona trabajadora posible víctima de discriminación en el proceso de contratación, o quien no fue promovida o fue despedida por razón de su identidad o condiciones de vida, al recibir la demanda las y los juzgadores deberán analizarla. Cuando se adviertan hechos o pretensiones que no sean claros o se advierta alguna irregularidad, se deberá requerir que se subsane en términos del artículo 873 de la Ley Federal del Trabajo. Incluso cuando no se desahogue la referida prevención, las y los jueces deberán valorar si es posible subsanar las omisiones o irregularidades, basándose en el material probatorio y hechos manifestados por las partes.

En los casos en los que se considere necesario solicitar la mencionada aclaración, las personas juzgadoras en materia laboral deberán enfocarse en recabar la información necesaria para identificar el impacto de género. Así, en el acuerdo mediante el cual se solicite la aclaración se deberá precisar la información que estimen necesaria recabar, puntualizando que se requiere mayor precisión en torno a los hechos, así como información que permita identificar el contexto general y particular en el que se da la situación de discriminación, datos relacionados con la identidad de las partes. Por ejemplo, la información sobre edad, estado civil, si están a cargo del cuidado de otras personas, instrucción académica, condición económica, situación laboral, condición de discapacidad, entre otras.

c. Análisis de la situación de riesgo

Al presentarse la demanda, es necesario evaluar si la situación expuesta puede generar un riesgo a la vida o integridad de alguna de las partes del juicio laboral. Si la juzgadora o juzgador advierte que puede existir una posible situación de riesgo en el espacio laboral, deberá dictar órdenes de protección con fundamento en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia o sus similares en el ámbito local.

La mencionada ley, en su artículo 27 dispone que las órdenes de protección son actos de urgente aplicación en función del interés superior de las mujeres víctimas de violencia. Su carácter es precautorio y cautelar; estas pueden emitirse de oficio o a petición de parte por los órganos jurisdiccionales, entre otras autoridades.

Dicha norma en el ámbito federal (y sus correlativas locales) disponen la obligación de todas y todos los juzgadores de todas las materias de emitir las medidas cautelares en el momento en que tengan conocimiento de actos que puedan causar un riesgo a las trabajadoras, de modo que cuando una persona juzgadora laboral advierta conductas que pueden poner en riesgo la integridad, la libertad o la vida de las mujeres o niñas relacionadas con el conflicto que dio origen al juicio laboral, deberá dictar las órdenes de protección.

En cuanto a la obligación contenida en la referida Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la Primera Sala de la Suprema Corte ya se pronunció en relación con la constitucionalidad de la obligación a cargo de todas las personas juzgadoras de imponer órdenes de protección. Consideró que esas órdenes resultan proporcionales en el contexto mexicano de violencia de género que responden eficazmente a la dinámica de la violencia en contra de las mujeres y constituyen mecanismos *idóneos* para prevenir el abuso físico o emocional.

Por su parte, la Ley Federal del Trabajo en su artículo 857, fracción IV, establece la posibilidad de que, a petición de parte, se decreten providencias cautelares cuando, entre otros casos, se reclame discriminación en el empleo por casos de embarazo o identidad de género.

Las y los juzgadores deben leer ambas legislaciones, la laboral y la de acceso a una vida libre de violencia, de manera conjunta. Si bien la norma laboral establece una base para poder dictar medidas precautorias en ciertos supuestos, ésta se limita a que sea a petición de parte, en tanto que la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y sus similares locales, impone la obligación a las y los juzgadores de emitir las órdenes de protección de manera oficiosa. En ese sentido, las personas juzgadoras laborales no deben ceñirse únicamente al contenido de la Ley Federal del Trabajo en torno a las medidas de protección que deben establecerse ante una situación de riesgo derivada de actos de discriminación.

Para dar cumplimiento a la obligación a su cargo en relación con tales medidas, las y los juzgadores deberán analizar la posible situación de riesgo y determinar las acciones encaminadas a tutelar la integridad física, sexual, económica y psicológica de las trabajadoras. Se deberá considerar a la persona o personas que representan el riesgo para la posible víctima, cuáles son los motivos que genera esa situación de riesgo y qué tipo de violencia se puede presentar.

Es importante que, al momento de analizar las medidas de protección, los jueces y juezas en materia de trabajo escuchen a la posible víctima de violencia para que

manifieste con qué tipo de acciones se sentiría más segura y, en la medida de lo posible, se tome en cuenta lo manifestado al dictarlas.

Cuando se dicten las órdenes de protección, las personas juzgadoras deberán apercebir a las partes obligadas a que en caso de incumplir con lo ordenado a efecto de salvaguardar la integridad de quien se dijo estar en riesgo, le será impuesta una medida disciplinaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 729 de la Ley Federal del Trabajo.

Además, en términos del artículo 34 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, las y los jueces de trabajo implementarán las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento, monitoreo y ejecución de las medidas de protección ordenadas. En esos términos, las autoridades jurisdiccionales laborales deberán ordenar las diligencias que consideren pertinentes para asegurarse del debido cumplimiento de las medidas ordenadas; por ejemplo, una inspección en el lugar de trabajo a cargo de la persona actuarial judicial.

Ejemplo de medida de protección que se puede ordenar en materia laboral

Cuando se reclame despido injustificado motivado en la discriminación a una trabajadora embarazada, se debe imponer como medida que la parte empleadora no ordene la baja del régimen obligatorio de seguridad social, a efecto de que la persona pueda seguir accediendo a los servicios médicos indispensables durante en embarazo, parto y lactancia.

3. Audiencias

Los y las juezas laborales, quienes de acuerdo con el artículo 610 de la Ley Federal del Trabajo deben estar presentes en el desarrollo de todas las audiencias en el juicio, tienen la obligación de generar las condiciones adecuadas para su realización, garantizando que las actuaciones se desarrollen en un ambiente digno y seguro para la posible víctima de discriminación.

4. Ofrecimiento de pruebas

a. Obligación de recabar pruebas oficiosamente

Un adecuado ofrecimiento o solicitud oficiosa del material probatorio permitirá identificar el contexto laboral, cultural, económico, entre otros factores, en los que se desarrollaron los posibles actos de discriminación. También se podrá conocer las características de identidad de las partes que se relacionan con su género, en particular de la persona que vivió discriminación, para poder concluir si tales condiciones se reflejaron en el conflicto.

Cuando las y los juzgadores adviertan que el material probatorio aportado por las partes es insuficiente, surge la obligación para quien juzga de allegarse oficiosamente las pruebas necesarias para poder estar en aptitud de determinar si en el caso existe o no un impacto de género, como puede ser que la discriminación reclamada tenga origen en el género de las personas involucradas. Dicho tema es abordado de manera particular en el capítulo relativo a pruebas, pero lo que aquí se debe destacar es que las y los jueces laborales deberán ordenar el desahogo de las pruebas que consideren pertinentes y que sirvan para analizar las situaciones de discriminación o las circunstancias de desigualdad por razón de género.

La obligación de recabar pruebas oficiosamente cobra especial relevancia en aquellos casos en que los medios de prueba únicamente estén en poder de la empresa empleadora, como pueden ser las pruebas derivadas de su obligación de implementar ciertas medidas preventivas de discriminación en el lugar de trabajo, de modo que pretender que la parte trabajadora las aporte resultaría una carga procesal injustificada, difícil de cumplir.

Ejemplo de pruebas que se deben recabar de manera oficiosa

- Cuando se involucra la existencia de discriminación en el lugar de trabajo, si las partes no ofrecieron prueba mediante la cual se pueda tener certeza sobre el cumplimiento o incumplimiento de la

parte empleadora de la obligación a su cargo contenida en el artículo 132, fracción XXXI, respecto de la implementación de un protocolo para prevenir la discriminación por razones de género, la o el juzgador laboral podrán ordenar un informe o el desahogo de una inspección en el lugar de trabajo para poder tener conocimiento de si existe o no dicho mecanismo y, de existir, en qué términos se desarrolla. Dicha prueba será indispensable en el estudio de fondo que se realice en el laudo para poder determinar si la o el empleador permitieron la discriminación al interior del lugar de trabajo.

- Si se alega discriminación por razón de género y las partes no ofrecieron pruebas para acreditarlo, la persona juzgadora podrá ordenar que se le informe sobre las medidas adoptadas en el centro de trabajo en el que se señaló ocurrieron los actos de discriminación, como puede ser la implementación de prácticas para la igualdad laboral y no discriminación, de acuerdo con lo previsto en la Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015.
- Cuando se demande discriminación en la promoción por razones de género, en caso de que no sea aportado, el tribunal laboral podrá requerir las evaluaciones o procesos de selección para los ascensos que dieron como resultado la exclusión de la persona que afirmó fue rechazada por motivos de discriminación. Ello, para contar con elementos objetivos para determinar si la elección se basó en el análisis de las capacidades y cualidades de las y los aspirantes a mejores puestos de trabajo.

5. Desahogo de pruebas

La obligación esencial desde un enfoque de género para las y los juzgadores laborales en el desahogo de las pruebas que ofrecieron las partes y que, en su caso, ordenó oficiosamente el propio tribunal, radica en evitar la revictimización de las personas que alegaron ser sujetas de actos de discriminación.

En cuanto al tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el caso Rosendo Cantú y otra vs. México, que la investigación debe evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la experiencia traumática cada vez que la víctima declare sobre lo ocurrido.

Por ello los y las juzgadas laborales deberán, por ejemplo, calificar las posiciones a desahogarse en la prueba confesional o testimonial, cuidando que las preguntas no tengan un carácter sexista o se basen en estereotipos de género, que no aborden de manera insensible la experiencia vivida, reproduciendo en el juicio la discriminación antes vivida.

VII. Problemáticas de fondo

Una vez cerrada la instrucción, de conformidad con el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, las y los jueces laborales dictarán el laudo a *verdad sabida, buena fe guardada y apreciando los hechos en conciencia*, expresión que hace referencia a que los tribunales de trabajo, para formarse una convicción sobre la controversia que decidan, no tienen obligación de guiarse por reglas fijas y tradicionales en la recepción y calificación de pruebas.²⁶

1. Análisis de los hechos

Las personas juzgadas deben analizar los hechos expuestos desde un enfoque que permita identificar el impacto de género en el caso a resolver, es decir, que posibilite advertir la existencia de tratos discriminatorios fundados en estereotipos de género, de relaciones asimétricas de poder, el estado de vulnerabilidad en que se encuentra una persona por razón de su género, así como desigualdad entre las partes por motivos de género. Las y los jueces de trabajo deberán realizar el siguiente análisis que, para efectos didácticos, se expone en los siguientes pasos:

²⁶ Consideración sostenida en el amparo directo en revisión 236/2014, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Paso 1. Analizar las manifestaciones de las partes en relación con las conductas o comportamientos que dieron origen al conflicto y las personas involucradas, para identificar posibles situaciones de discriminación. Así, resultarán trascendentes las manifestaciones asentadas en el apartado de hechos del escrito inicial de demanda y contestación, de donde podrá desprenderse si se señalan conductas tales como prueba de no embarazo para la contratación, cargas diferenciadas de trabajo, ascensos sin procesos objetivos de evaluación, entre otros.

Paso 2. Identificar las características de identidad de las personas que alegan haber vivido violencia, es decir, advertir características tales como género, orientación sexual, edad, estado civil, entre otras. Además, deberá analizar el contexto particular de las partes, atendiendo a rubros como condición económica, nivel de instrucción, condiciones laborales, funciones desempeñadas en el lugar de trabajo, si existen personas dependientes económicas o a su cuidado, condición de salud.

Paso 3. Identificar si el conflicto se da en el marco de una problemática social a la luz de las condiciones del lugar y momento en el que se dieron los hechos, para lo cual es indispensable acudir a datos estadísticos relacionados con el problema de discriminación alegado, pues ello dará cuenta de la situación general que impera en algunos sectores de la sociedad y que se puede manifestar en el caso concreto. Así, dependiendo del problema de que se trate se deberá acudir, por ejemplo, a estadísticas de ocupación de puestos de dirección por hombres y por mujeres, como las referidas al inicio del presente capítulo.

Paso 4. Identificar si el género fue una condición que influyó directa o indirectamente en los actos de discriminación —si se le impidió la contratación por su expresión de género—, o si dicho criterio generó ventaja a una de las partes —si las personas que obtienen promociones y mejores puestos al interior de las empresas suelen ser en mayor medida hombres.

Paso 5. Advertir la interacción entre la condición de género con otras condiciones de identidad y de contexto de las partes que puedan tener un impacto en el caso, como podría ser el caso de que sean mujeres con discapacidad o mujeres indígenas.

2. Análisis de las pruebas

Las juezas y jueces laborales deben tener claridad en torno a cómo incorporar un enfoque de género al valorar las pruebas desahogadas para determinar si la empresa o personas que ostentan puestos de dirección o son tomadores de decisiones, ejercieron actos de discriminación en la contratación, en los procesos de promoción o ello propició el despido.

El análisis y valoración del material probatorio desde un enfoque de género cobra especial importancia, ya que permite entender si el conflicto se enmarca en una problemática de género, la dinámica de la discriminación que se alega, el impacto que puede tener en las personas afectadas, así como el tipo de sanciones y reparaciones que se deben ordenar en el laudo.

a. Estereotipos de género y valoración de pruebas

En la valoración de la prueba en materia laboral, sobre todo tratándose de asuntos relacionados con discriminación, debe tenerse presente la existencia de los estereotipos y prejuicios de género que constituyen ideas que dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de los hechos acreditados.

Las juezas y jueces de trabajo deben utilizar criterios razonables, evitando una valoración de la prueba basada en creencias, costumbres u opiniones personales respecto del rol de género que *deben* desempeñar las personas conforme a su género. Por ejemplo, que las mujeres no pueden desarrollar las mismas funciones de dirección que los hombres, que las mujeres embarazadas son menos productivas, que a las mujeres no les interesa crecer profesionalmente porque prefieren tener tiempo para su vida personal, entre otros.

b. ¿Cómo se acredita la discriminación en la contratación, promoción y despido desde un enfoque de género?

Como ya se mencionó, la valoración de las pruebas con perspectiva de género en el proceso laboral para acreditar la discriminación debe ser flexible, sin suje-

tarse a reglas o formulismos, tal como refiere el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo.

En principio podría suceder que no exista controversia en torno a la existencia de la no contratación, la falta de ascenso y promoción o el despido, en cuyo caso es evidente que no habrá necesidad de acreditarlo y las personas juzgadoras deben acudir al estándar probatorio que se inserta en los siguientes párrafos, a efecto de determinar si existió o no la discriminación por razón de género alegada.

Cuando la parte demandada niegue los hechos en el caso particular de la falta de contratación derivado de un trato injustificado por género, ello se traduce, por ejemplo, en que la parte empleadora negará que existió un procedimiento de contratación o que la parte actora no participó en él, en cuyo caso será la parte actora quien en principio deba acreditar la existencia de los hechos (no de la discriminación), pues la persona empleadora no podrá acreditar hechos negativos.

Sin embargo, cuando la o el empleador niegue la existencia de los hechos relativos a la falta de promoción o ascenso y despido, será la persona empleadora quien tenga la carga de demostrar su dicho, es decir, que no existió el despido o que no implementó programas de ascenso. Ello, pues es quien estará en mejor situación para acreditarlo debido a su obligación de resguardar registros de asistencia, listas de personas trabajadoras en donde se advierta sus categorías y salarios, entre otros documentos.

Una vez que ha quedado acreditado que existieron los hechos, es decir, que no se contrató, ascendió o que se despidió a la persona actora, el segundo nivel de análisis es determinar si en el caso se justificó el trato diferenciado o si existió discriminación por razón de género.

A efecto de realizar el análisis pertinente, las personas juzgadoras deben tener en cuenta que está involucrada la posible utilización de una categoría sospechosa como es el género como base de un trato diferenciado, por lo que debe examinarse con mayor rigor para determinar si el acto es o no razonable, precisamente

porque sobre dicha categoría, entre otras, pesa la sospecha de que la distinción es prohibida por el marco normativo (Amparo Directo en Revisión 581/2012).

En este sentido, las personas juzgadoras deberán tomar en cuenta que es a la parte demandada a quien le corresponde acreditar que el trato diferenciado no es discriminatorio, ya que como se mencionó en el párrafo anterior, existe sospecha de que la distinción basada en el género de las personas es ilícita.

Al respecto la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo que cuando se acuda al juicio laboral señalando discriminación, la carga de la prueba está a cargo de la o el empleador.²⁷ Si bien en ese asunto se trató de manera específica del despido de una mujer embarazada, se advierte que la argumentación de la Sala se sustentó de manera general en la existencia de una categoría protegida —el género— y en la obligación de las personas juzgadoras de analizar los asuntos con perspectiva de género.

Aunado a lo anterior, debe tenerse claro que las y los trabajadores cuentan con dificultades para acreditar hechos que en su mayoría obran en documentos que resguarda la persona empleadora, como pueden ser los procesos de contratación, procesos de ascenso, exámenes, evaluaciones, resultados —no solo de la parte demandante sino de quienes postularon a las plazas y accedieron—, listas de asistencias, procedimientos administrativos que deriven en despidos, entre muchos otros.

Entonces, una vez que en el juicio se acredite por cualquier medio de prueba el hecho de que el o la accionante no fue contratada, no fue ascendida o que la relación de trabajo terminó, y se alegue o se advierta que la decisión se tomó con base en el género de la persona, será carga procesal de la parte empleadora demostrar que tales situaciones no son discriminatorias. Así, la parte demandada deberá demostrar que los hechos alegados no tuvieron su origen en un trato discriminatorio, sino que el trato diferenciado que se tradujo en la falta de contratación, ascenso o el despido fue por un motivo objetivo y razonable.

²⁷ Así lo sostuvo la Segunda Sala de la Suprema Corte al resolver la contradicción de tesis 422/2016.

c. Precisión en el caso de despido por discriminación

Expuesto lo anterior, es necesario hacer la precisión de que en aquellos juicios en los que se alegue un despido con origen en discriminación por género, existirán dos posibilidades a efecto de probar la existencia de los tratos injustificados.

En primer lugar, se tienen los casos en que la discriminación en el despido se tendrá acreditada por las presunciones que surjan del incumplimiento de la parte empleadora de comprobar ciertos hechos, en tanto que en un segundo grupo de casos será necesario realizar el análisis de las pruebas aportadas a través de un estándar que se precisa en los párrafos siguientes.

En los casos en que se alegue despido injustificado con base en un trato discriminatorio, debe partirse de la premisa contenida en la propia ley laboral, en el sentido que corresponde a la parte empleadora acreditar la causa legal de rescisión de la relación laboral. En caso de que la parte empleadora no pueda acreditar la legalidad del despido, entonces se tendrá por demostrada la ilegalidad de la terminación laboral, así como las razones alegadas por la trabajadora o trabajador, es decir, la discriminación por razones de género.

En dichos casos no existirá mayor conflicto, pues la determinación de tener actualizada la discriminación de género deriva de la falta de demostración de elementos objetivos por parte de la o el empleador, es decir, por no acreditar que la persona trabajadora se colocó en los supuestos que la ley contempla para dar por terminada la relación laboral sin responsabilidad para la persona empleadora.

Sin embargo, cuando se alegue despido injustificado y la parte demandada acredite la existencia de alguno de los elementos objetivos para el despido justificado contenidos en el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, surge la necesidad de analizar la alegada discriminación de género, pues no se actualiza la presunción de ser cierto lo afirmado en la demanda, a diferencia del primero de los escenarios mencionados.

Así, cuando en un juicio en el que se demande despido injustificado vinculado con discriminación por razón de género y la persona empleadora sí acredite la existencia de alguna de las razones que justifican la terminación de la relación laboral, debe tenerse claro que ello no deja de lado las manifestaciones de conductas discriminatorias en contra de la persona trabajadora y, pese a que no prospere la acción de reinstalación por existir una razón para la terminación de la relación laboral, ello no implica que la discriminación alegada deje de ser analizada, pues ello se traduciría en el dictado de un laudo incongruente al no ocuparse de todas las cuestiones reclamadas en el escrito de demanda.

En estos casos es necesario acudir al estándar de prueba para la acreditación de discriminación de género en las relaciones laborales.

d. Estándar para acreditar la discriminación

Una vez que se acreditaron los hechos (falta de contratación, ascenso o el despido), las y los juzgadores deberán analizar si tales hechos tuvieron o no su origen en actos discriminatorios por razón de género para así concluir si el trato diferenciado fue razonable o injustificado.

Para determinar si la decisión de no contratación, no ascenso o el despido es objetiva y razonable se debe aplicar el test de razonabilidad,²⁸ que implica el análisis de los elementos siguientes:

- *Requisito esencial.* Se actualiza cuando existe un impedimento para desempeñar la labor debido a la naturaleza de las actividades a desarrollarse en el puesto de trabajo o el contexto en el que se realizan. Es decir, resul-

²⁸ Ver tesis 1a. CDXXXII/2014, 10a. Época., de rubro: “DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL. JUICIO DE RAZONABILIDAD ACTO PARA DETERMINAR SI UN ACTO CONTIENE UNA DIFERENCIA DE TRATO CONSTITUCIONAL.”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, página 226, así como jurisprudencia P/J. 10/2016 10a., de rubro “Categoría sospechosa. Su escrutinio”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, página 8.

tan incompatibles con el requisito profesional esencial y determinante del puesto de trabajo. Los requisitos esenciales se analizan en cada caso concreto y pueden ser confrontados con las condiciones necesarias para mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento de un servicio. Por ejemplo: que se exija acreditar algún examen o contar con título profesional.

- *Objetivo legítimo.* Se debe demostrar que la decisión impulse un objetivo dentro del marco normativo constitucional y convencional. Por ejemplo: el mandato de no poner en riesgo a las mujeres embarazadas y la prohibición del trabajo infantil.
- *Proporcional.* La decisión debe ser la menos restrictiva posible para alcanzar la finalidad buscada en el puesto de trabajo, por lo que es necesario descartar de manera previa la posibilidad de emitir una decisión alternativa a la no contratación, no ascenso o despido. Por ejemplo, en caso en que la ley exige no poner en riesgo a la mujer embarazada, es claro que la decisión menos restrictiva no podrá ser el despido, sino que pueden explorarse alternativas como cambio temporal de actividades o lugar donde se desempeña el trabajo. Otro supuesto, puede darse con una mujer que se encuentra en periodo de lactancia y no puede presentarse a toda su jornada de trabajo regular, en dicho caso deberá ponderarse que lo que se puede alegar como falta de probidad no puede sancionarse de manera grave porque se tiene que tomar en cuenta la situación excepcional en la que se encuentra la mujer.

Tales elementos deben estar plenamente acreditados con los medios que así lo corroboren, pues no puede caber duda de que en el caso no existía la discriminación demandada.

Ahora bien, en caso de no acreditarse que los hechos demandados tuvieron un fundamento razonable, las y los jueces laborales deben concluir que en el caso se actualizó la existencia de tratos discriminatorios, sin que sea necesario acreditar la

intención lesiva de la empleadora, pues basta con que quede probada la violación del derecho de igualdad y no discriminación,²⁹ es decir, no es trascendente si el o la empleadora pretendían ejercer un trato discriminatorio o no o incluso si desconocían que sus procesos de contratación o ascenso eran discriminatorios, pues ello no les exime de responsabilidad alguna.

Finalmente, cabe señalar que las acciones afirmativas no constituyen actos discriminatorios por razón de género, de modo que cuando alguna persona trabajadora acuda a juicio a demandar la falta de contratación o ascenso y la parte empleadora se excepcione señalando que la falta de contratación o ascenso obedeció a la implementación de una medida afirmativa y ello se demuestre, las y los jueces laborales deben advertir que tales acciones son válidas.

VIII. Problemáticas sobre reparación y sanción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho de las personas a que la violación a sus derechos humanos y, por tanto, los daños producidos, sean reparados adecuadamente con base en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El tribunal interamericano ha indicado que el establecimiento de reparaciones exige tomar en consideración las características y condiciones de identidad de las víctimas, lo cual implica emplear un enfoque de género e interseccional al momento de establecerlas.

Por su parte, la Ley General de Víctimas establece en su artículo 26 que las víctimas de violaciones a derechos humanos tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.

²⁹ En términos similares se pronunció el Tribunal Constitucional Español al emitir la sentencia 108/2019.

Además de lo anterior, la Primera Sala de la Corte, sostuvo que, cuando exista discriminación en el ámbito laboral, las personas juzgadoras podrán imponer medidas reparatorias con efecto disuasorio para prevenir futuras conductas contrarias al principio de igualdad.³⁰

En ese tenor, si bien la ley laboral no establece de manera expresa la posibilidad de establecer medidas de reparación, lo cierto es que la norma laboral no puede analizarse de manera aislada e independiente de los mandatos constitucionales y convencionales de garantizar el ejercicio del derecho al trabajo en condiciones de igualdad y libre de violencia.

En ese sentido, la discriminación ejercida en los espacios de trabajo por razones de género afectan directamente el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación, sobre todo a la luz de las reformas a la Ley Federal de Trabajo, que disponen la obligación de garantizar espacios de trabajo digno, de modo que el incumplimiento de dicha obligación, genera la obligación de imponer medidas de reparación pues en dichos casos se involucra la violación a los derechos humanos de igualdad y no discriminación de las y los trabajadores.

Las medidas de reparación deberán imponerse en cada caso a través del establecimiento de medidas individuales y colectivas que busquen la reparación integral, como pueden ser la indemnización que puede establecerse a cargo de particulares,³¹ restitución, rehabilitación (física y/o psicológica), satisfacción y garantías de no repetición que contemplen acciones de transformación de las desigualdades identificadas en el centro de trabajo, promoviendo la compensación de situaciones de desventaja por género.

³⁰ Sostenido al resolver el amparo directo en revisión 992/2014, del cual derivó la tesis 1a. IV/2015 (10a.), de rubro “DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL. EL JUZGADOR PODRÁ IMPONER MEDIDAS REPARATORIAS DE CARÁCTER DISUASORIO PARA PREVENIR FUTURAS ACTUACIONES CONTRARIAS AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, Enero de 2015, Tomo I, página 756.

³¹ Ver jurisprudencia 1a./J. 31/2017 (10a.) de rubro: “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 41, Abril de 2017, Tomo I, página 752.

En cuanto a la indemnización, al resolver el amparo directo en revisión 5490/2016, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que debe individualizarse atendiendo a los siguientes rubros, que son complementados con las obligaciones en materia laboral:

- (i) la naturaleza y extensión de los daños causados, es decir, si son físicos, mentales o psicoemocionales. En el daño causado por vulneración de derechos humanos como lo es la igualdad, la propia lesión del derecho fundamental comporta per se un daño indemnizable, sin necesidad de que se acredite una base de daño.³²
- (ii) la posibilidad de rehabilitación de la persona afectada. Las y los juzgadores laborales deberán determinar si la discriminación generó alguna disminución en las capacidades orgánico-funcionales de la persona trabajadora. Dicha situación puede acreditarse con pruebas periciales médicas.
- (iii) la pérdida de oportunidades, en particular las de acceso al empleo, ascensos, incremento de salario y prestaciones sociales.
- (iv) los daños materiales, incluidos los ingresos y el lucro cesante, en cuya situación se insertan los casos de no contratación, ascenso o despidos por motivos de discriminación por género, pues en todos esos casos la consecuencia se traduce en dejar de percibir un salario por la no contratación o despido, o la falta de incremento en el salario en los casos de falta de ascensos por discriminación. En este punto, las personas juzgadoras no deben confundir la condena a salarios caídos con el pago de indemnización por daño, pues son condenas diferentes e independientes.

³² Resuelto en esos términos por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social en la sentencia 308/2019.

- (v) los perjuicios inmateriales. El o la jueza laboral deben tomar en cuenta el grado de padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración e impotencia padeció la persona discriminada.
- (vi) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales. La parte que sufrió la discriminación deberá acreditar que erogó tales gastos.
- (vii) el nivel o grado de responsabilidad de las partes. Las personas juzgadoras laborales deben tomar en cuenta si existe solo una persona física o moral condenada o si hay solidaridad por pluralidad de responsables.
- (viii) capacidad económica del responsable. Con base en la información que obre en el expediente la persona juzgadora deberá establecer dicha capacidad económica.

Dichas medidas deben ser proporcionales en relación con el daño causado a las y los trabajadores, considerando el impacto de género en el conflicto, tomando necesariamente en cuenta los intereses y necesidades de la persona afectada.

De manera enunciativa se refieren algunas posibles medidas que las y los jueces laborales pueden establecer cuando se determine la existencia de discriminación de género en los procesos de contratación, promoción y despido:

- La declaración de existencia de discriminación de género ya sea en los procesos de contratación, en los procesos de ascenso o en los despidos en las prácticas de la o el empleador.
- Disculpa pública a la persona trabajadora que vivió discriminación por parte de la patronal demandada, con la presencia de parte empleadora, así como las personas trabajadoras en horario laboral.

- Aplicación y publicación de encuesta de percepción de clima laboral, que permita identificar y atender de manera oportuna dinámicas de discriminación por razón de género.
- Capacitación a las personas trabajadoras en horario laboral respecto de temas de diversidad, inclusión, igualdad y no discriminación, violencia de género, identidad de género y expresión de género.
- El pago de conformidad con el artículo 994, fracción VI, de la Ley Federal del Trabajo, por la imposición de la multa a la persona empleadora por la comisión del acto o conducta discriminatoria en el centro de trabajo.
- Cuando la persona empleadora cuente con más de un local en el que se desempeñen sus personas trabajadoras, las juezas y jueces podrán ordenar que las medidas se implementen en todos los espacios y no solo en el que se desarrollaron los actos de discriminación.
- La creación de un órgano interno encargado de recibir quejas de los posibles hechos de discriminación por género, mismo que tendrá a su cargo la implementación de medidas tanto preventivas como de investigación y resarcimiento.

IX. Seguimiento del cumplimiento

Por último, una vez que en el laudo se concluyó la existencia de discriminación por razón de género y se condenó a quienes la ejercieron, es obligación de las y los juzgadores laborales verificar el debido cumplimiento de las medidas establecidas como condena. El artículo 731 de la Ley Federal del Trabajo faculta a las personas juzgadoras a que, mediante cualquiera de los medios de apremio que considere necesarios, deberá asegurar el cumplimiento de las resoluciones que dicte. Para ello, la ley enlista algunos tales como multa, presentación de personas por auxilio de fuerza pública y arresto hasta por seis horas. Sin embargo, la actuación de las autoridades laborales no se limita a dichas acciones. Con la finalidad de

lograr el cumplimiento del laudo puede, por ejemplo, hacer petición de informes a la parte condenada, establecer plazos concretos o cualquier otra que se estime pertinente.

Bibliografía

ARCEO-GÓMEZ y CAMPOS-VÁZQUEZ, “Race and Marriage in the Labor Market: A Discrimination Correspondence Study in a Developing Country”, citado en Vela Barba, Estefanía, (2017), *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

CAMPOS VÁZQUEZ, citado en Vela Barba, Estefanía, (2017), *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

CONEVAL (CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL), (2020), Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.

CONEVAL (CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL), Informe de Desarrollo Social 2016, citados en Vela Barba, Estefanía, (2017), *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

INEGI, CONAPRED y CNDH, (2017) Perfil sociodemográfico de la población afrodescendiente en México, citados en Vela Barba, Estefanía, (2017), *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

INEGI, (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA) “Estadísticas a propósito del Día Internacional de los Pueblos Indígenas (9 de agosto)”, citado en Vela Barba, Estefanía, (2017), *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

INEGI (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA) (2013), *Las personas con discapacidad en México, una visión al 2010*, México; citado en Vela Barba, Estefanía, (2017), *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

MENDOZA, Juan Carlos (2015) *et al.*, *Principales Resultados del Diagnóstico situacional de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, travestis, transexuales, intersexuales y queers de México 2015 Primera parte*, UAM, México. Citado en Vela Barba, Estefanía, (2017), *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

VELA BARBA, Estefanía, (2017a), *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

———, “Concursos solo para mujeres”, (2017b) *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, año III, número 4, enero-junio 2017.

Encuestas

CONAPRED, SEGOB y CNDH. “Presentación de resultados”. Encuesta sobre Discriminación por motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género (ENDOSIG, 2018). Disponible en <http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=611>

INEGI, Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enoe/15ymas/>

ESPOLEA, Primera Encuesta sobre homofobia y el mundo laboral en México, 2014, citado en Vela Barba, Estefanía, (2017), *La discriminación en el empleo en México*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), Censo de Población y Vivienda 2020. Consulta en tabulados, disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/default.html#Tabulados>

Legislación Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley del Seguro Social
- Ley Federal del Trabajo

Legislación Internacional

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Diario Oficial de la Federación* 12 de mayo de 1981.

Tesis Jurisprudenciales

“CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO”, Tesis P./J. 10/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 8, Reg. digital 2012589.

“DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDENIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE”, Tesis 1a /J.31/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, abril de 2017, p. 752, Reg. digital 2014098.

Tesis Aisladas

“DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL. EL JUZGADOR PODRÁ IMPONER MEDIDAS REPARATORIAS DE CARÁCTER DISUASORIO PARA PREVENIR FUTURAS ACTUACIONES CONTRARIAS AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.”, Tesis 1a. IV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, Enero de 2015, Tomo I, p. 756, Reg. digital 2008259.

“DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL. JUICIO DE RAZONABILIDAD ACTO PARA DETERMINAR SI UN ACTO

CONTIENE UNA DIFERENCIA DE TRATO CONSTITUCIONAL.”, Tesis 1a. CDXXXII/2014, (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, p. 226, Reg. digital 2008093.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Amparo en Revisión 307/2007, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 24 de septiembre de 2007.

Acción de Inconstitucionalidad 35/2014 y sus acumuladas 74/2014, 76/2014 y 83/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 02 de octubre de 2014.

Primera Sala

Amparo en Revisión 581/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 05 de diciembre de 2012.

Amparo Directo en Revisión 1387/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de enero de 2014.

Amparo Directo en Revisión 992/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de noviembre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 83/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 06 de abril de 2016.

Amparo Directo en Revisión 4811/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de mayo de 2016.

Segunda Sala

Amparo Directo en Revisión 236/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 02 de abril de 2014.

Contradicción de Tesis 422/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de marzo de 2017.

Otros órganos jurisdiccionales

Sentencia 308/2019, Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 5 de febrero de 2019.

Sentencia 108/2019, Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español, 30 de septiembre de 2019.

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendaciones Generales

Comité para la Eliminación Racial, “Recomendación General núm. 32. Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, 2009. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8464.pdf>

Los cuidados y el trabajo

Rebeca Ramos Duarte*
Jenny Murrieta Ramírez**

* Abogada por la Escuela Libre de Derecho y Maestra en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana, Directora Ejecutiva del Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. (GIRE).

** Lic. en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Analista de Dirección del Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. (GIRE).

Los cuidados y el trabajo. I. Introducción; II. Regulación en México; III. Estándares de la Organización Internacional del Trabajo; IV. Juzgar con perspectiva de género (marco internacional y nacional: jurisprudencia y precedentes).

I. Introducción

El modelo laboral actual en nuestro país asume erróneamente que la vida laboral es incompatible con el ejercicio de la maternidad y/o paternidad y las labores de cuidados, lo cual genera inevitablemente conflictos entre ambos ámbitos: laboral y personal o familiar; aunado a ello es común que además se propicien situaciones de explotación, opresión y desigualdad laboral, vulnerando los derechos de las personas trabajadoras.

En ese mismo sentido, la legislación laboral en México, especialmente en materia de licencias de maternidad y paternidad, así como de acceso a estancias infantiles está basada en roles y estereotipos de género que asumen que las mujeres y los hombres tienen distintas responsabilidades para con sus familias, siendo la labor principal de las mujeres dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar; y la de los hombres trabajar para el sustento económico de la familia. Lo anterior afecta principalmente a las mujeres, pues es común que dediquen la mayor parte de su tiempo a las labores del hogar y de cuidados, lo cual les impide desarrollarse en el ámbito laboral con una desventaja significativa respecto a los hombres y, por otra parte, la división sexual del trabajo es otro problema que nace a partir de las mismas ideas preconcebidas respecto a lo que deberían hacer mujeres y hombres,

generando desigualdad no sólo en los puestos de trabajo asignados, sino también en la cuestión salarial.

Si bien las mujeres son las principales afectadas por estas situaciones de desigualdad, los hombres también resultan perjudicados, pues las licencias de paternidad son notablemente de menor duración con respecto a las de maternidad, y actualmente todavía se encuentran con diversas dificultades u obstáculos para obtener acceso a estancias infantiles, lo cual refuerza el estereotipo de que los hombres no tienen las mismas obligaciones para con la familia que las mujeres.

Por otra parte, aunque la seguridad social es un derecho reconocido en la legislación mexicana, también se encuentra condicionado al trabajo formal, dejando sin acceso a ella al gran sector de la población que está obligado a trabajar de manera informal.

El presente capítulo está dividido en tres apartados: el primero analiza la legislación y la situación en México respecto a la conciliación de la vida laboral y personal o familiar, así como de la desigualdad laboral basada en roles y estereotipos de género; posteriormente se hace una comparación de lo anterior con respecto a los estándares de la Organización Internacional del Trabajo que otorgan una mayor protección de los derechos de las madres y padres trabajadores, para llegar a la última parte que analiza precedentes y jurisprudencia tanto a nivel internacional como nacional sobre cómo juzgar con perspectiva de género en materia de licencias y cuidados, para garantizar un acceso efectivo a la justicia para las madres y padres trabajadores.

II. Regulación en México

1. Contexto general

La seguridad social es un derecho humano reconocido en los artículos 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado

por México en 1981¹ que implica el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección contra la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidentes laborales, vejez o muerte de un familiar; gastos excesivos de atención de salud; apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y familiares a cargo; así como el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente tanto del sector público como del privado y el derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales (GIRE, 2017, p. 129).

La finalidad de la seguridad social se encuentra en el artículo 2o de la Ley del Seguro Social y es garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo.² Sin embargo, aunque es obligación del Estado mexicano garantizar el acceso a la seguridad social, en la realidad éste se encuentra condicionado a que las personas cuenten con un trabajo formal, pese a que en la actualidad 59.1% de las personas están empleadas de manera informal (INEGI, 2013).

La reciente creación del Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI) mediante el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud del 29 de noviembre del 2019³ que entró en vigor el 1 de enero del 2020; tuvo como objetivo garantizar la prestación gratuita de los servicios de salud, medicamentos y demás insumos asociados para personas sin seguridad social. Sin embargo,

¹ Senado de la República. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: https://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Pacto_IDESC.pdf (última fecha de consulta: febrero de 2021).

² Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN), Ley del Seguro Social: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=0JmX86OPHpb2N3AAc4v1rrL0AFISMLv5VevkjUaWF8BeAH2Fphi79KeZCerENbXM> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

³ Diario Oficial de la Federación. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud (29 de noviembre del 2019): https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5580430&fecha=29/11/2019 (última fecha de consulta: febrero de 2021).

estas personas continúan sin acceso a prestaciones como la licencia de maternidad y/o paternidad, así como a estancias infantiles.

Por lo tanto, quienes trabajan en el sector informal no cuentan con protecciones laborales ni de seguridad social y deben enfrentarse a condiciones adicionales de discriminación y violaciones a derechos humanos (Grupo de Información en Reproducción Elegida, 2018. p. 148).

a. Roles y estereotipos de género, y división sexual del trabajo

Los roles de género son producto de la cultura, por ello desafortunadamente al ser asignados por la sociedad con base en el sexo de una persona, se asumen erróneamente como naturales, generando un impacto perjudicial en las personas, así como en su desarrollo y sus relaciones con el resto de la comunidad, siendo las más afectadas las mujeres y minorías sexuales (SCJN, 2020, p. 33).

Por su parte, los estereotipos de género consisten en imágenes concebidas y aceptadas por la mayoría de los integrantes de la sociedad, como representativas de un determinado género. Esta visión estereotípica implica reconocer la diferencia entre los roles de mujeres y hombres, con base en su función biológica, cultural, de clase social, grupo étnico y hasta el estrato generacional de las personas.⁴

En el ámbito laboral, los roles y estereotipos de género basados en preconcepciones de lo que deberían hacer las mujeres y los hombres en sociedad conllevan a la división sexual del trabajo, que consiste en la asignación de tareas y espacios con base en el sexo de las personas (SCJN, 2020, p. 36). Por ejemplo, se asume

⁴ “ESTEREOTIPO DE GÉNERO. SE ACTUALIZA CUANDO EN UN JUICIO DE DIVORCIO LA MUJER RECLAMA ALIMENTOS Y EL CÓNYUGE VARÓN MANIFIESTA QUE LAS TAREAS EDUCATIVAS DE LOS HIJOS LE CORRESPONDEN A ELLA POR ENCONTRARSE EN EL HOGAR, POR LO QUE EL PERJUICIO DERIVADO DE AQUÉL, DEBE ELIMINARSE POR EL JUZGADOR”. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada No. VII.2o.C.169 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 64, Marzo de 2019, Tomo III, página 2666. No de registro digital: 2019454: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019454> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

que los hombres deben ser los proveedores económicos, mientras que el papel de la mujer es dedicarse al hogar y cuidar a todos los miembros de la familia, por ello en muchas empresas mientras los hombres tienen posiciones de liderazgo, a las mujeres se les asignan puestos relacionados con la asistencia y sumisión. De igual manera es común que las mujeres que quieren desarrollarse profesionalmente se encuentren con diversas trabas y obstáculos, ya que continúa siendo mal visto que no quieran dedicarse a las labores domésticas y de cuidados.

Si bien las mujeres son las más afectadas por esta situación, los roles y estereotipos de género también afectan a los hombres en diversas situaciones: por ejemplo, cuando solicitan sus licencias de paternidad para poder estar al pendiente de sus hijos recién nacidos/as y de sus parejas, cuando solicitan la custodia de sus hijos/as ante una jueza o juez, cuando son ellos quienes se dedican a las labores del hogar y solicitan alimentos al divorciarse, o simplemente cuando desean dedicarse a alguna profesión u oficio que “no es común” para su sexo, en todos estos escenarios los hombres también se enfrentan a críticas y obstáculos por parte de la sociedad (*Ibidem*, pp. 33-34).

Ante este panorama, es necesario abandonar las concepciones basadas en roles y estereotipos de género con el objetivo de promover la igualdad de género en el ámbito laboral. De igual manera, el Estado en conjunto con las empresas deben implementar medidas como el acceso universal a estancias infantiles, servicios de salud, pensiones, incapacidades médicas y licencias de maternidad, de paternidad y parentales acordes a los estándares de derechos humanos, para promover la participación igualitaria de los hombres en las tareas domésticas y de cuidados (Grupo de Información en Reproducción Elegida, 2018, p. 150).

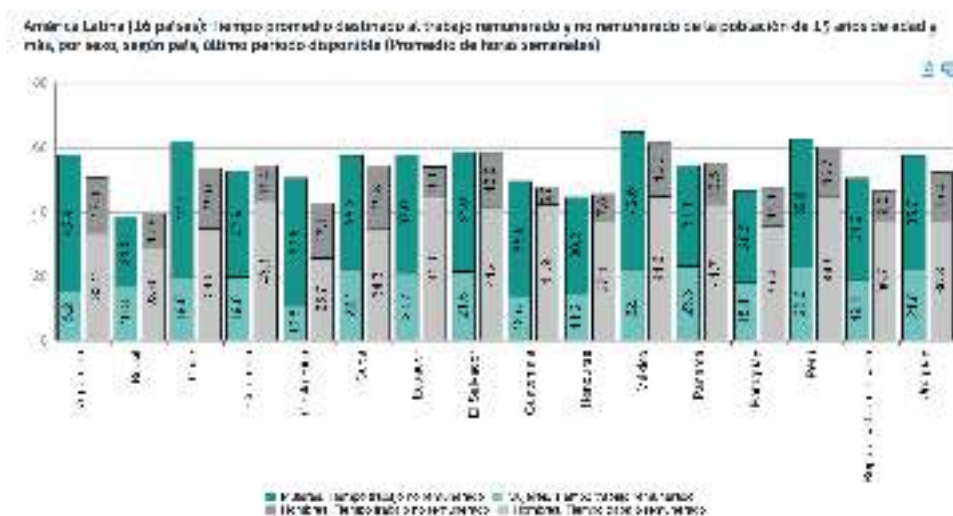
2. La doble jornada no remunerada

Otra consecuencia de la división sexual del trabajo es la llamada “doble jornada”, término que se utiliza para designar a la imposición de una carga extra de trabajo en el hogar a las mujeres (no remunerada y adicional a la del empleo remunerado que desempeñan), la cual limita sus posibilidades de desarrollo, además de originar

oportunidades laborales en peores condiciones en comparación con los hombres (SCJN, 2020, p. 39). Si bien los hombres también se dedican a las labores domésticas y de cuidado, existe una notable diferencia entre el tiempo que dedican a ello con respecto a las mujeres.

Gráfico 1.

remunerado
y no remunerado por sexo y según el país



Fuente: gráfico obtenido de la CEPAL. *Tiempo total de trabajo*. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/tiempo-total-trabajo> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

México es el país de América Latina en el que las mujeres destinan la mayor parte del tiempo al trabajo no remunerado, de acuerdo con datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). El hecho de que estas labores domésticas y de cuidados recaigan en mayor medida en las mujeres implica que con frecuencia enfrenten una doble o triple jornada no remunerada ni reconocida y este panorama se traduce en un ciclo en el que las mujeres, al ser consideradas las principales encargadas de estas tareas, no puedan tomar empleos formales.

Así, se ven orilladas a emplearse en trabajos que les permitan atender las labores de cuidado, que suelen encontrarse en el sector informal, sin prestaciones laborales y con frecuencia en condiciones precarias (Grupo de Información en Reproducción Elegida, 2018, p. 149).

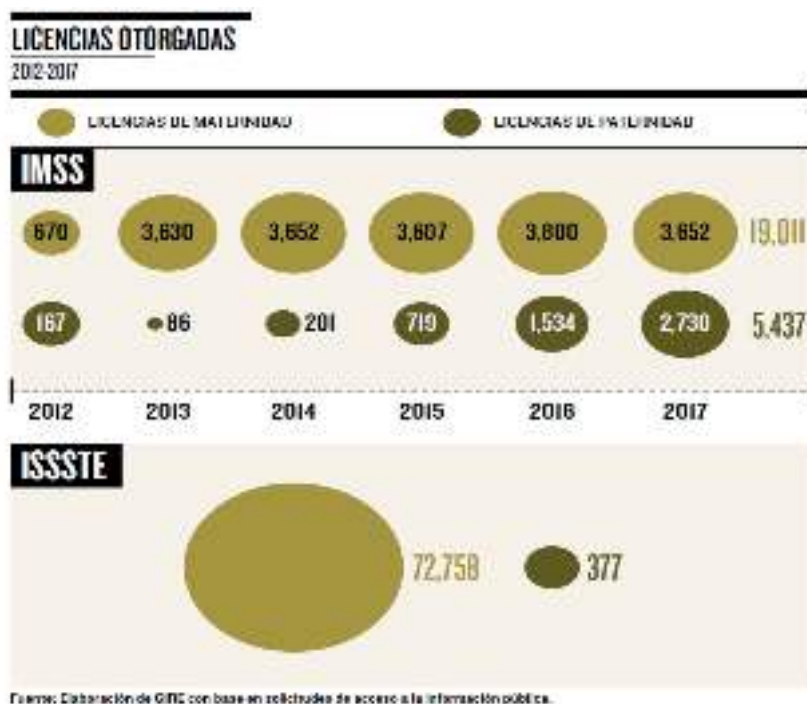
3. Licencias de maternidad y paternidad

La gran diferencia que existe entre la duración de la licencia de maternidad con respecto a la de paternidad refuerza el estereotipo de que las labores de cuidado infantil son responsabilidad principal o exclusiva de las mujeres. Mientras que la licencia de maternidad tiene una duración en promedio de **12 semanas**, la licencia de paternidad sólo tiene una duración máxima de **5 días** y conforme a la Ley Federal del Trabajo, éstos deberán ser cubiertos por el empleador, por lo tanto, esta legislación implica una doble discriminación: la significativa menor duración de la licencia de paternidad y la ausencia de subsidios públicos para la misma (*Ibidem*, p. 152). A esta insuficiencia se suman los obstáculos formales e informales que pueden existir dentro de los esquemas laborales para solicitarlas. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Empleo y Seguridad Social (ENESS) 2017, el 54% de las mujeres entre 15 y 49 años que requirieron atención por un embarazo o parto en ese año no obtuvieron licencia por maternidad (INEGI, 2017), lo cual constituye una violación a sus derechos humanos.

El siguiente gráfico elaborado por el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) a través de solicitudes de acceso a la información pública muestra el número de licencias de maternidad y paternidad otorgadas entre los años 2012 a 2017 por parte del IMSS y del ISSSTE. Aunque los datos proporcionados por el IMSS reflejan un aumento en el número de licencias de paternidad año con año, persiste una brecha entre éstas y las licencias de maternidad. Los datos proporcionados por el ISSSTE no fueron desagregados por año, sin embargo, también hay una clara diferencia entre la cantidad de licencias de paternidad y maternidad.

Gráfico 2.

Licencias otorgadas 2012-2017



Fuente: gráfico elaborado por el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), 2018, La pieza faltante, Justicia Reproductiva, p. 156.

Por último, es importante señalar que la legislación actual en materia de licencias parte de una visión heteronormada de la vida familiar y reproductiva de las personas, que da por sentada la conformación de familias compuestas por un hombre y una mujer, así como la presencia de hijas e hijos biológicos, por lo tanto, no hay claridad respecto a la manera en que las parejas del mismo sexo pueden acceder a los distintos tipos de prestaciones de seguridad social. Es necesario que el marco normativo y de política pública en México reconozca y proteja a la variedad de familias que existen en el país y garantice su acceso a prestaciones de seguridad social sin discriminación (*Ibidem*, p. 157).

En este sentido, en septiembre de 2021, la Suprema Corte de Justicia de la Nación anunció que otorgará a todos sus trabajadores licencias de paternidad con una duración de tres meses con goce íntegro de sueldo, con el fin de lograr una corresponsabilidad en el cuidado de los hijos y de sentar bases para una mayor igualdad de género en el hogar y en la sociedad. Así, la Corte se convirtió en una de las instituciones públicas con las mejores prácticas en materia de igualdad de género en el continente americano.⁵

4. Acceso a estancias infantiles

Las madres y los padres en México deben contar con las condiciones para poder garantizar el cuidado de sus hijas e hijos, por ello el Estado debe atender las situaciones que obstaculizan estos cuidados; pero su obligación no sólo se limita a garantizar que haya suficientes estancias infantiles que respondan a la demanda poblacional, sino también garantizar la seguridad, calidad y apropiado funcionamiento de los mismos, así como contar con personal capacitado, con el fin de garantizar que la prestación de servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil, se otorgue en un marco de ejercicio pleno de los derechos de niñas y niños, tal como lo establece la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil⁶ y su Reglamento.⁷

Si bien instituciones como el IMSS o ISSSTE cuentan con un alto número de estancias infantiles, muchas de ellas son subrogadas y no son administradas directamente por dichas instituciones, por ello es indispensable mantener una vigilancia adecuada en torno a las mismas para velar por la seguridad de las niñas y niños.

⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Comunicado No. 278/2021 (22 de septiembre de 2021): <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6586>

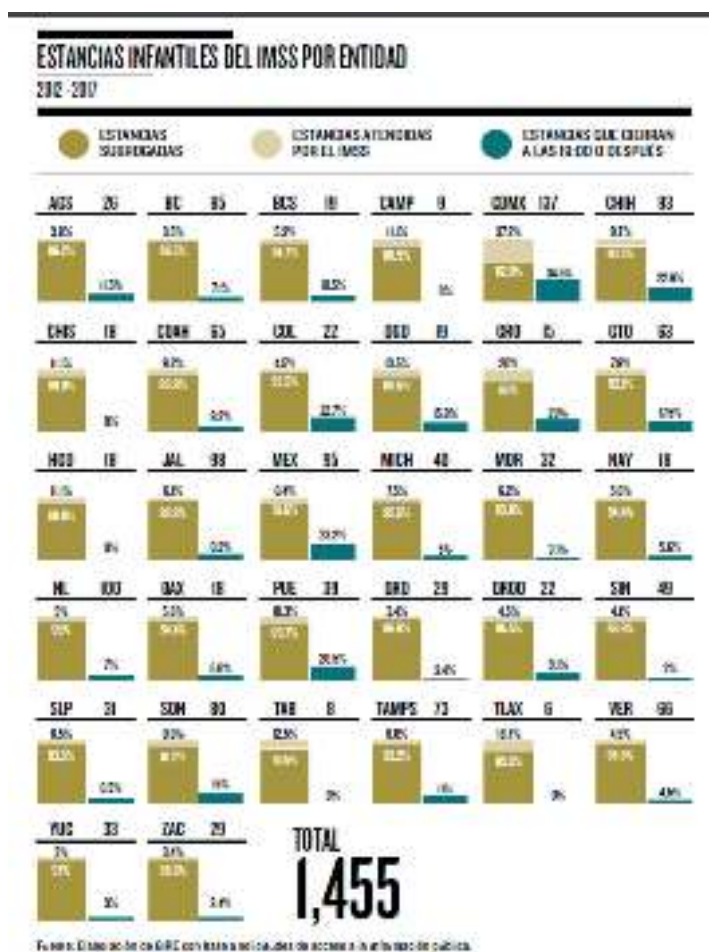
⁶ Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN), Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=yGtWgwwFWSggO1pMR1Sr/I9kq6cf2nnQLsQtv2mZusAzgWH6R-GASsHlVJWJqTXYG> (última fecha de consulta: febrero 2021)

⁷ Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN), Reglamento de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=PlOrqrSvLTzAsqvzQ7fUk3c125WkgW63EKoA4Ukw+07cbiujj21CuFfmRCWHTr2R> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

La siguiente gráfica elaborada por el Grupo de Información en Reproducción Elegida con base en solicitudes de acceso a la información pública muestra el contraste que hay entre estancias subrogadas y aquellas administradas por el IMSS:

Gráfico 3.

Estancias infantiles del IMSS por entidad (2012-2017)



Fuente: gráfico elaborado por el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), 2018, La pieza faltante, Justicia Reproductiva, p. 159.

A raíz de los hechos relacionados con la guardería ABC, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó en la sesión del 16 de junio de 2010 (SCJN, 2010) que éstos constituyeron violaciones graves a los derechos humanos y enunció acciones mínimas que deberían realizar las autoridades en los tres niveles de gobierno para evitar que se repitan hechos semejantes en el futuro. Sólo por mencionar algunas, aquellas que se dirigen de manera general a todas las autoridades del país son:

- Redimensionar la acción pública para que, en toda política legislativa, administrativa o judicial, donde se vean involucrados los derechos de los infantes, se atienda al interés superior del niño, el cual exige medidas de protección reforzada.
- Revisar la normatividad referente a la seguridad de los menores en los centros a los que eventualmente acceden, tales como hospitales, escuelas, centros de recreación y guarderías. Tal normatividad debe atender a las más altas exigencias que demanda la protección de la integridad física de los menores.

Finalmente cabe mencionar que, si bien la Ley del Seguro Social fue reformada en octubre de 2020 y modificó de manera acertada incluyendo el término “**personas trabajadoras**” en la parte que establecía que sólo podrían acceder a los servicios de estancias infantiles las mujeres trabajadoras y “el trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos”, redacción que además de resultar discriminatoria refuerza la errónea concepción de que la obligación de hacerse cargo de los hijos es exclusiva de la mujer; por su parte los reglamentos que regulan de manera específica el acceso a los servicios de guarderías tanto del IMSS como del ISSSTE hasta el momento mantienen esta última redacción.

En conclusión, es fundamental que el Estado mexicano implemente políticas públicas orientadas a que todas las madres y padres tengan acceso a alguna institución de cuidado infantil pública o privada y que sean accesibles en condiciones de igualdad: asequibles material y económicamente; que cuenten con programas

de estimulación y aprendizaje adecuados y de calidad, con condiciones de seguridad garantizadas y que se adapten a las necesidades de las y los trabajadores y sus hijos (GIRE, 2018, p. 163).

a. Marco Constitucional

En México la seguridad social fue establecida en la fracción XXIX del artículo 123 de la Constitución Política de 1917⁸ y posteriormente el 6 de septiembre de 1929, se publicó una reforma⁹ a dicha fracción del artículo en cual se preveía la expedición de la ley del seguro social. Años después, el 5 de diciembre de 1960, se publicó otra reforma¹⁰ que reordenó el artículo 123, creando sus dos apartados: A y B.

El Apartado A regula cuestiones relativas a todas/os los trabajadores, y consagra la seguridad social en su fracción XXIX, mientras que el apartado B está dirigido a las y los trabajadores del Estado, estableciendo las bases mínimas de la seguridad social en sus fracciones XI y XIV:¹¹

Artículo 123, apartado A, fr. XXIX: Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo: (...) XXIX.- Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

⁸ Cámara de Diputados. Texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857. Versión digitalizada disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf (última fecha de consulta: febrero de 2021).

⁹ Diario Oficial de la Federación. Ley por la cual se reforman los artículos 73 y 123 de la Constitución General de la República: http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=186782&pagina=1&seccion=1 (última fecha de consulta: febrero de 2021).

¹⁰ Diario Oficial de la Federación. Decreto que reforma y adiciona el artículo 123 de la Constitución General de la República: http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=201330&pagina=1&seccion=0 (última fecha de consulta: febrero de 2021).

¹¹ Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=b/EcoMjefu-FeB6DOaNOimF2GBqLLBhDXeRMPBmjLw1Rf7RXL7aTkEWdpXYM/L0Z> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Artículo 123, apartado B, fr. XI: Entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores: (...)

XI.- La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

a).- Cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte.

b).- En caso de accidente o enfermedad, se conservará el derecho al trabajo por el tiempo que determine la ley.

c).- Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.

d).- Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley.

e).- Se establecerán centros para vacaciones y para recuperación, así como tiendas económicas para beneficio de los trabajadores y sus familiares.

f).- Se proporcionarán a los trabajadores habitaciones baratas, en arrendamiento o venta, conforme a los programas previamente aprobados. Además, el Estado mediante las aportaciones que haga, establecerá un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos en favor de dichos trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, o bien para construir-las, repararlas, mejorarlas o pagar pasivos adquiridos por estos conceptos.

Las aportaciones que se hagan a dicho fondo serán enteradas al organismo encargado de la seguridad social regulándose en su Ley y en las que corresponda, la forma y el procedimiento conforme a los cuales se administrará el citado fondo y se otorgarán y adjudicarán los créditos respectivos;

Artículo 123, apartado B, fr. XIV: La ley determinará los cargos que serán considerados de confianza. Las personas que los desempeñen disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social.

Artículo 123, apartado B, fr. XIII: 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.

(...) Las autoridades federales, de las entidades federativas y municipales, a fin de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social del personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.

El Estado proporcionará a los miembros en el activo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, las prestaciones a que se refiere el inciso f) de la fracción XI de este apartado, en términos similares y a través del organismo encargado de la seguridad social de los componentes de dichas instituciones;

Si bien la redacción de ambos apartados es muy distinta en cuanto a que el apartado B es más específico que el A, como veremos a continuación, los dos se complementan con lo establecido en la Ley Federal del Trabajo y el apartado A con la Ley del Seguro Social y sus respectivos reglamentos, mientras que el apartado B se complementa con la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y sus reglamentos.

b. Ley Federal del Trabajo

Como se ha mencionado anteriormente, las normas relativas a licencias de maternidad, paternidad y acceso a estancias infantiles en México parten del estereotipo de que las mujeres son las principales responsables del trabajo del hogar y de las labores de cuidado. La Ley Federal del Trabajo (LFT)¹² establece las bases de dichas prestaciones.

¹² Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN), Ley Federal del Trabajo: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=VzNC+MslnhhIDEEjByD59czg3O8FGyf+lUTU1ZEon4uSqZCnaDycbtTQLv6rmCLY> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Respecto al tema de la licencia de maternidad, la fracción II del artículo 170 establece lo siguiente:

Artículo 170: Las madres trabajadoras tendrán los siguientes derechos: (...) II. Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto. A solicitud expresa de la trabajadora, previa autorización escrita del médico de la institución de seguridad social que le corresponda o, en su caso, del servicio de salud que otorgue el patrón, tomando en cuenta la opinión del patrón y la naturaleza del trabajo que desempeñe, se podrá transferir hasta cuatro de las seis semanas de descanso previas al parto para después del mismo. En caso de que los hijos hayan nacido con cualquier tipo de discapacidad o requieran atención médica hospitalaria, el descanso podrá ser de hasta ocho semanas posteriores al parto, previa presentación del certificado médico correspondiente.

Asimismo, las fracciones II Bis, III y V establecen:

II Bis. En caso de adopción de un infante disfrutarán de un descanso de seis semanas con goce de sueldo, posteriores al día en que lo reciban;

III. Los períodos de descanso a que se refiere la fracción anterior se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa del embarazo o del parto;

V. Durante los períodos de descanso a que se refiere la fracción II, percibirán su salario íntegro. En los casos de prórroga mencionados en la fracción III, tendrán derecho al cincuenta por ciento de su salario por un período no mayor de sesenta días.

Y respecto al periodo de lactancia, la fr. IV del mismo artículo 170 establece que:

IV. En el período de lactancia hasta por el término máximo de seis meses, tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en lugar adecuado e higiénico que designe la empresa, o bien, cuando esto no sea posible, previo acuerdo con el patrón se reducirá en una hora su jornada de trabajo durante el período señalado;

La situación de la licencia de paternidad es muy distinta en cambio. Mientras que la duración promedio de la licencia de maternidad es de 12 semanas, la fracción XXVII Bis del artículo 132 señala que los hombres trabajadores sólo tienen derecho a 5 días laborales, ya sea en caso del nacimiento o adopción de un hijo/a:

Artículo 132. Son obligaciones de los patrones: (...) XXVII Bis. Otorgar permiso de paternidad de cinco días laborables 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.

Finalmente, en cuanto al tema de las estancias infantiles, la LFT señala en su artículo 171 que:

Artículo 171. Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias.

5. Ley del Seguro Social

Respecto a la licencia de maternidad, los artículos 101 a 103 de la Ley del Seguro Social¹³ establecen lo siguiente:

Artículo 101. La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo.

En los casos en que la fecha fijada por los médicos del Instituto no concuerde exactamente con la del parto, deberán cubrirse a la asegurada los subsidios correspondientes por cuarenta y dos días posteriores al mismo, sin importar que el período anterior al parto se haya excedido. Los días en que se haya prolongado el período anterior al parto, se pagarán como continuación de incapacidades origi-

¹³ Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN), Ley del Seguro Social: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=0JmX86OPHpb2N3AAc4v1rrL0AFISMLv5VevkjUaWF8BeAH2Fphi79KeZCerENbXM> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

nadas por enfermedad. El subsidio se pagará por periodos vencidos que no excederán de una semana.

Artículo 102. Para que la asegurada tenga derecho al subsidio que se señala en el artículo anterior, se requiere:

- I. Que haya cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el periodo de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio;
- II. Que se haya certificado por el Instituto el embarazo y la fecha probable del parto, y
- III. Que no ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los periodos anteriores y posteriores al parto.

Si la asegurada estuviera percibiendo otro subsidio, se cancelará el que sea por menor cantidad.

Artículo 103. El goce por parte de la asegurada del subsidio establecido en el artículo 101, exime al patrón de la obligación del pago del salario íntegro a que se refiere la fracción V del artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, hasta los límites establecidos por esta Ley.

Cuando la asegurada no cumpla con lo establecido en la fracción I del artículo anterior, quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro.

Por lo tanto, para que el IMSS cubra este subsidio, la mujer debe haber cotizado por al menos 30 semanas anteriores a la licencia, de lo contrario quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro. Esta distinción entre quienes han cotizado 30 semanas y quienes no lo han hecho podría ser uno de los motivos para que las y los patrones recurran a la práctica discriminatoria de solicitar certificados de in-gravidez al momento de la contratación (GIRE, 2018, p. 151).

Respecto a la licencia de paternidad, aplica de manera supletoria lo establecido en el artículo 132 fr. XXVII Bis de la Ley Federal del Trabajo, por lo que los cinco días deben ser cubiertos por el patrón:

Artículo 132. Son obligaciones de los patrones: (...) XXVII Bis. Otorgar permiso de paternidad de cinco días laborables 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.

Finalmente, respecto al tema de las estancias infantiles, es importante mencionar que el 21 de octubre de 2020 se reformó el artículo 201 de la Ley del Seguro Social¹⁴ que anteriormente establecía que tendrían acceso al servicio de estancias infantiles las mujeres trabajadoras y de forma excepcional, los padres trabajadores viudos, divorciados que ejercían la custodia exclusiva de sus hijos y no hubieran contraído matrimonio nuevamente, o que por resolución judicial tuvieran la custodia de un menor al que no puedan proporcionar atención y cuidados; regulación que no sólo resultaba discriminatoria, sino que reproducía una vez más la idea de que las responsabilidades de cuidado, en particular de niñas y niños, corresponden sólo a las mujeres:

(Redacción anterior, vigente desde 2001): Artículo 201. El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

(Texto vigente. Primer párrafo reformado el 21 de octubre de 2020): Artículo 201. El ramo de guarderías cubre los cuidados, durante la jornada de trabajo, de las hijas e hijos en la primera infancia, de las personas trabajadoras, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

¹⁴ Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN), Ley del Seguro Social: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=0JmX86OPHpb2N3AAc4v1rrL0AFISMLv5VevkjUaWF8BeAH2Fphi79KeZCerENbXM> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

Esta reforma de octubre de 2020 es un importante avance para el reconocimiento de la diversidad sexual y variedad de familias que existen en el país. Sin embargo, como vimos en el apartado anterior, en cuanto al tema de las licencias, la normatividad continúa reproduciendo la idea de que una familia está constituida por una pareja heterosexual, y que la responsabilidad para con los hijos es principalmente de la mujer.

De manera específica, el Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guarderías del IMSS¹⁵ regula lo relativo a su acceso y funcionamiento. Cabe señalar que su redacción no ha sido modificada hasta el momento y continúa haciendo distinción entre madres y padres viudos o divorciados:

Artículo 2. Para la aplicación de este Reglamento se entenderá por: (...) IV. Trabajador. Se entenderá por el o los trabajadores, a la mujer trabajadora, al trabajador viudo o divorciado, a quien judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, así como a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre que estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

6. Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado

Respecto a la licencia de maternidad, la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE)¹⁶ otorga un mes de descanso antes de la fecha fijada para

¹⁵ Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN), Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guarderías: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=pwUhdNvCSySjs8D73SRJEB0F35FACABmo0V9JM2KICeTlNtm59mHifLIFCn4IS9B> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

¹⁶ Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN), Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del apartado B) del artículo 123 Constitucional: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Busca->

el parto, y dos meses después de éste. Sin embargo, no prevé la posibilidad de transferir semanas previas al parto al periodo posnatal (artículo 28). Es indispensable que las trabajadoras del Estado cuenten con una mayor flexibilidad en el uso de las semanas para emplearlas en el mayor beneficio de su cuidado tras el parto y el de su hija o hijo recién nacido. La decisión debería poder tomarse de acuerdo a las necesidades de cada mujer o familia (*Idem*).

Artículo 28.- Las mujeres disfrutarán de un mes de descanso antes de la fecha que aproximadamente se fije para el parto, y de otros dos después del mismo. (...)

Respecto al periodo de lactancia, el mismo artículo 28 establece lo siguiente:

Artículo 28.- (...) Durante la lactancia tendrán derecho a decidir entre contar con dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, o bien, un descanso extraordinario por día, de una hora para amamantar a sus hijos o para realizar la extracción manual de leche, en lugar adecuado e higiénico que designe la institución o dependencia y tendrán acceso a la capacitación y fomento para la lactancia materna y amamantamiento, incentivando a que la leche materna sea alimento exclusivo durante seis meses y complementario hasta avanzado el segundo año de edad.

En cuanto a la licencia de paternidad, la LFTSE no contempla este supuesto, por lo que también aplica de manera supletoria lo establecido en el artículo 132 fr. XXVII Bis de la Ley Federal del Trabajo:

Artículo 132. Son obligaciones de los patrones: (...) XXVII Bis. Otorgar permiso de paternidad de cinco días laborables 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.

Finalmente, respecto al tema del acceso a estancias infantiles, el inciso e) de la fracción VI del artículo 143 establece lo siguiente:

Artículo 43.- Son obligaciones de los titulares a que se refiere el Artículo 1o. de esta Ley: (...) VI.- Cubrir las aportaciones que fijen las leyes especiales, para que los trabajadores reciban los beneficios de la seguridad y servicios sociales comprendidos en los conceptos siguientes:

e) Establecimiento de centros para vacaciones y para recuperación, de guarderías infantiles y de tiendas económicas.

El Reglamento de los Servicios de Atención para el Bienestar y Desarrollo Infantil del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado¹⁷ regula de manera específica lo relativo a su acceso y funcionamiento. Al igual que el Reglamento del IMSS, su redacción no ha sido modificada y la fracción XIX del artículo 2o, menciona que sólo serán beneficiarios:

Artículo 2.- Para los efectos de (sic) presente Reglamento se entenderá por: (...) XIX. Personas Beneficiarias.- Las madres trabajadoras y, por excepción, los padres trabajadores que se hayan divorciado, queden viudos o que por cualquier otra circunstancia tengan a su exclusivo cargo la custodia legal del Niño o la Niña, siempre que lo acrediten en términos de las disposiciones jurídicas aplicables;

Es indispensable que estos criterios discriminatorios y estereotípicos sean reformados de manera que reconozcan la diversidad familiar y la igualdad de responsabilidades para con la familia y el hogar tanto de mujeres como de hombres.

III. Estándares de la Organización Internacional del Trabajo

La conciliación entre la vida laboral y la vida personal, reproductiva o familiar es un concepto que busca una relación armoniosa entre el ámbito laboral y el ámbito personal o familiar, así como la búsqueda de una plena igualdad entre hombres

¹⁷ Sistema de Consulta de Ordenamientos (SCJN), Reglamento de los Servicios de Atención para el Bienestar y Desarrollo Infantil del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=qGm5IEfjwoSkObBGEzxyULZIFbITNczqP2kj+IINeUuxXjXZweaC07cpKjk9DQjU> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

y mujeres (GIRE, 2017, p. 18) que elimine las ideas preconcebidas sobre ambos ámbitos basadas en roles y estereotipos de género que afectan principalmente a las mujeres. En ese sentido, la OIT considera que al conceder un nivel adecuado de protección de la maternidad, así como una licencia de paternidad y parental remuneradas, se reconoce la responsabilidad compartida de las madres y los padres del sustento y de atender a la familia, propiciando un reparto más equitativo de las tareas de cuidado (OIT, 2019, p. 30); por ello ha adoptado una serie de Convenios y Recomendaciones con el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre las y los trabajadores.

1. Marco normativo general de la OIT sobre licencias y cuidados

El Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156) establece la obligación de los Estados parte de permitir que las personas trabajadoras con responsabilidades familiares (es decir, que tengan hijos u otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado) ejerzan su derecho a desempeñar un empleo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Respecto al derecho laboral fundamental de la protección de la maternidad, la OIT ha adoptado tres Convenios en distintos años: en 1919, 1952 y, el más reciente del año 2000, el Convenio sobre protección de la maternidad (núm. 183) (OIT, 2000, p. 1). Dicho Convenio, junto con su Recomendación núm. 191 establecen normas de mayor alcance sobre la protección de la salud, la licencia de maternidad y la licencia en caso de enfermedad o de complicaciones, las prestaciones monetarias, la protección del empleo y la no discriminación, así como sobre la lactancia (OIT, 2019, p. 31).

Sobre la licencia de paternidad, la OIT no tiene normas como tales, pero la Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, adoptada en 2009 por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) señala que: *Las medi-*

das destinadas a conciliar el trabajo y la familia no se dirigen únicamente a las mujeres, sino también a los hombres (OIT, 2009, p. 11). Por lo tanto, insta a los gobiernos a formular políticas adecuadas que permitan equilibrar mejor las responsabilidades laborales y familiares, incluir la licencia de paternidad y/o parental, y prever incentivos para que los hombres las aprovechen (OIT, 2000, p. 8).

Finalmente, respecto a la licencia parental, que consiste en un periodo a mayor plazo una vez agotada la licencia de maternidad o paternidad, al que puede optar uno de los dos progenitores para cuidar de una recién nacido/a o de un/a hijo/a pequeño/a; la Recomendación núm. 191 del Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) y la Recomendación núm. 165 del Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156) contienen disposiciones al respecto, dejando a criterio de los países la determinación de la duración, la remuneración y demás aspectos pertinentes (*Idem*).

Es importante señalar que México no ha ratificado hasta el momento ninguno de los convenios anteriormente mencionados, pero sí ha ratificado 81 convenios de la OIT, de los cuales 67 están en vigor.¹⁸ Destaca, por ejemplo la ratificación del 12 octubre 1961¹⁹ del Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), en donde aceptó solamente las partes II, III, V, VI y VIII-X, relativas a: la asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, prestaciones de **maternidad** (recordemos que este Convenio sólo prevé las normas mínimas con las que deberían cumplir los países, por ejemplo, la hospitalización y asistencia médica prenatal, durante el parto y puerperal), prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes.

¹⁸ Organización Internacional del Trabajo. Ratificaciones de México: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102764 (última fecha de consulta: febrero de 2021).

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo. Ratifications of C102 - Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102): https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312247 (última fecha de consulta: febrero de 2021).

2. Protección de la maternidad

La protección de la maternidad implica velar por el bienestar de la madre y el recién nacido, por ello debe incluir lo siguiente (OIT, 2015, p. 1):

- Licencia de maternidad en el periodo anterior y posterior al parto
- Protección de la salud en el lugar de trabajo para las embarazadas y las madres lactantes
- Prestaciones pecuniarias y prestaciones médicas
- Protección del empleo y contra la discriminación
- Apoyo a la lactancia tras la reincorporación al trabajo

En cuanto a la licencia de maternidad, el Convenio No. 183 sobre la protección de la maternidad 2000 que entró en vigor el 7 de febrero de 2002, prevé una licencia de **al menos 14 semanas**,²⁰ gozando de las prestaciones pecuniarias que establezca la legislación nacional de cada Estado que haya ratificado el convenio.

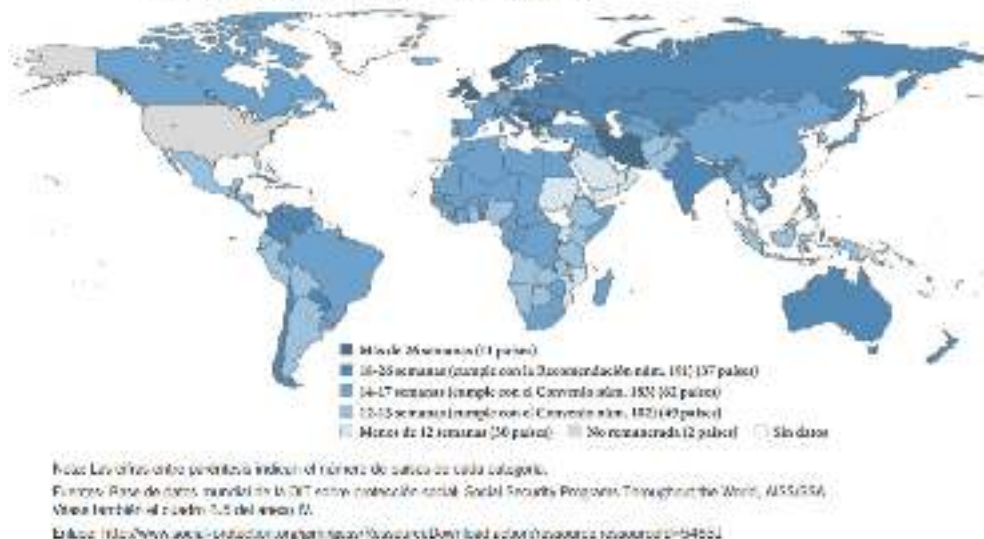
Entre otros derechos que reconoce este Convenio, destacan la prohibición de despedir o discriminar a la mujer por cualquier motivo relacionado con su embarazo, el nacimiento de su hijo o la lactancia; así como el derecho a las interrupciones o reducciones diarias de su tiempo de trabajo necesarias para la lactancia (OIT, 2000, arts. 8-10).

De acuerdo con el Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019, 99 países contemplan actualmente una licencia de maternidad de al menos 14 semanas (OIT, 2019, pp. 35 y 36). México se mantiene entre los países que contemplan una licencia con duración de sólo 12 semanas.²¹

²⁰ Cabe señalar que la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 191) señala que la licencia del Convenio 183 debería ampliarse a **dieciocho semanas, por lo menos**: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R191:NO (última fecha de consulta: febrero de 2021).

²¹ *Ibidem*, Gráfico 3.7, p. 36.

Gráfico 3.7 Duración de la licencia de paternidad remunerada prevista en la legislación nacional, 2015 o año más reciente con datos disponibles (semanas)



3. Licencia de paternidad

La licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo que se concede a quien ejerce la paternidad inmediatamente después del nacimiento, para atender al recién nacido/a y a la madre. Los padres que hacen uso de la licencia, en especial los que toman dos semanas o más inmediatamente después del parto, tienen más probabilidades de interactuar con sus hijos/as, lo cual genera efectos positivos sobre la igualdad de género en el hogar y en el trabajo, contribuyendo a generar cambios en las relaciones y en la percepción de los roles de los progenitores, así como en los estereotipos predominantes (OIT, 2000, p. 7) .

La OIT considera que la mayor participación de los padres en el cuidado infantil no sólo tiene efectos positivos en la salud de los niños y la interacción con los hijos, sino que además contribuye a la igualdad de género en el hogar y en el trabajo (OIT, 2019, p. 42). Por ello es necesario que los países reformen sus políticas en materia de licencias para establecer o ampliar la duración de las licencias de paternidad, pues su duración es muy distinta con respecto a la licencia de maternidad.

Mientras que la licencia de maternidad tiene una duración promedio de **12 a 14 semanas**, la de paternidad va aproximadamente desde los **6 a 15 días** (OIT, 2015, pp. 2 y 3) y, como vimos en el apartado anterior, en el caso de México la duración es aún menor, limitándose a sólo 5 días.

Como se muestra en el siguiente mapa (*Ibidem*, p. 3), hasta el año 2015, 94 países contemplaban de manera obligatoria la licencia de paternidad, pero en los últimos años se han sumado países como México, Bolivia, República Democrática Popular Lao, Nicaragua, Paraguay y Portugal (OIT, 2019, p. 42).



4. Recomendaciones generales

Ante el panorama internacional de la protección de la maternidad y las licencias de paternidad y parentales, la OIT recomienda a los países (OIT, 2015, pp. 4-7):

- Ofrecer licencias de maternidad, paternidad y parentales apropiadas y remuneradas.
- Velar por la protección del empleo y la no discriminación por maternidad y/o paternidad.

- Proporcionar protección de la salud en el lugar de trabajo.
- Garantizar prestaciones relativas a la lactancia (contar con salas destinadas a la lactancia y permitir las interrupciones necesarias durante el horario laboral para ello).
- Formular programas de reincorporación al trabajo para madres y padres trabajadores.
- Apoyar las fórmulas del trabajo flexible y apoyo a las actividades relacionadas con el cuidado de los hijos.
- Ofrecer programas de orientación en materia de maternidad y paternidad.

La falta del compromiso del Estado mexicano de ratificar el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) y el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), que son unos de los instrumentos internacionales de mayor alcance respecto a la protección de la maternidad y en general de las personas con responsabilidades de cuidados, refleja un panorama complicado para la posibilidad de que se amplíe la duración de las licencias de maternidad y paternidad. Sin embargo insistimos en la necesidad de que se implementen en los centros de trabajo medidas y políticas integrales que procuren la conciliación de la vida laboral y personal o familiar, con el fin de combatir la desigualdad que existe entre mujeres y hombres en ambos ámbitos y las consecuencias que ello implica, como son la división sexual del trabajo, la brecha salarial y la doble jornada no remunerada.

IV. Juzgar con perspectiva de género (marco internacional y nacional: jurisprudencia y precedentes)

La perspectiva de género es un método de estudio que aplica a todas las áreas del conocimiento, pues busca modificar nuestra percepción del mundo a partir de la incorporación del género como una categoría de análisis que muestra cómo la diferencia sexual y los significados que se le atribuyen desde lo cultural, impactan en la vida de las personas y las relaciones que entablan en su entorno y con el resto de la sociedad (SCJN, 2020, p. 91).

En el ámbito específico del Derecho, la obligación de juzgar con perspectiva de género se fundamenta principalmente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer²² (CEDAW, por sus siglas en inglés) de 1979, que si bien no menciona el concepto como tal, la Recomendación 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia del Comité de la CEDAW hace referencia por primera vez a este método de análisis (*Ibidem*, p. 96), pues establece que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos por la Convención, pero también reconoce que las condiciones de discriminación contra la mujer dificultan dicho acceso.²³

Por lo anterior, señala que existen seis componentes esenciales para asegurar el acceso a la justicia de las mujeres: justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, rendición de cuenta de los sistemas de justicia y suministro de recursos a las víctimas; y emite una serie de recomendaciones generales para los Estados parte sobre cada uno de estos elementos (CEDAW, 2015, párr. 14 y 15-20), sólo por señalar algunas:

- Respecto de la justiciabilidad, que aseguren que los profesionales de los sistemas de justicia tramiten los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género.
- Respecto de la disponibilidad de sistemas de justicia, que garanticen el derecho de la mujer de acceder a la justicia sin discriminación en todo el territorio del Estado parte, incluidas las zonas remotas, rurales y aisladas (...) y utilizar de manera creativa modernas soluciones de información y tecnología cuando resulte posible.

²² Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979): <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

²³ Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recomendación No. 33 del Comité de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 61º período de sesiones (2015), párrafos 1o y 8o: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhslidCrOIUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDy18wzCAUXNqyQ6jsIdNYETAcMXu9rX%2bn21GebxqVUTb6QGtH7rkjGiE5ah7vcKTJQJ> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

- En cuanto a la accesibilidad de los sistemas de justicia, que eliminen los obstáculos lingüísticos proporcionando servicios independientes de interpretación y traducción profesional cuando sea necesario, y proporcionen asistencia individualizada para mujeres analfabetas a fin de garantizar la plena comprensión de los procesos judiciales y cuasi judiciales.
- En cuanto a la buena calidad de los sistemas de justicia, que aseguren que los sistemas de justicia (...) se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad, así como a la jurisprudencia internacional.
- Respecto del suministro de recursos, que tomen plenamente en cuenta las actividades domésticas y de cuidados no remuneradas de las mujeres al evaluar los daños y determinar la indemnización apropiada por el daño, en todos los procedimientos civiles, penales, administrativos o de otro tipo.
- En cuanto a la rendición de cuenta de los sistemas de justicia, que desarrollen mecanismos eficaces e independientes para observar y supervisar el acceso de la mujer a la justicia a fin de garantizar que los sistemas judiciales se ajustan a los principios de justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad y eficacia de los recursos, incluidos la revisión o auditoría periódicas de la autonomía, la eficiencia y la transparencia de los órganos judiciales, cuasi judiciales y administrativos que toman decisiones que afectan a los derechos de la mujer.

De igual manera, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) de 1994 establece en su artículo 7o²⁴ las siguientes obligaciones de los Estados parte relacionadas con el derecho de las mujeres al acceso a la justicia:

²⁴ Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), 1994, artículo 7o: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

- Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.
- Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.
- Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.
- Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

A continuación, se presentan algunas resoluciones a manera de ejemplo en las cuales tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación han analizado casos relacionados con el tema de estudio de este capítulo, en las que se muestra un análisis sobre la presencia de roles y estereotipos de género para determinar la existencia de violaciones a derechos humanos.

1. Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos

a. Informe No. 7/10, Petición 12.378 Admisibilidad, Fátima Regina Nascimento De Oliveira y Maura Tatiane Ferreira Álvés (Brasil)

La funcionaria pública Fátima Regina Nascimento de Oliveira adoptó a su hija Maura Tatiane Ferreira Alves, nacida el 23 de julio de 1989, ese mismo día, conforme a la decisión del Juez de Menores de la Comarca de Porto Alegre, estado

de Rio Grande do Sul. Posteriormente solicitó administrativamente su “licencia para la embarazada” al Hospital Militar de Santa Maria, de conformidad con el artículo 7, XVIII de la Constitución brasileña vigente en ese momento, que establecía lo siguiente: “*son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que se destinen a la mejora de su condición social: licencia a la embarazada, sin perjuicio al empleo y al salario, por un período de ciento y veinte días*”. Sin embargo, su solicitud fue rechazada y fue amenazada de despido por justa causa en caso de no volver al trabajo dentro de treinta días. En virtud de lo anterior, la Sra. Oliveira interpuso una acción cautelar ante la Justicia Laboral y la resolución fue favorable en primera y segunda instancia el 15 de junio de 1990 y el 19 de noviembre de 1991, respectivamente; pero finalmente el Supremo Tribunal Federal de Brasil (última instancia de dicho país) rechazó su derecho a la licencia de maternidad, en virtud de que “*no se extiende a la madre adoptiva el derecho a licencia, establecido por el artículo 7, XVIII, de la Constitución Federal, en beneficio de la empleada embarazada, siendo competencia del legislador ordinario el tratamiento de la materia*”. Esta decisión fue publicada el 24 de septiembre de 2000 con carácter de cosa juzgada (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

La Comisión Interamericana decidió declarar la petición admisible y, aunque en el informe no se pronuncia respecto al fondo, menciona lo siguiente:

La Comisión Interamericana considera que, de ser ciertos, los hechos referentes a la presuntamente injustificada distinción efectuada entre familia adoptiva y familia natural para la concesión de la licencia de embarazo, así como entre hijos adoptivos e hijos nacidos de una gestación, podrían caracterizar violaciones de los derechos consagrados en los artículos 17 y 19 de la Convención Americana en perjuicio de las presuntas víctimas (*Idem*).

Cabe señalar que hasta el momento no hay informe publicado respecto al fondo del asunto, ni de solución amistosa o sentencia de la Corte Interamericana, y por su parte, la redacción del artículo 7, fr. XVIII de la Constitución Brasileña continúa siendo casi la misma.²⁵

²⁵ Art. 7o: *Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros dirigidos a mejorar sus condiciones sociales: (...) XVIII — la licencia por maternidad, sin perjuicio del empleo ni del salario, por un período*

Independientemente del caso particular de Fátima, como se mencionó anteriormente, la OIT ha reiterado que la licencia de maternidad es parte esencial del derecho laboral fundamental a la protección de la maternidad, cuyo objetivo es velar por el bienestar tanto de la madre²⁶ como del recién nacido/a, por lo tanto negar dicha licencia a una mujer por el hecho de no ser la madre biológica constituye una violación a los artículos 4o, 5o, 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que no sólo se pone en riesgo la vida y la salud física y mental del recién nacido al obligar a su madre a acudir al trabajo durante las primeras semanas de su vida, ello también puede afectarla tanto física como psicológicamente, perjudicando en consecuencia su desempeño laboral.

De igual manera, como veremos en el siguiente apartado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado con respecto a la igualdad que debe ser garantizada en el acceso a prestaciones de la seguridad social y ha establecido que una distinción injustificada entre mujeres y hombres en cuanto a los criterios para admitir o negar una solicitud de acceso a estancias infantiles no sólo viola el derecho a la igualdad, además constituye una violación al derecho a la no discriminación, a la seguridad social y vulnera también los derechos de las niñas y niños, así como el principio del interés superior del menor (Sentencia de Amparo en Revisión 59/2016). Este mismo criterio debería ser aplicable a la distinción injustificada entre madre adoptiva y madre biológica en el momento de negar una solicitud de licencia de maternidad; recordemos que, al menos en la legislación mexicana se contempla la licencia de maternidad y paternidad tanto en el caso del nacimiento como en la adopción de una hija o hijo (Ley Federal del Trabajo, art. 170, fr. II y II Bis, y 132 fr. XXVII Bis).

2. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado en un número significativo de sentencias diversas situaciones de discriminación y

de ciento veinte días. Constitución de la República Federativa de Brasil: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf (última fecha de consulta: febrero de 2021).

²⁶ Dada la necesidad de proteger a los diversos tipos de familias, en términos de licencia de maternidad se debe reconocer este derecho tanto a las personas gestantes como a quienes ejerzan la maternidad.

violencia contra las mujeres que evidencian la visión estereotípica de las mismas con base en roles de género. Sólo por mencionar algunos ejemplos:

- En el caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México* del 28 de noviembre de 2018 (Corte IDH, 2018, p. 7), la Corte determinó que: *las formas altamente groseras y sexistas en que los policías se dirigieron a las víctimas, con palabras obscenas, haciendo alusiones a su imaginada vida sexual y al supuesto incumplimiento de sus roles en el hogar, así como a su supuesta necesidad de domesticación, es evidencia de estereotipos profundamente machistas, que buscaban reducir a las mujeres a una función sexual o doméstica.*
- En la sentencia del caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* del 9 de marzo de 2018 (Corte IDH, 2018, párr. 269-299), la Corte determinó que las decisiones de las autoridades judiciales evidenciaban el uso de estereotipos en cuanto a los roles de género asignados a la madre y padre, pues argumentaban que la mujer “no asumía su rol maternal porque abandonaba a sus hijos cuando se iba a trabajar”, *reflejando una idea preconcebida del reparto de roles entre padres, por los cuales solo la madre era responsable del cuidado de sus hijos.* (...) Por tanto, en este caso los estereotipos sobre la distribución de roles parentales no solo se basaron en una idea preconcebida sobre el rol de la madre, sino también en un estereotipo machista sobre el rol del padre que asignó nulo valor al afecto y cuidado que el señor Tobar Fajardo podía ofrecer (...como padre). De esta manera, se privó al señor Tobar Fajardo de sus derechos parentales, en cierta medida *presumiendo e insinuando que un padre no tiene las mismas obligaciones o derechos que una madre, ni el mismo interés, amor y capacidad para brindar cuidado y protección a sus hijos.*

Ambos casos son sólo algunos ejemplos de las consecuencias de la insistencia en asignar roles específicos para mujeres y hombres con base en lo que “se supone” que tendrían que hacer acorde a su sexo. Como hemos reiterado, los roles y estereotipos de género afectan principalmente a las mujeres, pero los hombres también resultan perjudicados cuando se da por hecho que su deber es dedicarse a trabajar y no al hogar o a los cuidados de la familia.

3. Suprema Corte de Justicia de la Nación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado que son necesarios seis elementos para juzgar con perspectiva de género en la jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.) y si bien su contenido y alcance continúan detallándose y desarrollándose mediante la práctica jurisdiccional cotidiana y el desarrollo de estándares internacionales en materia de derechos humanos, estos elementos prevalecen hasta la fecha:

- identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia;
- cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;
- en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones;
- de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género;
- para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y,
- considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género (SCJN, 2020, p. 132).

De igual manera, la SCJN se ha pronunciado en diversas sentencias respecto a la necesidad de que los juzgadores apliquen la perspectiva de género en sus resoluciones con el fin de garantizar el acceso efectivo e igualitario a la justicia y ha reiterado que los estereotipos de género preconcebidos en las leyes afectan la dignidad, autonomía y derechos de las personas, generando efectos negativos en los diversos aspectos de la vida, por ello deben considerarse las situaciones de discriminación, desigualdad, violencia y/o vulnerabilidad que viven las personas que se enfrentan a un proceso judicial.²⁷

Las sentencias de Amparo en Revisión 1754/2015, 4883/2017 y 59/2016 son tan sólo algunos ejemplos de casos en los que la SCJN ha resaltado las brechas de desigualdad y discriminación laboral que viven mujeres y hombres como resultado de la división sexual del trabajo y los estereotipos de género que persisten en la legislación mexicana. Si bien las mujeres son quienes resultan más afectadas por la brecha salarial de género y la doble jornada no remunerada, los padres trabajadores también se enfrentan con diversas dificultades y obstáculos al solicitar su licencia de paternidad o el acceso a estancias infantiles, lo cual es consecuencia nuevamente de la asignación del rol de ama de casa a las mujeres por el simple hecho de serlo.

a. Doble jornada laboral y división sexual del trabajo (Amparos en Revisión 1754/2015 y 4883/2017)

El Amparo Directo en Revisión 1754/2015 versa sobre un caso en el que la Jueza familiar que disolvió el vínculo matrimonial entre la quejosa y su pareja en abril de 2014, determinó que era innecesario establecer una pensión alimenticia para ella, toda vez que contaba con ingresos fijos para subsistir. Lo anterior, sin considerar que la mujer se dedicó al cuidado de sus hijos y a las labores del hogar, además del empleo que tenía en el que se le concedió una pensión por jubilación. Inconforme con la resolución, la quejosa recurrió el fallo, pero la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Campeche confirmó la sentencia en junio del

²⁷ Véanse Amparos en Revisión 1754/2015, 4883/2017 y 59/2016.

mismo año y posteriormente, le fue negado un amparo, por lo que interpuso recurso de revisión ante un Tribunal Colegiado.

Finalmente, la Primera Sala de la SCJN determinó conocer del asunto ya que persistía una cuestión de constitucionalidad, pues el Tribunal Colegiado no consideró la doble jornada laboral de la mujer de dedicarse al hogar y tener un empleo remunerado al mismo tiempo, así como los estereotipos y roles de género en la familia, la división sexual del trabajo, la brecha salarial de género y el respeto a los derechos de los adultos mayores.

Al respecto, los Ministros de la Primera Sala consideraron que los estereotipos vulneran la dignidad y autonomía de las personas y reconocen que existe una disparidad de género histórica, pues a la mujer se le asigna el rol de ama de casa por el simple hecho de ser mujer, cuestión que genera efectos negativos que impactan en su vida personal, económica, laboral y/o social. La brecha salarial de género y la doble jornada parten de dicho rol que asume que el principal compromiso de las mujeres es con la familia, lo cual se traduce en que tengan que desempeñar labores mal remuneradas y/o dediquen la mayor parte de su tiempo a las labores domésticas sin retribución económica alguna.

El amparo directo en revisión 1754/2015 sostuvo que la llamada “doble jornada” consiste en precisamente, en el reconocimiento de que algunas mujeres además de tener un empleo o profesión, también realizan actividades laborales dentro del hogar, y de cuidado de los hijos. Normalmente, este trabajo doméstico no es remunerado y representa un costo de oportunidad para las mujeres (Sentencia de Amparo Directo en Revisión 4883/2017).

Por todo lo anterior, concluyeron que el Colegiado omitió aplicar la perspectiva de género en su resolución y que se violaron los artículos 4 y 5 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por no pronunciarse respecto a la doble jornada que realizaba la mujer y a que por su avanzada edad ya no podía percibir otro tipo de ingresos. De igual manera, determinaron que no es incompatible la pensión alimenticia con el hecho de que el acreedor haya tenido un empleo remunerado y que negar el acceso a ese derecho

es discriminatorio, pues parte de un estereotipo de género y contradice el principio de dignidad (Sentencia de Amparo en Revisión 1754/2015).

Por su parte, el Amparo Directo en Revisión 4883/2017 versa sobre el caso de una mujer a quien se le negó por vía incidental (10 de febrero de 2015) su derecho a la compensación tras su divorcio (8 de enero de 2010) por no haber acreditado que

durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos, pues del material probatorio se demostraba que además del trabajo del hogar, se desenvolvió en el ámbito laboral, primero como educadora y posteriormente, como administradora de la empresa que fundó con su ex cónyuge, obteniendo así un ingreso propio (Sentencia de Amparo Directo en Revisión 4883/2017).

Además del hecho de que se demostró que adquirió bienes propios durante el matrimonio, pero no que fueran notoriamente menores que los de su contraparte.

La quejosa apeló la decisión en primera instancia, pero fue confirmada el 2 de febrero de 2017, por lo cual decidió recurrir a un amparo, pero el Tribunal Colegiado que conoció del asunto le negó el amparo el 22 de junio de 2017 porque consideró que la fracción VI, del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, vigente hasta junio de 2011,²⁸ no era discriminatoria ni desproporcional y que *“tampoco contenía algún elemento arbitrario e injustificado en perjuicio del cónyuge que demande la compensación, pues esta figura, en sí misma, es una institución reparadora de la situación patrimonial de las personas que durante el matrimonio se vieron limitadas para crecer en el aspecto económico”*.

²⁸ Artículo 267, fr. VI.- En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso. (Redacción anterior a la reforma del 24 de junio de 2011). Véase en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=XiHGMGm0tf3DexUGxyTnSPNaKmT09ddgqMrV1/G/bLfaM5Iv1KICJRQw4zreBVz> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Finalmente interpuso el recurso de revisión ante la SCJN y la Primera Sala consideró que el caso era de especial importancia y trascendencia, porque permitiría establecer criterios relevantes respecto a cómo opera el principio de equidad contenido en la institución de compensación respecto de aquellos cónyuges que, además de los cuidados del hogar y los hijos, realizaron una actividad remunerada (doble jornada).

Así, determinaron que la doble jornada no puede ser un obstáculo para el derecho a la compensación, pues el hecho de que las mujeres que se dedicaron al hogar y al cuidado de los hijos, hayan tenido además un empleo, ello no subsana el doble esfuerzo que realizaron con respecto al otro cónyuge:

La institución de compensación tiene como eje rector mitigar la inequidad que soportó alguno de los cónyuges como consecuencia de la dedicación al trabajo del hogar, y en su caso, al cuidado de los hijos. Por lo tanto, la doble jornada —asumir las cargas familiares y adicionalmente un empleo remunerado— no puede constituir un obstáculo para acceder al mecanismo compensatorio. (...) La institución de compensación tiene como finalidad colocar en igualdad de derechos aquel cónyuge, que al asumir las cargas domésticas y familiares, no logró desarrollarse en el mercado de trabajo convencional con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro cónyuge.

(...) En ese sentido, es evidente que la doble jornada que realizan las mujeres no puede constituir un obstáculo al momento de solicitar la compensación de su masa patrimonial. En efecto, el hecho de que en alguna medida hayan tenido un empleo o adquirido bienes propios, no subsana el costo de oportunidad que estas mujeres asumieron al dedicar gran parte de su tiempo al cuidado de sus hijos y del hogar.

(...) Es válido entonces asumir que si las mujeres dedicaron más tiempo que sus parejas al trabajo doméstico y no recibieron remuneración alguna por el mismo, que no pudieron desarrollarse profesionalmente en igualdad de condiciones que sus ex cónyuges, y por ende, que no pudieron adquirir la misma cantidad de bienes. No reconocer esta situación y costos en la mujer, implicaría justamente invisibilizar el valor del trabajo doméstico, sin considerar el esfuerzo por el tiempo dedicado al trabajo no remunerado (labores del hogar).

Si bien en México las mujeres son las que dedican la mayor parte de su tiempo a las labores domésticas (nuevamente, debido al rol que se les asigna como amas de casa por el simple hecho de ser mujeres), los hombres también podrían verse afectados en una situación similar. En esta misma sentencia la Primera Sala determina que el cónyuge solicitante sólo debe probar que el hecho de haberse dedicado a las tareas domésticas durante el matrimonio le generó un costo de oportunidad, independientemente de que haya realizado otras actividades:

(...) De esta manera, puede accederse al mecanismo compensatorio cuando el cónyuge solicitante acredite que se dedicó al trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. Lo anterior aun cuando haya dedicado alguna proporción de su tiempo al trabajo remunerado fuera de casa. En efecto, el solicitante sólo tiene que probar que durante algún tiempo se dedicó a las tareas domésticas y que esto le generó algún costo de oportunidad (que ello le generó la imposibilidad de adquirir un patrimonio propio o bien que este es notoriamente inferior al de su cónyuge), con independencia de que haya realizado otro tipo de labores fuera del hogar.

b. Acceso a estancias infantiles: igualdad entre la mujer y el hombre (Amparo en Revisión 59/2016)

Esta sentencia del 29 de junio de 2016 destaca por su relevancia debido a que no sólo habla de los estándares mínimos para juzgar con perspectiva de género, además establece la importancia de la igualdad que debe existir entre mujeres y hombres en cuanto al acceso a las estancias infantiles, toda vez que la crianza y el cuidado de los hijos no es exclusivo de la mujer, como erróneamente se asume en la legislación en dicha materia con base en estereotipos de género. De igual manera determina que la negación u obstaculización para el acceso a estancias infantiles no sólo viola el derecho a la seguridad social y a la no discriminación, también resulta en una afectación hacia los derechos de las niñas y niños y es contraria al principio de interés superior de los menores.

En este caso el quejoso presentó el 4 de febrero de 2015 su solicitud para la prestación del servicio de guardería para su hijo menor de edad ante el Departamento

de Guarderías de la Jefatura de Servicios de Prestaciones Económicas y Sociales de la Delegación del Instituto Mexicano del Seguro Social en el Estado de México, pero el 16 de febrero del mismo año se le notificó que con fundamento en lo dispuesto en los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social, no era viable admitir su solicitud. Inconformes con lo anterior, los padres del menor promovieron un juicio de amparo indirecto el 6 de marzo de 2015, el cual se resolvió en el sentido de sobreseerlo el 21 de septiembre del mismo año y promovieron el recurso de revisión respecto al sentido de esta sentencia el 13 de octubre de 2015 (Sentencia de Amparo en Revisión 59/2016).

En ese entonces, los artículos mencionados anteriormente establecían:

Artículo 201. El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor. (...)

Artículo 205. Las madres aseguradas, 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, durante las horas de su jornada de trabajo, en la forma y términos establecidos en esta Ley y en el reglamento relativo.

Por lo anterior, al quejoso se le negó el acceso a servicio de guardería y se le solicitó que presentara la resolución judicial que acreditara que ejercía la patria potestad y custodia del menor.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de analizar los artículos anteriormente citados, así como lo establecido en el artículo 2o.

del Reglamento de Prestación de Servicios de Guardería del IMSS, entre otros preceptos legales, determinó que la distinción que se hace entre las mujeres trabajadoras y los hombres trabajadores al concederles a estos últimos el acceso al servicio de guardería sólo de manera excepcional al cumplir una serie de requisitos: a) Ser viudo, b) Estar divorciado, c) Que por resolución judicial ejerzan la custodia de sus hijos; siempre y cuando, no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato o, d) Que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionarle atención y cuidados; es una distinción injustificada y discriminatoria, contraria al derecho a la igualdad entre la mujer y el hombre establecida en el artículo 4o constitucional y que además refuerza el estereotipo de que el deber de crianza y cuidado de los hijos es responsabilidad de la mujer:

El derecho de igualdad entre el hombre y mujer que contempla esta disposición constitucional, busca que ambos sean tratados equitativamente frente a la ley, lo cual, necesariamente implica que tanto la mujer como el hombre gocen, en el caso concreto, en su calidad de trabajadores asegurados, de los mismos beneficios que brinda la seguridad social, entre otros, el servicio de guardería, conforme a lo previsto en el artículo 123, Apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Federal.

De ahí que, sin que exista justificación objetiva para un trato diferenciado, las normas cuestionadas deriven en una situación de discriminación, al restringir a determinados supuestos el derecho del trabajador a gozar del servicio. (...)

(... esta distinción) obstaculiza a los padres trabajadores a gozar del servicio en igualdad de derechos que la mujer trabajadora, colocándolos en una situación de desventaja (...y) 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.

De igual manera, menciona que juzgar con perspectiva de género en estos casos implica:

(...) tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes enfrentan un proceso judicial, adoptando medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus intereses.

De acuerdo de ello, los juzgadores deben cuestionar los estereotipos preconcebidos en las leyes respecto de las funciones de uno u otro género, así como actuar con neutralidad en la aplicación de la norma jurídica en cada situación, ya que el Estado debe velar por que en toda controversia jurisdiccional donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta se tome en cuenta, a fin de visualizar con claridad la problemática y garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria.

Finalmente, concluye que ambos padres tienen la responsabilidad y el derecho a contribuir en el pleno desarrollo de la familia, por lo que el acceso al servicio de guarderías no debe obstaculizarse a los padres trabajadores ya que esto viola el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la seguridad social y el interés superior del menor:

Además, el Estado está obligado a garantizar, a través de la ley, igualdad de condiciones para que ambos padres (corresponsabilidad) puedan contribuir en el pleno desarrollo de la familia, velando siempre el interés superior del menor. (...)

Por todo lo anterior, no existe justificación constitucional para que al hombre asegurado por el Instituto Mexicano del Seguro Social le sea limitado el servicio de la guardería, a través de ciertos requisitos extraordinarios (viudez, divorcio y el ejercicio de la custodia y patria potestad judicial del menor), que no son exigidos a las mujeres; debido a que este beneficio no es exclusivo de ellas.

(...) los artículos 201 y 205 de la Ley del Seguro Social; 2 y 3 del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social y el artículo 8.1.3. de la Norma que establecen las disposiciones para la operación del Servicio de Guardería del Instituto Mexicano del Seguro Social, violan

su derecho humano de no discriminación, de igualdad, de seguridad social y el del interés superior del niño contenidos en los artículos 1o., 4o. y 123, apartado A, de la Constitución Federal, en la medida de que establece requisitos a los hombres, distintos de los que se señalan a las mujeres aseguradas para poder acceder al beneficio de la guardería de los hijos y porque privan al menor de acceder al mismo a través del padre asegurado por el Instituto Mexicano del Seguro Social.

Recordemos que el 21 de octubre de 2020 se reformó el artículo 201 de la Ley del Seguro Social de manera acertada sustituyendo con el término “personas trabajadoras” la parte que establecía que sólo podrían acceder a los servicios de estancias infantiles las mujeres trabajadoras y “el trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos”, lo cual significa un importante avance en el reconocimiento de la diversidad familiar y para la igualdad de género. Sin embargo, insistimos en la necesidad de reformar los reglamentos que regulan de manera específica el acceso a los servicios de guarderías tanto del IMSS como del ISSSTE, pues hasta el momento mantienen la misma redacción discriminatoria y estereotípica.

V. Conclusiones

El derecho a la seguridad social es un derecho humano reconocido en la legislación mexicana, sin embargo, no está plenamente garantizado ya que sólo pueden tener acceso a él las personas con un empleo formal. Más de la mitad de la población mexicana que trabaja en el sector informal queda desprotegida, por ello es necesario implementar políticas públicas que hagan frente a esta situación que afecta principalmente a las mujeres.

Persiste una falta de compromiso del Estado mexicano al no ratificar el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) y el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156) que contienen un mayor alcance respecto a la licencia de maternidad, a la licencia parental y al tema de las responsabilidades de cuidados, sin embargo insistimos en la necesidad de que se implementen en los centros de trabajo medidas y políticas integrales que procuren la conciliación de la vida laboral y personal o familiar, con el

fin de combatir la desigualdad que existe entre mujeres y hombres en ambos ámbitos.

Una distinción injustificada en cuanto a los criterios para admitir o negar una solicitud de licencia de maternidad o paternidad, así como el acceso a estancias infantiles para mujeres y hombres trabajadores no sólo viola el derecho a la igualdad, además constituye una violación al derecho a la no discriminación, a la seguridad social y vulnera también los derechos de las niñas y niños, así como el principio del interés superior del menor.

De igual manera, la división sexual del trabajo, la brecha salarial y la doble jornada no remunerada son algunas de las consecuencias de la visión estereotípica basada en roles de género que afecta principalmente a las mujeres, pero también a los hombres, por ello es necesario que las leyes mexicanas abandonen estas ideas y concepciones basadas en el sexo de las personas, que garanticen la igualdad de género y que reconozcan la diversidad familiar en la legislación.

En este mismo sentido, las autoridades jurisdiccionales deben cuestionar los estereotipos de género preconcebidos en la legislación y tomar en cuenta las circunstancias de desigualdad real, de discriminación y/o de vulnerabilidad que viven las personas que se enfrentan a un proceso judicial con el fin de garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria, de ahí la importancia de juzgar con perspectiva de género.

Bibliografía

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL).

Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/tiempo-total-trabajo>

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA (2017), *Horas hábiles: corresponsabilidad en la vida laboral y personal* (En línea). Disponible en: https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2019/11/VIDA_LABORAL_Y_REPRODUCTIVA.pdf

_____, (2018), *La pieza faltante, Justicia Reproductiva* (En línea). Disponible en: <https://justiciareproductiva.gire.org.mx/#/>

INEGI. Encuesta Nacional de Empleo y Seguridad Social (ENESS) (2017). Diapositiva 26 (En línea). Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/eness/2017/doc/presentacion_eness_2017.pdf

_____, (2013), México: *Nuevas estadísticas de informalidad laboral* (En línea), Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enoe/15ymas/doc/Informalidad_final.pptx

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019: La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. (En línea). Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_624890.pdf

_____, *La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo* (En línea). Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf

_____, *Maternidad, paternidad y trabajo. Pequeños pasos para lograr grandes resultados* (En línea). Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/briefingnote/wcms_438275.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (En línea). Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)

_____, “CASO GUARDERÍA ABC”, Sesiones del 14, 15 y 16 de junio de 2010. Crónicas del Pleno y de las Salas (En línea). Disponible en:

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2016-11/TP-160610-AZLL-01_0.pdf (última fecha de consulta: febrero de 2021).

_____, Amparo Directo en Revisión 1754/2015. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 14 de octubre de 2015 (En línea). Reseña argumentativa disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2017-11/res-AZLL-1754-15.pdf

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud (29 de noviembre del 2019): https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5580430&fecha=29/11/2019 (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Decreto que reforma y adiciona el artículo 123 de la Constitución General de la República: http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=201330&pagina=1&seccion=0 (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Ley por la cual se reforman los artículos 73 y 123 de la Constitución General de la República: http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=186782&pagina=1&seccion=1 (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Ley del Seguro Social:

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del apartado B) del artículo 123 Constitucional

Ley Federal del Trabajo

Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil

Reglamento de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil

Reglamento de los Servicios de Atención para el Bienestar y Desarrollo Infantil del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guarderías

Texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857. Versión digitalizada disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Legislación Internacional

Constitución de la República Federativa de Brasil: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación, el martes 19 de enero de 1999, 1994

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Diario Oficial de la Federación* 12 de mayo de 1981.

Convenio de la OIT sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183): https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183

Convenio de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156): https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de mayo de 1981.

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendación No. 33 del Comité de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 61° periodo de sesiones (2015): <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhslCrOIUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDy18wzCAUXNqyQ6jsIdNYETAcMXu9rX%2bn21GebxqVUTb6QGtH7rkjGiE5ah7vcKTJQJ>

Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 191): https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R191:NO

Resoluciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 98.a reunión, Ginebra, junio de 2009 (En línea). Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meeting-document/wcms_113006.pdf

Tesis Jurisprudenciales

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 836, Registro digital No. 2011430: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2011430>

Tesis Aisladas

“ESTEREOTIPO DE GÉNERO. SE ACTUALIZA CUANDO EN UN JUICIO DE DIVORCIO LA MUJER RECLAMA ALIMENTOS Y EL CÓNYUGE VARÓN MANIFIESTA QUE LAS TAREAS EDUCATIVAS DE LOS HIJOS LE CORRESPONDEN A ELLA POR ENCONTRARSE EN EL HOGAR, POR LO QUE EL PERJUICIO DERIVADO DE AQUÉL, DEBE ELIMINARSE POR EL JUZGADOR”. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada No. VII.2o.C.169 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 64, Marzo de 2019, Tomo III, página 2666. No de registro digital: 2019454: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019454>

Precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo Directo en Revisión 4883/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 28 de febrero de 2018.

Amparo en Revisión 59/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de junio de 2016.

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 7/10, Petición 12.378 Admisibilidad, Fátima Regina Nascimento De Oliveira Y Maura Tatiane Ferreira Alves, Brasil, 15 de marzo de 2010, (En línea). Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/BRAD12378ES.doc> (última fecha de consulta: febrero de 2021).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018”, Serie C No. 371. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf.

_____, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

La brecha salarial

Diana Rangel León*

* Maestra en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Panamericana. Actualmente es Secretaria Técnica en el Consejo de la Judicatura Federal. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y cuenta con especialidad en derecho constitucional de la Universidad de Salamanca. Ha sido Secretaria de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y asesora en materia constitucional y de derechos humanos en la Cámara de Diputados.

La brecha salarial. I. Introducción al fenómeno; II. Problemáticas procesales; III. Problemáticas de fondo; IV. Problemáticas sobre la reparación.

I. Introducción al fenómeno

1. Definición

A la diferencia entre los ingresos de mujeres y hombres se le conoce como brecha salarial. Se refiere a la capacidad de las mujeres de generar ingresos y recursos propios a partir del acceso al trabajo remunerado en igualdad de condiciones que los hombres (Centro de Estudios para el Logro de la Igualdad de Género, 2019, p. 7).

A pesar de que existen muchos estudios que retratan la realidad sobre este fenómeno, muchas personas y gobiernos tienden a negar su existencia o minimizar su importancia; especialmente al compararlo con otros problemas de género que generan mayor impacto mediático, pero lo cierto es que el equilibrio de la capacidad económica de cualquier grupo vulnerable es la base para desaparecer la desigualdad y/o violencia que éstos enfrentan.

Para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la brecha salarial es uno de los tres problemas más importantes de la desigualdad de género, junto con el reparto inequitativo del trabajo no remunerado y la violencia ejercida contra las mujeres. En México, es clara la desventaja que

enfrentan las mujeres trabajadoras respecto a los hombres, pues su ingreso anual promedio es 54.5% más bajo. Esto representa la tercera brecha de género más alta de los 37 países que conforman la OCDE (Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, 2018).

En 2017, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) analizó los datos obtenidos por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) en el estudio *Discriminación Estructural y Desigualdad Social*. Aquí, se estableció que los hombres reciben en promedio un ingreso laboral por hora 34.2% mayor al de las mujeres; y si bien esta diferencia de salarios varía por tipo de trabajo, nivel socioeconómico y por estado, es evidente que la brecha salarial aún es una realidad en nuestro país (Solís, 2017, p. 101).

El Foro Económico Mundial, en el informe *The Global Gender Gap Report 2020*, reportó que México es el segundo país latinoamericano donde la brecha salarial es más profunda, solo superado por Guatemala (World Economic Forum, 2019, pp. 10, 23, 30 y 33). En la escala utilizada un puntaje de 1 equivale a total equidad y 0, a total inequidad en los sueldos entre ambos géneros, México alcanzó 0.47. Los ingresos percibidos por las mujeres representan, en promedio, un 46% del de los hombres.

Los resultados y las proyecciones del documento indican que la brecha de género, lejos de disminuir, ha aumentado significativamente, lo que supondría, si no se toman medidas que favorezcan el empoderamiento de las mujeres, que la igualdad de género a nivel global en el ámbito económico no se logrará hasta dentro de 99.5 años.

No obstante, el reporte del Foro indica que México fue uno de los países que tuvieron mejor avance respecto de 2019. Ello nos demuestra que, aunque la brecha es grande, el implementar acciones sí genera un avance real. Los tres grandes retos para lograr la igualdad son la divulgación de contenidos sobre la existencia del problema, eliminar la dificultad para interponer las demandas y hacer que los procedimientos sean claros (OIT, 2019, p. 75).

Por ello, esta labor debe realizarse con especial atención en el ámbito judicial. Las personas juzgadoras deben tener en cuenta que los casos que se les presenten serán la última ratio para resolver este un problema que, como muchos de los problemas laborales que enfrentan los juzgados, deberían ser prevenibles desde la creación de las leyes, contratos laborales y políticas públicas, cuando estos métodos fallan, el Poder Judicial deberá lograr remediarlo, al menos, para esa persona.

2. Marco jurídico

a. Constitución

La base constitucional de la obligación de eliminar la brecha salarial está contenida en los párrafos primero y quinto del artículo 1º que comprenden el derecho general de igualdad y no discriminación; en el artículo 4º que señala: *“El varón y la mujer son iguales ante la ley...”*; y en la fracción VII, apartado A, del artículo 123 que regula las relaciones laborales y que a la letra indica: *“VII. Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”*.

b. Legislación

i) Ley Federal del Trabajo

Determina en su artículo 3 que el trabajo debe prestarse y efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el(la) trabajador(a) y la familia, sin que se establezcan distinciones entre los(as) trabajadores(as), por motivo de raza, edad, credo religioso, doctrina política o condición social.

Además, en su artículo 56 reitera que las condiciones de trabajo en ningún caso podrán ser inferiores a las fijadas en esta ley y deberán ser proporcionadas a la importancia de los servicios e iguales para trabajos iguales, sin que puedan establecerse diferencias por motivo de raza, nacionalidad, sexo, edad, credo religioso o doctrina política, salvo las modalidades expresamente consignadas en la propia ley.

Y en su artículo 86 indica: *“Artículo 86. A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual.”*

ii) Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

En el artículo 6 se señalan los tipos de violencia contra las mujeres, y en la fracción VI contempla la violencia económica, que se define como:

Es toda acción u omisión del Agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral;

iii) Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

En el precepto 2 dice que se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

De acuerdo con su artículo 9, son conductas discriminatorias: prohibir la libre elección de empleo o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo, así como establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales; entre otras.

iv) Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres

Establece en su artículo 12 que corresponde al Gobierno Federal garantizar la igualdad de oportunidades mediante la adopción de políticas, programas,

proyectos e instrumentos compensatorios, como acciones afirmativas. Asimismo, en el marco de la Política Nacional de Igualdad que establece la Ley, su artículo 34 señala que las autoridades y organismos públicos deberán desarrollar acciones para evitar la segregación de personas por razón de su sexo en el mercado de trabajo, además de establecer estímulos y certificados de igualdad que se concederán anualmente a las empresas que hayan aplicado políticas y prácticas en la materia.

v) Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y No Discriminación

Es un mecanismo de adopción voluntaria para reconocer a los centros de trabajo que cuentan con prácticas en materia de igualdad laboral y no discriminación, para favorecer el desarrollo integral de las y los trabajadores. 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.

Esta certificación está dirigida a todos los centros de trabajo públicos, privados y sociales establecidos en la República Mexicana, de cualquier tamaño, sector o actividad. Para obtenerlo, los centros de trabajo deberán recibir una auditoría para verificar que sus políticas y prácticas cumplen con los requisitos de igualdad laboral y no discriminación; con lo cual se busca implementar acciones para prevenir y atender la violencia laboral mediante acciones de corresponsabilidad entre la vida laboral, familiar y personal de sus trabajadoras y trabajadores.¹

¹ De 2009 a 2012 se certificaron con la anterior Norma NMX-R-025-SCFI-2009: 1,082 centros de trabajo del sector privado y 443 instituciones de gobierno con un total de 19,534 trabajadoras y 24,523 trabajadores. En 2013 se certificaron con la Norma NMX-R-025-SCFI-2012 695 centros, y 66 instituciones, con un total de 39,159 trabajadoras y 41,651 trabajadores. Durante 2014 se certificaron 9 centros de trabajo del sector privado y 11 instituciones con 51 dependencias y unidades administrativas con un total de 8,162 trabajadoras y 13,969 trabajadores. De enero a septiembre de 2015 se certificaron 9 centros del sector privado y 5 instituciones del sector público con un total de 1,177 trabajadoras y 1,261 trabajadores. Norma Mexicana vigente NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y no Discriminación. Consultable en: http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/NMXR025SCFI20152015_DGN.pdf. (Antecedentes, p. 2 Fecha de consulta: 15/12/2020).

c. Normativa Internacional relacionada con el problema

i) Convenio No. 100 sobre igualdad de remuneración, de la OIT, 1951

Hace referencia al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor, y su Recomendación (núm. 90) sobre Igualdad de Remuneración.

ii) Convenio No. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), OIT, 1958

Alude al principio de que todas las personas, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. y su Recomendación (núm. 111) sobre la Discriminación (empleo y ocupación).

iii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, 1966

Establece en el numeral 3 que los Estados Parte deberán asegurar a las mujeres y a los hombres iguales derechos al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias en cuanto a: salario, seguridad e higiene, oportunidades de ascenso, descansos, vacaciones y remuneración de días festivos, entre otras.

En el artículo 7 establece el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: (...)
- i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;.

iv) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ONU, 1979

Establece que los Estados Parte adoptarán medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, y para asegurar a la mujer los mismos derechos en cuanto a: oportunidades; elección libre de profesión y empleo; ascensos laborales; prestaciones y seguridad social; igual remuneración para trabajo de igual valor; protección a la salud; seguridad en el trabajo, entre otros.

v) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), OEA, 1994

En esta Convención, los Estados Parte convienen en adoptar, por todos los medios apropiados, políticas y medidas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra las mujeres. Es enfática sobre la obligación de prevenir, investigar y sancionar la discriminación y la violencia contra las mujeres, cuando ocurre tanto en espacios públicos como privados; y que se deben considerar de forma especial a mujeres en especial riesgo a la discriminación y a la violencia por diversos factores de riesgo combinados con su sexo, como su raza, etnia, edad, o situación económica desfavorable.

Existen algunos otros Convenios de la OIT sobre el tema, como por ejemplo el No. 156 relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y No. 183 sobre la protección de la maternidad (2000); pero hasta el momento éstos no han sido ratificados por el Estado Mexicano.

vi) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N°18: El derecho al trabajo

En el subtema Las mujeres y el derecho al trabajo, se estatuye: “13. El artículo 3 del Pacto establece que los Estados Parte se comprometen a “asegurar a los hombres

y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales”; asimismo se señala:

48. Toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. A nivel nacional, los sindicatos y las comisiones de derechos humanos deben jugar un papel importante en la defensa del derecho al trabajo. Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que pueden adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición

aunado a que sostiene en el punto “50. Se invita a los jueces y a otros miembros de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a que presten mayor atención a las violaciones del derecho al trabajo en el ejercicio de sus funciones”.

II. Problemáticas procesales

1. Admisión²

a. No hay necesidad de agotar la etapa conciliatoria

Debe tenerse en cuenta que conforme a lo establecido en la fracción I del artículo 685 Ter, las y los trabajadores quedan exceptuados de agotar la instancia conciliatoria, cuando se trate de conflictos inherentes a discriminación en el empleo y ocupación por embarazo, así como por razones de sexo, orientación sexual, raza, religión, origen étnico, condición social o acoso u hostigamiento sexual; por lo que un reclamo de brecha salarial podrá ir directamente a juicio ordinario.

² Aunque no se abundará sobre este tema, dado que se ha hecho referencia a ello en la parte general de este Manual, no sobra decir, en primer lugar, que se deberá cuidar el uso del lenguaje incluyente durante todo el proceso, ya que por ejemplo, el uso de masculinos o femeninos para determinadas profesiones, lleva implícito la aceptación de los roles de género y la división sexual del trabajo, y ello refleja los estereotipos que al respecto puede tener y aplicar el o la juzgadora. Por ello, si bien esto debe hacerse en todos los asuntos, es claro que en donde se dirimen problemas creados por el régimen patriarcal, las y los impartidores de justicia deben cuidar aún más este aspecto.

b. Determinación de la prestación

Si bien no existe como tal referencia en la Ley Federal del Trabajo sobre el reclamo de pago de la diferencia de salarios, lo cierto es que las personas juzgadas pueden aplicar directamente la Constitución (artículo 123, Apartado A, fracción VII) en relación con el principio que indica que la acción procede aun cuando no se exprese su nombre, siempre que se determine con claridad la prestación y los hechos. En ese sentido, se considera que estos casos pueden tramitarse como conflictos individuales.³ También parece viable que se reclame como prestación principal o accesoria; por ejemplo, al reclamarse por un despido; ya que no sería extraño que, si la trabajadora llegara a indicar que va a demandar el pago de salario equitativo, ésta fuera despedida, o que al ser despedida tuviera conocimiento de la diferencia de salarios.

c. Prescripción

En el artículo 516 de la Ley Federal del Trabajo se indica que las acciones de trabajo prescriben en un año, contado a partir del día siguiente a la fecha en que la obligación sea exigible.

Al respecto, resulta interesante considerar el caso estadounidense *Ledbetter vs Goodyear Tire & Rubber Company, Inc.*; en el cual la Suprema Corte, al realizar una interpretación legal determinó que la promovente ejerció el reclamo por pago de salarios diferenciados fuera del término que otorgaba la legislación, que en el caso era de 180 días. El caso fue decidido por mayoría de cinco votos y el

³ Si bien no existen conflictos de este tipo aún, pudieran estos asuntos tener cierta semejanza (en cuanto al trámite y el tipo de conflicto) con aquellos en los que se reclama el pago de salarios caídos, prestaciones de seguridad social o los conflictos del inciso b), fracción XXVII del artículo 123 constitucional, relativos a los salarios no remuneradores, respecto de los cuales, la nueva reforma sí estableció un plazo para adecuar la legislación respectiva. En estos casos, como en el que nos ocupa, la fracción del artículo constitucional correspondiente, aunque se encuentra reflejada en los artículos 56 y 86 de la Ley Federal del Trabajo, no tienen realmente regulación; en cuyo caso, se estima que pudiera aplicarse el razonamiento contenido en el Amparo en revisión 4783/2014 respecto a la aplicación directa de la Constitución. Ver: Marquet, Héctor (2019). *La potestad constitucional para pronunciarse sobre salarios no remuneradores*, en Reforma Constitucional en Materia de Justicia Laboral. México. Tirant Lo Blanch. P. 145.

voto disidente fue elaborado por la Justice Ruth Bader Ginsburg. Éste contiene reflexiones interesantes sobre la temporalidad que debiera considerarse en estos asuntos, ya que dijo:

no puede perderse de vista la naturaleza de la conducta, y que, comúnmente la discriminación ocurre respecto de pequeñas cantidades de dinero o pequeñas prestaciones por un largo periodo de tiempo, aunado a que la información sobre el salario de los compañeros de trabajo normalmente es confidencial.⁴

Sobre este punto sería interesante que los y las juezas laborales realizaran una valoración de estos elementos para determinar la temporalidad en que realmente puede ser exigible a la actora que acuda a los tribunales a presentar su demanda, de acuerdo con los hechos y circunstancias de la relación de trabajo planteada.

d. Tercero comparable

Es claro que la actora, al presentar su demanda, indicará el nombre y cargo (o proporcionará los datos que tenga) de la persona con la que solicita se compare su salario para comprobar que existe una discriminación por razón de género. En este capítulo, para efectos meramente explicativos, le llamaremos a esa persona (o personas) tercero comparable.

Es importante señalar que no debe confundirse con la figura clásica del tercero interesado que regula el artículo 690 de la ley laboral, ya que para ello la resolución que pudiera dictarse debería poder afectarle y por eso se le debe dar la calidad de parte en el conflicto; pero la persona tercera comparable a que aquí nos referimos no debiera verse afectado por la resolución, por tanto, no debe tener carácter de parte; aunque muy probablemente tenga la calidad de testigo si la parte trabajadora o patronal así lo solicitan.

⁴ El caso en inglés puede consultarse aquí: <https://www.supremecourt.gov/opinions/06pdf/05-1074.pdf> (Octubre, 2016. Fecha de Consulta: 10/12/2020).

e. Múltiples actoras

En el artículo 697 se reconoce la posibilidad de que existan multiplicidad de actoras que reclamen la misma acción, salvo que tengan intereses opuestos. En el caso de brecha laboral pareciera probable que un grupo de trabajadoras soliciten la comparación de salarios con uno o más terceros comparables, lo cual, seguramente facilitaría la tramitación del juicio.

2. Providencias cautelares

Las providencias o medidas cautelares, dentro de cualquier procedimiento, y especialmente en los que involucran la protección de derechos humanos, son una herramienta que persigue dos grandes objetivos generales: a) evitar daños irreparables a los derechos que están siendo denunciados y; b) garantizar que se mantenga viva la materia y el objeto del proceso (1a. L/2005).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) de manera reiterada han señalado en distintos casos que:

las medidas cautelares y provisionales tienen un doble carácter, uno cautelar y otro tutelar. Respecto del carácter tutelar, las medidas buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos. Con respecto al carácter cautelar, las medidas cautelares tienen como propósito preservar una situación jurídica mientras esté siendo considerada por la CIDH. El carácter cautelar tiene por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo, su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos alegados, situación que podría ser inocua o desvirtuar el efecto útil (*effet utile*) de la decisión final (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

En este caso conviene a las personas impartidoras de justicia considerar dictar medidas de conservación, que son aquellas que se solicitan para que las cosas permanezcan en el estado en el que se encuentren, evitando la consumación

irreparable de las presuntas violaciones a los derechos humanos denunciadas, o la producción de daños de difícil reparación; que en el caso sería, por supuesto, un despido.

La Ley Federal del Trabajo incorporó en su artículo 857, que el Secretario instructor del Tribunal, a petición de parte, decreta providencias cautelares cuando se reclame discriminación en el empleo, tales como discriminación por embarazo, u orientación sexual, o por identidad de género, así como en los casos de trabajo infantil; por lo que el tribunal tomará las providencias necesarias para evitar que se cancele el goce de derechos fundamentales, tales como que se mantenga la seguridad social, en tanto se resuelve el juicio laboral, o bien decretará las medidas de aseguramiento para las personas que así lo ameriten. De acuerdo con el artículo 858 de la ley, en este caso las medidas se deberán solicitar al presentar la demanda.

Debe tenerse en cuenta que si bien la ley no prevé que esas medidas se dicten de oficio, seguramente por construcción jurisprudencial se llegará a considerar; ya que las personas juzgadoras pueden invocar el artículo 7, inciso b), de la Convención Belém Do Pará, y el párrafo 258 de la sentencia Campo Algodonero, en que se señala que las autoridades tienen el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra las mujeres, si de la narrativa de la demanda se aprecian hechos que dan lugar a tomar tales medidas atento a la discriminación alegada; en ese sentido, es claro que en los casos en que dichas medidas sean necesarias, de no ser solicitadas por la parte actora, en la primera audiencia del juicio las y los impartidores de justicia deben dictarlas.

3. Pruebas

Al determinar la admisión o desechamiento de los medios probatorios, las personas impartidoras de justicia deberán tener presente que, a diferencia de otros casos laborales, él y la juzgadora deberán no solo admitir las pruebas que sirvan para percibir los hechos sobre la relación laboral de la actora y la patronal, sino sobre la relación de la patronal y del tercero comparable (Larios *et al.*, 2019, p. 14).

Es importante que se tenga en cuenta cuáles son los hechos controvertidos y los no controvertidos, señalando para tal efecto el artículo 779 de la ley laboral. Por ejemplo, si sólo se reclama la diferencia de salarios a trabajo igual, y del análisis de la demanda y la contestación se ve que no se controvierten ni la existencia y temporalidad de la relación laboral ni las contraprestaciones de la actora, no deberá admitirse prueba alguna sobre dichos hechos, ya que, además de retrasar el juicio, podrán distraer la atención de lo verdaderamente relevante, que es: 1) establecer si la actora realiza un trabajo igual al tercero comparable, 2) establecer si por ese trabajo existe una diferencia de salario a favor del tercero, y 3) verificar que esa diferencia no atienda a otro factor por el que deba considerarse constitucionalmente válida. Sobre estos aspectos se abundará en el capítulo siguiente, pero es necesario que desde la admisión de pruebas las y los impartidores de justicia los tengan presente.

a. Facultad del Juez de "producir la prueba"

La audiencia es el momento procesal en que se liga la controversia con las pruebas, lo que se denomina, producción de la prueba, y con base en lo que ahí sucede, el Juez dicta su resolución (Alcalde *et al.*, 2019, p. 276). En la nueva Ley Federal del Trabajo, se dotó a las y los jueces de amplias facultades para poder producir las pruebas necesarias para conocer la verdad.

En acatamiento a lo dispuesto en el artículo 782, el Juez podrá ordenar, con citación de las partes, el examen de documentos, objetos y lugares, su reconocimiento por actuarios o peritos y, en general, practicar las diligencias que juzgue conveniente para el esclarecimiento de la verdad y requerirá a las partes para que exhiban los documentos y objetos de que se trate. Pero, además, el juez podrá interrogar libremente a las partes y a todos aquellos que intervengan en el juicio sobre los hechos y circunstancias que sean conducentes para averiguar la verdad.

Y de acuerdo con lo que señala el artículo 783, toda autoridad o persona ajena al juicio que tenga documentos en su poder que puedan contribuir al esclarecimiento de la verdad deberán aportarlos, a más tardar en la Audiencia de Juicio, hasta

antes del cierre de la instrucción, cuando le sean requeridos por el Tribunal. En lo que hace al juicio individual ordinario a que se refiere el capítulo XVII del Título Catorce de esta Ley, los documentos deberán aportarse en la Audiencia Preliminar o en su defecto hasta antes del cierre de la instrucción.

También en el artículo 784 se indica que el tribunal eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos. A petición del trabajador o de considerarlo necesario requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento de que, de no presentarlos, se presumirán ciertos. Este precepto va a ser de vital importancia para los casos de brecha salarial en que se indique al patrón que deberá presentar los documentos que acrediten los salarios y prestaciones del tercero comparable.

b. Carga de la prueba

Si bien en las leyes, concretamente en las laborales y en los criterios jurisprudenciales que de ellas han derivado, se habla de la necesidad de establecer y de observar la carga de la prueba, la realidad es que ello obedece a una razón práctica no a que sea una necesidad jurídica, ni tampoco un deber u obligación para con los juzgadores y juzgadas o con la parte contraria en el proceso o de terceros en general. En este sentido, la carga de la prueba no es más que un poder o facultad de ejecutar libremente ciertos actos para beneficio e interés propio (Echandía Hernando, 2006, p. 398).

En esta tesitura, la persona juzgadora debe asumir un rol activo en el proceso y utilizar las herramientas que el ordenamiento le brinda para que la sentencia se conforme en el mayor grado posible a los imperativos de la justicia; por ello, tiene a su alcance una serie de atribuciones que lo facultan a actuar de forma más versátil que el estricto principio dispositivo, dada la trascendencia de las relaciones jurídicas involucradas. Así, las facultades probatorias del juez y las medidas para mejor proveer pueden complementar la actividad probatoria de las partes a fin de esclarecer la verdad de algún hecho controvertido (Amparo directo en revisión 4909/2014).

Esta cuestión resulta de particular importancia en un juicio en el que se solicita el pago de la diferencia de salarios, toda vez que no puede dejarse de lado el hecho de que el salario de los compañeros de trabajo en la mayoría de las ocasiones constituye un acuerdo privado y se realiza preponderantemente también en la esfera privada, lo que puede dificultar su demostración, circunstancia que deben valorar las y los juzgadores a efecto de “proveer mejor” y lograr la convicción sobre el material probatorio.

Debe decirse con claridad que lo anterior de forma alguna va en detrimento del principio de imparcialidad del juez, pues al ordenarse una medida para mejor proveer no se conoce su resultado, y éste puede beneficiar a una u otra de las partes. La racionalidad que hay detrás de tales medidas es despejar las dudas del juez antes de dictar la sentencia, por lo que nunca pueden ir encaminadas a remediar el descuido, negligencia o impericia de las partes. Ello con independencia de que de las pruebas aportadas y de las circunstancias particulares de cada caso el juez pueda desprender una presunción humana (*Idem*).

c. Protección y resguardo de datos

Las y los impartidores de justicia deben considerar el deber que les impone el diverso artículo 684-C respecto al tratamiento de los datos proporcionados por los interesados,⁵ ya que estarán sujetos a atender la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados y a la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. También debe considerar la o el juzgador la posibilidad de, si así lo solicita el patrón o el tercero comparable, mantener bajo resguardo los datos sobre ingresos económicos o prestaciones que se brinden.

III. Problemáticas de fondo

La Organización Internacional del Trabajo ha establecido que el género es una categoría transversal⁶ que debe ser tomada en cuenta al valorar los hechos del

⁵ El artículo va más allá de iniciar que deben protegerse los datos de las partes, al señalar el término “interesados”, lo que en los asuntos materia de este análisis aplicará entonces para los terceros comparables.

⁶ Respecto la transversalidad: “El rasgo básico del principio de transversalidad es la consideración sistemática de las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de las mujeres y de los

caso. En diversas sentencias de la Corte es posible identificar la incorporación del género, al tener en todo momento en consideración: **a)** cuestiones particulares que colocan a las mujeres en una mayor situación de vulnerabilidad; **b)** las razones y los fines con que se comete la violencia contra las mujeres; **c)** la concepciones dañinas y prejuicios sobre la conducta de las mujeres en determinadas circunstancias; **d)** la existencia de situaciones de poder; y **e)** la forma en que el actuar del Estado afecta los derechos de manera diferenciada. En el Protocolo para juzgar con perspectiva de género (2020), a partir de la página 105 se citan los precedentes aplicables a cada uno de los supuestos descritos, por lo que se sugiere su consulta.

Teniendo claro lo anterior, en este capítulo primero se hará una propuesta de elementos de análisis a considerar, y posteriormente analizaremos aspectos específicos que los y las juzgadoras deben tener en cuenta y eliminarlos por completo.

1. Petición de igualdad

En el fondo, es claro que un reclamo de brecha salarial constituye un problema de igualdad. La Suprema Corte ha desarrollado criterios razonablemente prácticos para realizar el análisis de igualdad en cuanto a normas se refiere. Son muchos los asuntos en que la Corte aplica un test de proporcionalidad y determina así, la constitucionalidad de una norma —con pequeñas diferencias entre la Primera y Segunda Sala, debe decirse—.

Un método similar puede aplicarse para el análisis de nuestro caso, donde tenemos un reclamo de igualdad derivado de sujetos (o grupos) que indica la actora son comparables. El Alto Tribunal ha sostenido que del derecho humano de trato igualitario derivan dos reglas: **(I)** un mandamiento de trato igual en supuestos de hechos equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y **(II)** un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a establecer diferencias entre supuestos de hechos distintos cuando

hombres.” *La transversalidad de género. Módulo para la formación de hombres y mujeres sindicalistas*. (2011) Turin, Italia. Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo. P. 40-44.

la propia Constitución Federal las imponga. Lo anterior deriva de la tesis **2a./J. 64/2016**, de rubro: **“PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE”**.

Asimismo, al emitir la jurisprudencia **2a./J. 42/2010** de rubro: **“IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA”**, la Segunda Sala estableció que para determinar si una norma es contraria o no al principio de igualdad, deben observarse los criterios siguientes:

- En principio, la igualdad normativa requiere necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro.
- Así, para analizar una norma a la luz de la garantía de igualdad se debe elegir el término de comparación apropiado que permita ponderar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente. En caso de que los sujetos comparados no sean iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual.
- Una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida y, para ello, resulta suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable, salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1, párrafos primero y tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues respecto de éstas no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino que es imperativo.

- La siguiente exigencia de la garantía de igualdad es que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado; es decir, que la medida sea capaz de causar su objetivo, bastando para ello una aptitud o posibilidad de cumplimiento, sin que sea exigible que los medios se adecuen estrechamente o estén diseñados exactamente para lograr el fin en comento. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo exigible que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido.
- Finalmente, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas, a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos.
- De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable para realizar tal diferenciación, la cual persiga una finalidad constitucionalmente válida y sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (Amparo directo en revisión 4027/2017).

En el caso, además, se debe considerar que, como lo ha sostenido la Primera Sala, todos los órganos jurisdiccionales del país deben detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género. Así se sostuvo en las tesis de rubros: **“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”** (1a. C/2014 (10a.)) y **“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”** (1a. XCIX/2014 (10a.)).

Ahora bien, en los reclamos de brecha salarial, si bien no se trata del análisis de una norma, parece oportuno que las y los impartidores de justicia sigan, con sus ajustes razonables, los parámetros que el citado test ofrece. Ello porque los elementos que merecen análisis respecto de esta prestación reclamada, y su orden, podrían concebirse de la siguiente forma: **1)** Desarrollo de trabajo igual; **2)** Existencia de una diferencia salarial; y **3)** Determinar que la diferencia no esté justificada debido a que tenga un fin constitucionalmente válido.

A diferencia de algunos otros problemas que estudia este manual, relativos a la discriminación existente en la contratación y promoción en el trabajo, conocidos como *techos de cristal* y *piso resbaloso*⁷ que implican examinar actos previos a la contratación o actos futuros de realización incierta, cuando se reclame el incumplimiento al mandato de pago igual a salario igual, las y los impartidores de justicia tienen la posibilidad de contar con elementos más o menos objetivos y cuantificables para probar la acción.

a. Desarrollo de trabajo igual

Las personas juzgadoras deben tener claro que el elemento materia de “trabajo” en los conflictos laborales, normalmente implica una generación de riqueza o ganancia para el patrón y/o la producción de un servicio que el Estado como patrón presta, que, si bien no es necesariamente traducible en dinero, sí tiene un valor. En ese sentido, es claro que el artículo 123 Constitucional, que señala: “VII. Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”; no señala que se debe tratar de un trabajo idéntico, sino que se trate de una paga justa en general, es decir, de igual valor; por lo que debe interpretarse que debe darse igual salario por un trabajo de igual valor. Con esta visión

⁷ El techo de cristal es un término que hace referencia a los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar puestos de alto nivel en las organizaciones; esto a través de una cultura empresarial hostil que excluye tácitamente a las mujeres de las redes de información formales e informales, principalmente.

El piso pegajoso se relaciona con la dificultad que se tiene para ser contratada, para iniciar la carrera laboral, por lo que el propio sistema genera que se contraten en puestos con salario y responsabilidad bajos. (Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2020. Página 38)

amplia del precepto constitucional, es que las personas juzgadoras deben analizar los elementos de la acción.

Primero, conviene analizar si los sujetos propuestos en la controversia —actora y tercero comparable— realmente desarrollan un trabajo igual; ya que, de no acreditarse este elemento, no procedería continuar el análisis puesto que no se estaría ante una situación objetiva y materialmente distinta, y por tanto, al menos por lo que hace al reclamo de diferencia de salario por razón de género, no podría acreditarse una irregularidad constitucional.

En este apartado podrán entonces valorar las labores desarrolladas por ambos sujetos (o grupos de sujetos) de acuerdo a las pruebas ofrecidas y las presunciones contenidas en la Ley Federal del Trabajo aplicables.

Deberá ponerse especial cuidado en determinar, de acuerdo con el tipo de trabajo, si la jornada presencial representa un elemento de comparación o no. Esto porque las estadísticas son claras en señalar que un mayor porcentaje de mujeres desarrolla trabajo de medio tiempo o trabajo en casa —home office— debido a que se sigue considerando que son las responsables de las labores del hogar y entonces realizan en realidad una doble jornada.

En ese sentido, si la patronal alega que la diferencia de pago atiende a una diferencia en la jornada de trabajo, debe analizarse si la jornada presencial es indispensable para el desarrollo del trabajo y la actora cuenta con menos horas laboradas, pues solo en ese caso podría concluirse que no estamos ante sujetos comparables ya que no desarrollan el mismo trabajo.

Pero en muchos casos, debido precisamente a la idea de que las mujeres deben realizar las labores del hogar, lo que sucede es que materialmente sí se realiza el mismo trabajo que los terceros, aunque una parte se desarrolle en casa. Por lo que las personas impartidoras de justicia deberán analizar las pruebas de manera que se tenga en cuenta dicha situación que, de facto, afecta a muchas mujeres.

b. Existencia de una diferencia salarial

De establecer que sí se desarrolla el mismo trabajo, debe ahora realizarse un análisis sobre la existencia de la diferencia salarial entre la actora y el tercero comparable. Para ello, en muchos casos se realizará un simple —o no tan simple— cálculo aritmético, como acontece con cualquier otra prestación económica.

Pero además de ello, conviene también que el o la juzgadora analice otro tipo de prestaciones que pueden también redundar en una diferencia de trato, como por ejemplo, otorgar más vacaciones, otorgar permisos diferenciados, y sobre todo, un aspecto importante que frecuentemente constituye una forma de discriminación: **las diferencias en las modalidades de contratación**: un contrato indefinido vs. uno temporal, uno de tiempo completo vs. uno de tiempo parcial; el pago efectivo de cuotas obrero patronales que se reporta, etc.

Éste no es un problema menor debido a que la falta de estabilidad en el empleo es un problema grave en nuestra sociedad, y por ello, el que no sea analizado con parámetros objetivos, podría implicar una discriminación indirecta. Por ejemplo, en España, según el informe de Oxfam Intermón, durante 2015 “un total de 379,125 mujeres menos que hombres tuvieron acceso a un contrato indefinido. Por el contrario, 7,975 mujeres más que hombres fueron contratadas de forma temporal” (OXFAM, 2016).

c. Determinar que la diferencia no esté justificada debido a que tenga un fin constitucionalmente válido

En aras de garantizar una valoración probatoria integral y de brindar la oportunidad a la demandada de acreditar que su actuar, aunque diferenciado, tiene un sustento jurídicamente válido, las personas impartidoras de justicia podrán descartar mediante la aplicación de un test de restricción de derechos, que no se encuentren ante un caso en que la diferencia no implique una violación al derecho de igualdad. En este apartado entonces, corresponderá acreditar a la patronal la justificación de su actuar.

De manera similar se analizó uno de los casos más emblemáticos que se han resuelto sobre la brecha salarial, éste es el proceso que resolvió el Tribunal Laboral Inglés en el que la periodista Samira Ahmed demandó la aplicación de la normativa sobre equidad de género de la televisora BBC. La conductora solicitó el pago de diferencias salariales respecto de su compañero Jeremy Vine, y el Tribunal estableció que la demandada no logró demostrar que la diferencia de pago atendía a algún factor material tangible, que no fuera discriminación por razón de género.⁸

La justificación a la restricción de algún derecho debe estar probada. Por ejemplo, en la sentencia del Amparo en revisión 1291/2015, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó la regulación establecida en la Ley General de Salud, en específico en lo que hace al requisito para llevar a cabo procedimientos quirúrgicos de especialidad que los médicos cuenten con cédula de especialista legalmente expedida por las autoridades educativas competentes y con un certificado vigente de especialista el cual deberá ser expedido por el consejo de la especialidad que corresponda. Frente a ello, se argumentó que esta regulación suponía una restricción ilegítima al derecho al trabajo establecido en el artículo quinto constitucional.

La Corte consideró que el requisito descrito sí se traduce en una restricción para la realización de procedimientos quirúrgicos de especialidad, ya que únicamente los médicos que tengan cédula y certificado de especialistas pueden llevarlos a cabo, por lo que aquéllos que no reúnan tales condiciones no podrán realizar esos procedimientos.

Señaló que existen casos en que los derechos humanos no son absolutos, pues pueden restringirse bajo las condiciones que la Constitución Federal prevé y en términos de las leyes que se emitan por razones de interés general, a fin de evitar medidas o restricciones arbitrarias, y dijo que una de las restricciones constitucionalmente válidas a la libertad del trabajo es la afectación a los derechos de

⁸ El fallo puede ser consultado en inglés aquí: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/01/2206858-2018rjr.pdf> Samira Ahmed vs BBC. Employment Tribunals Case No. 226858/2018. (Noviembre, 2019. Fecha de consulta: 12/12/2020)

terceros, por lo que en el caso de las disposiciones de la Ley General de Salud determinó que constituyen una restricción con un objetivo constitucionalmente válido expresamente previsto en la Constitución Federal: proteger el derecho a la salud de las personas.

De igual forma, estimó que la restricción también es adecuada e idónea para cumplir con el objetivo señalado, pues permite a las autoridades administrativas tener mayor certeza sobre la profesionalización de los médicos que llevan a cabo los procedimientos de cirugía estética y sobre su capacidad, pericia y ética; y que era proporcional ya que no representaba una prohibición absoluta a la libertad de trabajo y el beneficio obtenido mediante dicha restricción era mayor en tanto se garantiza que los médicos cuenten con las habilidades, capacidades, conocimientos y pericia requerida para realizar procedimientos de cirugía plástica, estética y reconstructiva (Amparo en revisión 1291/2015).

La Primera Sala también ha establecido en jurisprudencia firme que el principio de igualdad ante la ley, contenido en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no implica que todos los individuos deban encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, la cual se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que aquellos que se encuentran en similar situación de hecho. Lo anterior significa que no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva, de manera que a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas (1a./J. 75/2010).⁹

En ese sentido, en los casos en que se reclame una diferencia de salario por desarrollar un trabajo igual, y se considere que ésta existe, deberá también evaluarse

⁹ Se recomienda también consultar la Jurisprudencia de la Primera Sala: 1a./J. 126/2017 (10a.) de rubro: "DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES" Registro: 2015678; y la Tesis aislada 1a. CCCXII/2013 (10a.) de rubro: "INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS" Registro: 2004712.

si, aun existiendo, no implica una violación de derechos, como, por ejemplo, en el caso de que ésta atienda a la aplicación de una acción afirmativa o al acatamiento de una sentencia ejecutoriada por razones ajenas al conflicto.

Al respecto, es oportuno citar el Tesis de Jurisprudencia **2a./J. 140/2019 (10a.)**, de la Segunda Sala, que indica:

PENSIÓN POR JUBILACIÓN. LAS LEYES BUROCRÁTICAS QUE BENEFICIAN A LAS MUJERES AL ESTABLECER MENOS AÑOS DE SERVICIOS DE LOS EXIGIDOS A LOS HOMBRES PARA ACCEDER AL PORCENTAJE MÁXIMO DE AQUÉLLA, NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, NI EL QUE ORDENA QUE A TRABAJO IGUAL CORRESPONDERÁ SALARIO IGUAL, SIN TENER EN CUENTA EL SEXO, PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 4o., PRIMER PÁRRAFO, Y 123, APARTADO B, FRACCIÓN V, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, RESPECTIVAMENTE. Las leyes burocráticas que prevén un trato diferenciado en favor de la mujer trabajadora, en el sentido de que se le exigen menos años de servicios que a los hombres para obtener el máximo de una pensión de retiro, y la consecuente diferencia porcentual que se mantiene entre ambos sexos en un orden decreciente, resulta acorde con las diferencias que corresponden a cada uno, pues en la mayoría de los casos la participación de la mujer durante su vida laboral activa implica la coexistencia con la maternidad y la subsecuente crianza de los hijos, lo cual trae como consecuencia una mayor ocupación, así como desgaste físico y mental para el desarrollo de las actividades laborales, además, el hecho de que los roles sociales entre mujeres y hombres hayan evolucionado a fin de superar las diferencias existentes, no es razón para suponer que el trato diferenciado actualmente sea discriminatorio en perjuicio de los hombres, ya que los derechos de ambos sexos aún no logran equipararse en su totalidad en forma sustantiva, pues la igualdad de género en el trabajo no es real, y el mercado de trabajo está diseñado en una estructura económica y de relaciones laborales jurídicas en las que la vida familiar de las personas no está incluida. Consecuentemente, esa asimetría en los años de servicio exigidos para la obtención del porcentaje máximo de una pensión entre mujeres y hombres —en favor de las primeras— no viola el primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Federal que establece que “La mujer y el hombre son iguales ante la ley”, pues el privilegio que se otorga aspira a lograr una igualdad real y no meramente formal entre ellos. Asimismo, las legislaciones burocráticas referidas tampoco violan el principio que recoge la fracción V del artículo 123, apartado B, constitucional,

en el sentido de que “A trabajo igual corresponderá salario igual, sin tener en cuenta el sexo”, toda vez que en lo único que reside la desigualdad es en el tiempo laborable exigido y no en el monto del salario base con el cual se otorga la pensión, ya que el trabajador queda en condiciones de aspirar al porcentaje máximo de esa prestación de seguridad social, pero para ello debe acumular más años de servicios que la trabajadora.

En estos casos, al igual que como sucede en el test de igualdad y no discriminación, podemos analizar lo mismo una restricción general que una particular, pues en el orden jurídico y en las situaciones de hecho se pueden establecer tratos diferenciados para grupos específicos; que, no siempre pudieran ser contrarios al derecho a la igualdad y a la no discriminación; pues toda discriminación es un acto de distinción o de diferenciación; pero no todas las diferenciaciones o distinciones son discriminatorias (Vázquez, 2018, pp. 40, 73 y 78).¹⁰

2. Obligación de eliminar los estereotipos de género

Las personas juzgadoras deberán tener claro que, finalmente, el sistema patriarcal en el que se desarrolla la sociedad genera un clima propicio para que los estereotipos y opiniones preconcebidas no sean fácilmente identificadas, y de ello no están exentos las y los impartidores de justicia. Los estereotipos son una forma de categorizar a las personas por su género, nacionalidad, condición social, etc. Es algo que se da por hecho. Por ello, al dictar la resolución que corresponda en un conflicto sobre brecha salarial, existen ciertos estereotipos que pudiera enfrentar la persona juzgadora.

a. Estereotipo descriptivo

Se adjudica una característica a la persona de cierto grupo por el simple hecho de pertenecer a él. Imaginemos el caso en que una mujer solicite el pago de salario

¹⁰ Para profundizar sobre el origen y fin de los test descritos vale la pena consultar el libro citado, en donde se explican de manera muy didáctica las concepciones alemana y estadounidense de este tipo de test, y se compara la forma en que lo realizan la Corte Constitucional Colombiana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

igual a un hombre cuando ambos realizan un trabajo que requiera cierta fuerza física; la parte patronal podría alegar e incluso presentar estadísticas que prueben que la mayoría de los hombres pueden desarrollar mayor fuerza que las mujeres. Si él o la juzgadora otorga valor a las estadísticas presentadas, por más que éstas sean correctas, estaría juzgando con un estereotipo descriptivo.

Las generalizaciones, aun con sustento estadístico, además de reforzar un estereotipo de género, no son la prueba idónea para probar la acción.

Si la patronal desea probar que es físicamente imposible que se desarrolle el mismo trabajo, debería, en todo caso, ofrecer una prueba pericial en que se determinara concretamente que la actora no es capaz de desarrollar el mismo trabajo que el tercero comparable; pero de forma alguna un estudio general sobre un grupo social debe influir en el ánimo de las y los juzgadores; por lo que este tipo de pruebas, no deberían ser admitidas y/o valoradas.

b. Estereotipo normativo

A diferencia del descriptivo, no tiene ninguna base estadística, sino que atienden al orden social de género; por ejemplo, qué trabajos deben desarrollar los diversos grupos sociales, qué trabajos deben desarrollar los hombres y qué trabajos las mujeres.

El orden social de género es un fenómeno que distingue a los sexos no por criterios biológicos, sino a partir de lo que dispone una sociedad específica sobre lo que significa ser mujer u hombre; y es claro que estas distinciones tienen efectos en la vida de las personas y en la dinámica social, al establecer “lo propio” de las mujeres y “lo propio” de los hombres (SCJN, 2020, p. 20 y 21).

Para que los y las impartidoras de justicia puedan comprender más este fenómeno, y aplicarlo a los asuntos que se sometan a su potestad, pueden consultar el Amparo Directo en Revisión 2730/2015, fallado por la Primera Sala de la Corte, en el cual se reconoce que el orden social de género es susceptible de determinar el acceso a los derechos, en la medida en que provoca que las leyes, políticas públicas

e interpretaciones que se hacen de las mismas tengan impactos diferenciados en las personas según la posición que ocupan en dicho orden, entendido como una estructura jerárquica.

Este estereotipo que deriva del orden social de género, contrario a lo que se pensaría, no aplica solo para el caso en que la actora sea mujer y el tercero comparable sea un hombre. Por ejemplo, podría turnarse al juzgado el caso en que un hombre reclame una brecha salarial con respecto a una mujer, y se alegue que, justamente, el tipo de trabajo que desarrolla es de los que históricamente “solo deben desarrollar las mujeres” y por eso se le paga menos; por ejemplo, un hombre trabaje en una guardería cuidando infantes.

En el ejemplo, si bien el actor no pertenece al sexo que normalmente es el discriminado, lo cierto es que la disparidad de pago en este caso también es un problema de género, pues el pagarle menos por un trabajo igual a un hombre que desarrolla una actividad que socialmente está concebida para las mujeres, solo genera que se refuerce esa división sexual del trabajo (*Ibidem*, p. 32) y se perpetúe la desigualdad, esto es, que se sigan imponiendo los roles de género.

En ese sentido, las y los impartidores de justicia deberán abstenerse de hacer consideraciones sobre el tipo de trabajo en sí mismo, ya que además de reforzar un estereotipo, como se señaló anteriormente, esto no es uno de los elementos a considerar para tener por acreditada la prestación de brecha salarial reclamada.

c. Interseccionalidad

La interseccionalidad es el término usado para describir que las estructuras de desigualdad en nuestras sociedades actúan sobreponiéndose unas sobre otras; el género, ser indígena, la nacionalidad, la edad o el nivel socioeconómico pueden agravar la situación de una persona. Por ejemplo, según datos de ONU Mujeres, en Estados Unidos, por cada dólar que gana un hombre blanco, las mujeres blancas ganan 79 centavos, las mujeres afroamericanas ganan solo 60 centavos; las nativas americanas, 59, y las latinoamericanas, 55 (NWLC, 2016).

Es importante que las personas juzgadoras tengan claras las diferencias entre sexo y género y además consideren la interseccionalidad al momento de valorar las pruebas ofrecidas por las partes, ya que, al tratarse en el fondo de un asunto en que se reclama igualdad, y, por tanto, en el que será necesario comparar condiciones laborales y/o salarios de dos o más personas específicas, se debe verificar que los elementos a contrastar realmente sean objetivamente comparables. Por ejemplo, una mujer puede reclamar el pago de salario igual por un trabajo igual, respecto de otra; la parte patronal podría indicar que no existe discriminación dado que el tercero comparable es otra mujer.

En ese caso, los y las impartidoras de justicia deberán verificar que no se trate de un caso de interseccionalidad, esto es, que ambas sean del sexo femenino, pero no del mismo género, pues la actora es transgénero u homosexual; ya que en ese caso es claro que aun cuando ambas sean del sexo femenino, la discriminación igual está ocurriendo por razón de género. Por lo que, en esos casos, la tercera comparable no podrá ser comparada con la actora para demostrar que la discriminación alegada no existe. O que, por ejemplo, al reclamarse pago igual respecto de un hombre, la patronal exhiba como prueba los salarios de otras mujeres que sí ganan lo mismo que los hombres y pretenda establecer que en la empresa no existe esa discriminación. En ese sentido, el o la juzgadora no debe pasar por alto que el género es amplio, y que hay personas que no se identifican con un término binario, por lo que pueden darse diferencias que generen un estudio más específico para establecer que no estemos en el caso de una discriminación interseccional.

IV. Problemáticas sobre la reparación

1. Procedimiento de ejecución laboral

La Ley Federal del Trabajo no contempla la posibilidad de condenar por reparación del daño o por algún concepto similar, o establecer algunas medidas con que se garantice una reparación integral o medidas de no repetición.

Únicamente se establece en el artículo 994 que se impondrá multa:

I. De 250 a 5000 Unidades de Medida y Actualización, al patrón que cometa cualquier acto o conducta discriminatoria en el centro de trabajo; al que realice actos de hostigamiento sexual o que tolere o permita actos de acoso u hostigamiento sexual en contra de sus trabajadores, así como al que viole las prohibiciones establecidas en las fracciones IV y V del artículo 133 de la Ley, o lo dispuesto en el artículo 357, segundo y tercer párrafo de ésta;

2. Reparación integral y garantías de no repetición

Es importante que el juzgador tenga presente que el pagar un salario más bajo, no solamente se traduce en una afectación de carácter económico, puesto que la sola posibilidad de hacerlo, sin ninguna consecuencia, genera el que el patrón directamente, y el sistema patriarcal indirectamente, sigan conservando la posición de dominio que se busca combatir. Esto es así debido a que tradicionalmente los hombres ejercer su poder a través de la capacidad de otorgar y negar bienes, y así seguir fomentando la dependencia económica de un grupo social al otro, entre otras cosas; el típico ejemplo de esto lo encontramos en el matrimonio.

Por ello en este apartado se sugieren dos caminos que podrían tomar las personas impartidoras de justicia para atender estos aspectos.

a. Medida no vinculante

La Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y No Discriminación mencionada en el marco jurídico es un mecanismo de adopción voluntaria para reconocer a los centros de trabajo que cuentan con prácticas en materia de igualdad laboral y no discriminación, para favorecer el desarrollo integral de las y los trabajadores.

Los y las juzgadas podrían conminar a que la patronal condenada busque que su empresa obtenga esta certificación que está dirigida a todos los centros de trabajo públicos, privados y sociales establecidos en la República Mexicana, de cualquier tamaño, sector o actividad.

b. Medidas vinculantes

Con la expedición de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación que a su vez creó el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México adoptó una medida de derecho interno a fin de cumplir con el deber de hacer efectivo el derecho a la no discriminación. Ello, dado que el Consejo mencionado tiene a su cargo desarrollar acciones para proteger a todos los ciudadanos y ciudadanas de toda distinción o exclusión basada en alguna categoría sospechosa, que impida o anule el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

El procedimiento inicia cuando se presenta una queja en contra de presuntos actos, omisiones o prácticas sociales discriminatorias, atribuidas a particulares, personas físicas o morales, así como a personas servidoras públicas federales y a los poderes públicos federales. Toda persona podrá denunciar presuntos actos, omisiones o prácticas sociales discriminatorias ante el Consejo, por sí, o por medio de un representante, independientemente de que tengan vínculos o no con la persona agraviada.

El Consejo lleva una fase de procedimiento conciliatorio y en caso de no resultar efectiva, iniciará la fase de investigación para determinar si existe un acto discriminatorio.

En ese contexto, se puede apreciar que el Consejo no es una autoridad administrativa habitual, sino que constituye en realidad un mecanismo de protección no jurisdiccional de derechos humanos, concretamente del derecho humano a no ser discriminado. **Dicho organismo es, en realidad, quien más cuenta con medidas de reparación y garantías de no repetición.**

En la fracción IV del artículo 9 se reconoce que será discriminatorio establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales; y en el artículo 46 se establece que El Consejo, dentro del ámbito de su competencia, iniciará sus actuaciones a petición de parte; **también podrá actuar de oficio en aquellos casos en que la Presidencia así lo determine.**

En ese sentido, las personas impartidoras de justicia, cuando dicten una resolución en que se condene a la patronal, es decir, donde se establezca la existencia de una brecha salarial, podrían dar vista con copia de la misma al Consejo a efecto de que éste determine si procede imponer alguna medida de no repetición. Deberá establecerse que las condenas económicas y multas serán materia del juicio laboral. Con fundamento en los sus artículos 83 y 83 bis, el Consejo dispondrá la adopción de medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación y medidas de reparación en las que se incluye las garantías de no repetición.

Si bien los legisladores quedaron cortos en este apartado, las propuestas sobre reparación del daño que se hacen en este Manual pretenden resolver la obligación de las personas impartidoras de justicia que les impone directamente el artículo 1º de la Carta Magna, que establece la obligación de garantizar los derechos humanos de los tratados internacionales de los que el estado mexicano forma parte. Uno de ellos es la Convención América de Derechos Humanos que prevé la reparación en el artículo 63, la cual debe ser integral y con vocación transformadora para tener efecto correctivo y no solo restitutivo conforme ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Campo Algodonero en el que México fue condenado; resultando, por tanto, todas las consideraciones de la sentencia criterio de carácter obligatorio para los juzgadores y juzgadas del país; y en ésta se subrayó que las medidas de reparación deben ser garantía de no repetición, ya que si bien tiene la función de conocer de violaciones individuales de derechos humanos, cuando la vulnerabilidad está ligada a una discriminación estructural se enfrenta a un problema colectivo y no solo individual.

Así, el Tribunal Interamericano ha desarrollado una especial consideración por el contexto, especialmente cuando los casos tienen lugar en escenarios de discriminación estructural, supuesto en el cual ha dictado medidas de reparación correctivas y transformadoras que son pioneras para el derecho internacional de los derechos humanos y se convierten en modelos para los tribunales (La Barbera y Wences, 2020).

Aunado a ello, de acuerdo con la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹¹ corresponde al Estado tomar las medidas necesarias para asegurar que cualquier violación a los derechos fundamentales ocasionada por particulares sea reparada por el causante del daño. El estudio del daño y su reparación implica la formulación de algunas preguntas básicas, las cuales impactarán en la forma en la que se construye la verdad: 1) ¿cuál fue el daño?; 2) ¿quién lo cometió?; 3) ¿contra quién se cometió?; 4) ¿cuál fue su impacto específico y diferenciado? y 5) ¿cuáles fueron sus impactos primarios y secundarios? Lo anterior tiene como finalidad generar los remedios necesarios para hacer frente a un hecho victimizante derivado de una discriminación por razones de género o que puede haber tenido repercusiones agravadas con motivo del sexo, género u orientación sexual de la víctima”. Lo anterior de acuerdo con lo establecido en la tesis 1a. CXCII/2018, de rubro “PERSPECTIVA DE GÉNERO. FORMA EN LA QUE EL JUZGADOR DEBE APLICAR ESTA DOCTRINA AL DICTAR LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN”.¹²

¹¹ Véase la tesis 1a. CXCIV/2012 (10a.) de rubro: *REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO O JUSTA INDEMNIZACIÓN. ESTE DERECHO FUNDAMENTAL QUEDÓ INCORPORADO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO A RAÍZ DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011*, ubicada en el Semanario Judicial de la Federación, con número de registro digital: 2001744.

¹² Texto: “De conformidad con la tesis aislada 1a. XCI/2015 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de título y subtítulo: “ALIMENTOS. SU OTORGAMIENTO DEBE REALIZARSE CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, la obligación de juzgar con perspectiva de género se actualiza de oficio, pues se encuentra implícita en las facultades jurisdiccionales de quienes imparten justicia, y su cumplimiento exige la aplicación de una metodología centrada en la necesidad de detectar posibles situaciones de desequilibrio de poder entre las partes —mas no necesariamente presentes— como consecuencia de su género, seguida de un deber de cuestionar la neutralidad de las pruebas y el marco normativo aplicable, así como de recopilar las pruebas necesarias para visualizar el contexto de violencia o discriminación y, finalmente, resolver los casos prescindiendo de cualquier tipo de cargas estereotipadas que resulten en detrimento de mujeres u hombres. Al trasladar esta doctrina al contexto de las reparaciones, es evidente que la perspectiva de género exige partir de la idea de que la exclusión de género preexiste a las violaciones a derechos humanos y, desafortunadamente, se agrava durante y después de éstas. Así, la aplicación de dicha doctrina, al momento de dictar medidas de reparación, exige formular algunas preguntas básicas, que impactarán la forma en la que se construye la verdad detrás de un asunto: i) ¿cuál fue el daño?; ii) ¿quién lo cometió?; iii) ¿contra quién se cometió?; iv) ¿cuál fue su impacto específico y diferenciado?; y, v) ¿cuál fue su impacto primario y secundario? Lo anterior tiene como finalidad generar los remedios necesarios para hacer frente a un hecho victimizante cuyo surgimiento puede ser por razones de género o que puede haber tenido repercusiones agravadas con motivo del sexo, género u orientación sexual de la víctima”.

Bibliografía

- ALCALDE, Arturo y otros. (2019) *Ley Federal del Trabajo. Reforma 2019 comentada*. México. Porrúa.
- Brechas de género. Desigualdad Social. Economía, Salud, Educación y participación política*. (2019) México, Centro de Estudios para el Logro de la Igualdad de Género. Cámara de Diputados. LXIV Legislatura.
- CENTRO INTERNACIONAL DE FORMACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La transversalidad de género. Módulo para la formación de hombres y mujeres sindicalistas*. (2011) Turín, Italia.
- COMISIÓN NACIONAL PARA PREVENIR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. CONAVIM. <https://www.gob.mx/conavim/articulos/brecha-salarial-una-de-las-grandes-barreras-para-la-igualdad-de-genero?idiom=es> (México, Diciembre, 2018. Fecha de consulta: 15/12/2020)
- DEVIS ECHANDÍA Hernando, (2006) *Teoría general de la prueba judicial*, Temis, Bogotá, Tomo I, 5º edición.
- LARIOS, Enrique y otros. (2019) *La reforma laboral de 2019 a debate*. México. Tirant Lo Blanch.
- MARQUET, Héctor. (2019) *La potestad constitucional para pronunciarse sobre salarios no remuneradores*, en *Reforma Constitucional en Materia de Justicia Laboral*. México. Tirant Lo Blanch.
- OIT, *La brecha salarial entre hombres y mujeres en América Latina* (OIT Américas, *Informes Técnicos 2019/16*), En el camino hacia la igualdad salarial. Publicación: 15 de julio de 2019.
- OXFAM, *Informe de OXFAM Intermón N.º 40: Bajan los salarios, crece la desigualdad. El impacto de las diferencias salariales en los hogares*. (2016) España, Intermón.

SOLÍS, Patricio. (2017) *Discriminación estructural y desigualdad social. Con casos ilustrativos para jóvenes indígenas, mujeres y personas con discapacidad*. México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y Comisión Económica para América Latina y el Caribe de la Organización de las Naciones Unidas.

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2020), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, 1a. Ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>

VÁZQUEZ, Daniel. (2018) *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de estudios jurídicos, núm. 287.

WORLD ECONOMIC FORUM. http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf (Ginebra, 2019. Fecha de Consulta: 10/12/2020. p. 10, 23, 30 y 33).

Legislación nacional

Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y no Discriminación. Consultable en: http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/NMX-R-025-SCFI-20152015_DGN.pdf. (Fecha de consulta: 15/12/2020)

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo directo en revisión 4909/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 20 de mayo de 2015.

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

CORTE IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009”, Serie C No. 205. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

Resoluciones de otros órganos jurisdiccionales

Samira Ahmed vs BBC. Employment Tribunals Case No. 226858/2018. Ver: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/01/2206858-2018rjr.pdf> (Noviembre, 2019. Fecha de consulta: 12/12/2020)

Ledbetter vs Goodyear Tire & Rubber Company, Inc. Ver: <https://www.supremecourt.gov/opinions/06pdf/05-1074.pdf> (Octubre, 2016. Fecha de Consulta: 10/12/2020)

La violencia laboral

Regina I. Medina*

Haydeé Gómez**

Estefanía Vela Barba***

Artemisa Cabrera****

Frida Rodríguez*****

* Regina Isabel Medina estudió la Licenciatura en Políticas Públicas en el CIDE Región Centro. Actualmente es analista de datos en Intersecta, una organización feminista que se dedica a la investigación y promoción de políticas públicas para la igualdad.

** Haydeé Gómez Avilez es Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es analista legal en Intersecta.

*** Estefanía Vela Barba es Maestra en Derecho por la Universidad de Yale. Actualmente es Directora Ejecutiva de Intersecta.

**** Artemisa Cabrera Luque es Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la FLACSO y Co-fundadora de la consultoría Recrea, Construyendo Estrategias para la Igualdad.

***** Frida Rodríguez Cruz es Maestra en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana. Ha desempeñado diversos cargos en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y actualmente es Secretaria del Decimosexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

La violencia laboral: I. Introducción; II. El fenómeno de la violencia laboral; III. Protecciones constitucionales y convencionales; IV. La regulación de la violencia laboral en México; V. El proceso laboral; VI. Asuntos de fondo relevantes.

I. Introducción

La violencia en el trabajo afecta a miles de personas en México. Impacta su día a día, llegando a condicionar incluso su permanencia en el trabajo. Es perpetrada por una variedad de actores —compañeros o compañeras, personas empleadoras, clientes, proveedores— y se manifiesta de una diversidad de formas —burlas, humillaciones, golpes, violaciones—. Ocurre, en muchas ocasiones, bajo el cobijo de los centros de trabajo, que se muestran incapaces o renuentes de hacerle frente.

Por fortuna, actualmente existen distintas herramientas jurídicas que le permiten a las personas defender sus derechos y a las autoridades hacerlos valer. Las personas juzgadoras, en particular, cuentan con un acervo de disposiciones que les permitirían garantizar el derecho de las personas a vivir libres de violencia y promover la creación de espacios laborales seguros.

Este capítulo está diseñado para proporcionarle herramientas a las personas juzgadoras para resolver casos relacionados con la violencia en el trabajo en México, con base en la normatividad vigente en el país y desde una perspectiva de género. En concreto, en un primer apartado se revisan datos públicos sobre la violencia laboral, para entender la magnitud del problema, sus diferentes manifestaciones

y algunas de las diferencias de género más relevantes que existen. En un segundo apartado, se revisan las protecciones constitucionales y convencionales más importantes en la materia; particularmente: los distintos derechos imbricados en asuntos relacionados con la violencia. En un tercer apartado, se revisan la definición de la violencia que existe en la Ley Federal del Trabajo y las obligaciones básicas que se le imponen a personas empleadoras y trabajadoras al respecto. Finalmente, en un cuarto apartado, se presentan algunas de las problemáticas que deben ser atendidas por las personas juzgadoras con perspectiva de género al resolver casos de violencia laboral.

II. El fenómeno de la violencia laboral

La eliminación de toda forma de violencia, incluida la laboral, es una cuestión de derechos humanos. Por ello, cualquier decisión jurídica que se tome en este ámbito debe contar con fundamentos legales sólidos. No obstante, esta también debe estar informada sobre la realidad que, más allá de la normativa jurídica, viven las personas afectadas por este tipo de discriminación y violencia. En el mismo sentido, es indispensable que la resolución de casos individuales contemple el contexto general en el que se insertan. Considerando lo anterior: ¿qué tan común es la violencia en el trabajo? ¿Cómo se manifiesta? ¿En dónde ocurre? ¿Quién la perpetra? ¿A quiénes afecta? ¿Hay diferencias en los impactos que tiene esta violencia? Esta primera sección está destinada a tratar de responder estas preguntas, con base en los datos públicos más actualizados que existen actualmente al respecto.¹ El objetivo es proporcionarles a las personas juzgadoras más información sobre el fenómeno de la violencia en el trabajo que sea útil para contextualizar y entender de mejor manera los casos que resuelven. Como podrá verse: la violencia en el trabajo es un fenómeno persistente en México, que se manifiesta de diversas

¹ Vale la pena señalar que los datos sobre discriminación y violencia en el espacio de trabajo en México, aunque indispensables, son limitados. El mayor de los problemas es la periodicidad de su publicación. Como consecuencia de ello, algunos de los datos presentados en este apartado tienen cinco años de antigüedad a pesar de ser los más recientes en existencia. Se enfatiza entonces la necesidad de tener una política de datos comprensiva como requisito indispensable para la eliminación de la discriminación laboral. Los datos aquí presentados han sido tomados y, en su caso, actualizados de Adriana E. Ortega, “La (invisibilidad de la) violencia laboral en México”, *Animal Político: Blog de Intersecta*, 28 de enero de 2020.

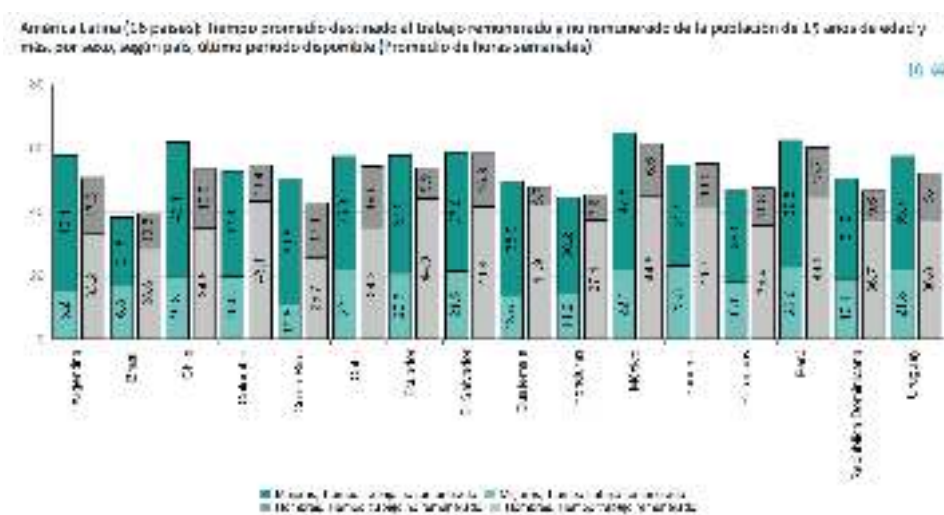
maneras. Si bien no hay muchos datos al respecto, los pocos que hay muestran que hay ciertas formas de violencia que tienen un impacto diferenciado en las mujeres.

1. La ENOE

Una primera fuente para entender la violencia en el trabajo es la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), publicada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). Esta encuesta muestra cómo cada año miles de personas trabajadoras abandonan su empleo debido al acoso que sufren en su espacio de trabajo.

Tan solo en el primer trimestre de 2021, un aproximado de 26,380 personas abandonaron sus trabajos por acoso (lo que equivale a una tasa de abandono laboral por acoso de 49.8 personas por cada 100,000). Como muestra la Figura 1, este aumento forma parte de una tendencia al alza del abandono laboral por acoso en los últimos tres años. Este incremento se da después de que la tasa alcanzó su nivel más bajo en 2018 con tan solo 26.1 personas que abandonaron su trabajo por cada 100,000.

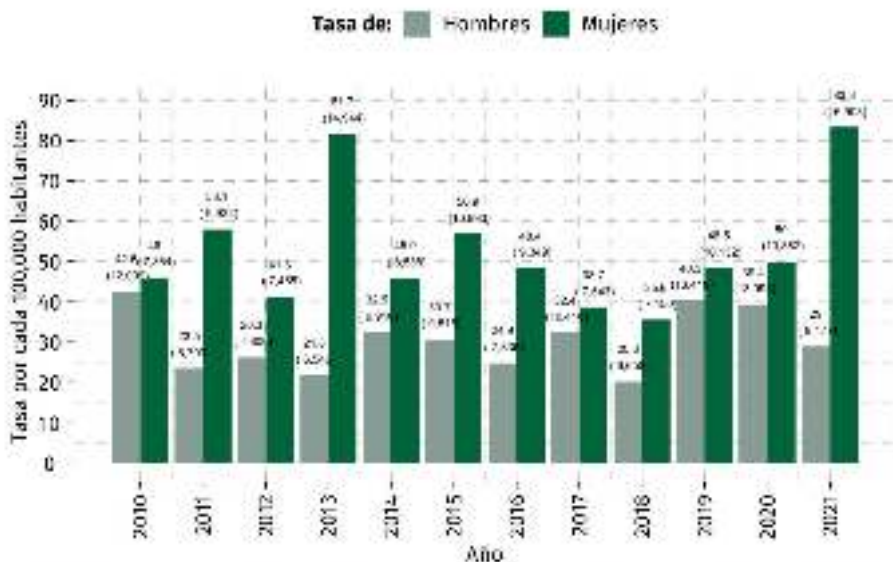
Figura 1.



Cuando se desagrega la información por el sexo de la persona trabajadora, nuevos patrones se hacen visibles. Por ejemplo, la Figura 2 revela una realidad avasalladora: las mujeres son las más afectadas por el acoso laboral. En todos los años, la tasa de las mujeres es más alta que la de los hombres. El caso del primer trimestre de 2021 no podría ser más ilustrativo: mientras que la tasa de las mujeres fue de 83.3 trabajadoras que dejaron su empleo por cada 100,000, la de los hombres apenas fue de 29 por cada 100,000. En otras palabras, la tasa de abandono laboral por acoso de las mujeres es casi el triple que la de los hombres. Es decir que el aumento de la tasa de abandono de la población general descrito anteriormente se debe de manera exclusiva al impacto que ha tenido el acoso en las mujeres trabajadoras. Los datos muestran, en otras palabras, cómo esta es una violencia que tiene impactos diferenciados.

Figura 2.

Tasa de abandono laboral por acoso por cada 100,000 personas ocupadas
Al primer trimestre de cada año



Fuente: Encuesta Nacional de Condiciones y Empleo (ENCOE). Nota: Los datos corresponden al primer trimestre de cada año. Datos procesados por el Observatorio de la Mujer (OAM).

El hecho de que una mujer abandone su empleo es una de las consecuencias más extremas que tiene la violencia en el espacio de trabajo. Pero es importante recordar que —aunque extrema— es solo una de las posibles manifestaciones de un *continuum* de violencia. Es decir, el fenómeno afecta a muchas más mujeres que a esas 16,903 que, según con lo que la ENOE señala, abandonaron su trabajo por acoso laboral en el primer trimestre de 2021.

2. La ENVIPE

Una segunda fuente para estimar y entender la violencia que viven las personas en el trabajo es la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción Sobre Seguridad Pública (ENVIPE), también publicada, anualmente, por el INEGI.

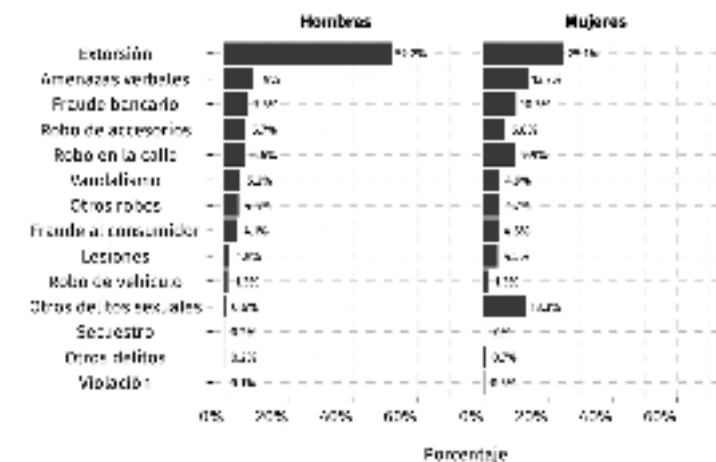
La ENVIPE está diseñada para medir, como su nombre indica, la incidencia delictiva. Permite estimar cuántos delitos se cometen en el país en contra de personas adultas. En concreto, les pregunta a las personas por una variedad de delitos, incluidas las amenazas, el vandalismo, la extorsión, el secuestro, las lesiones, el fraude bancario, el fraude al consumidor, el robo (incluido el robo en la calle, robo de vehículo y robo de accesorios de vehículo) y, finalmente, los delitos sexuales. Es posible ver de delitos, cuántos ocurrieron en el lugar del trabajo (en oposición a la casa, la calle, un negocio, un lugar público, el transporte público o una carretera).

Como puede verse en la Figura 3, en el lugar del trabajo ocurren una variedad de delitos, de acuerdo con la ENVIPE (2021). En algunos casos, quienes perpetran estos delitos son absolutos desconocidos para las víctimas, lo que sugiere que no tienen que ver *con* la relación de trabajo o con el espacio laboral. En estos casos, el lugar de trabajo es simplemente donde ocurre la violencia. Pero en otros, los datos de la ENVIPE sugieren que sí tienen una conexión con el contexto laboral. Este es precisamente el caso, por ejemplo, de las amenazas, de las lesiones y de los delitos sexuales, que son perpetrados en su mayoría, según la ENVIPE, por personas conocidas.

Figura 3.

Distribución de los delitos perpetrados en el lugar de trabajo

Por sexo de la víctima (2020)



Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2020, INEGI. Datos de violencia en el lugar de trabajo.

Lo que también muestra la ENVIPE y que es importante resaltar es que hay delitos que afectan más a hombres que a mujeres, y viceversa. En la Figura 3, por ejemplo, puede verse que, mientras que los “otros delitos sexuales”, que incluyen el hostigamiento, los tocamientos sin consentimiento, el exhibicionismo y los intentos de violación, representan apenas el 0.6% de los delitos que reportaron los hombres, en mujeres ascienden a representar el 13.3% del total de delitos que dijeron haber vivido en el lugar de trabajo. Básicamente: las mujeres representan 9 de cada 10 de las víctimas de estos delitos perpetrados en el espacio laboral. Las mujeres también representan 7 de cada 10 víctimas del delito de violación que ocurrió en este espacio. Hay violencias, en otras palabras, que afectan desproporcionadamente a las mujeres.

3. La ENDIREH

La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH), también del INEGI, es el instrumento que ofrece datos más detallados en

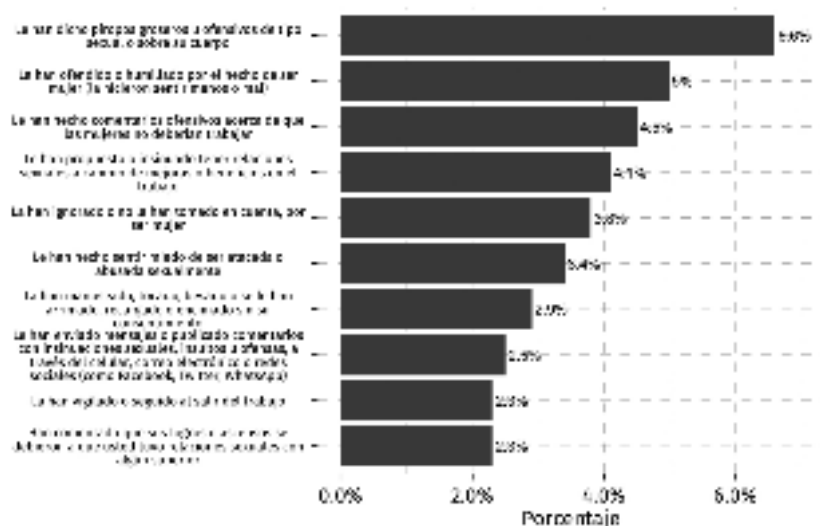
México medir las violencias perpetradas en el ámbito laboral. Como cualquier otra fuente de información, la ENDIREH cuenta con limitaciones. En este caso, la mayor de ellas es que no incluye a hombres en su muestra, por lo que no es posible hacer análisis comparativo como en los datos de la ENOE o la ENVIPE. Sirve exclusivamente para dimensionar las violencias que viven las mujeres. Con todo, la información que proporciona al respecto es la más exhaustiva. ¿Qué dice sobre la violencia que viven las mujeres en el ámbito laboral?

La versión más reciente la ENDIREH, levantada en 2016, indica que el 16.5% de las mujeres mexicanas trabajadoras habían vivido agresiones en el ámbito laboral al menos una vez en sus vidas. Esto equivale a aproximadamente 5.4 millones de mujeres. Mientras que un 10.2% de las mujeres trabajadoras reportan haber sufrido agresiones en el último año. Estos datos respaldan la noción de que el ámbito laboral es un espacio hostil para las mujeres.

Figura 4.

Mujeres que han enfrentado agresiones en el ámbito laboral

Según los 10 incidentes específicos más frecuentes

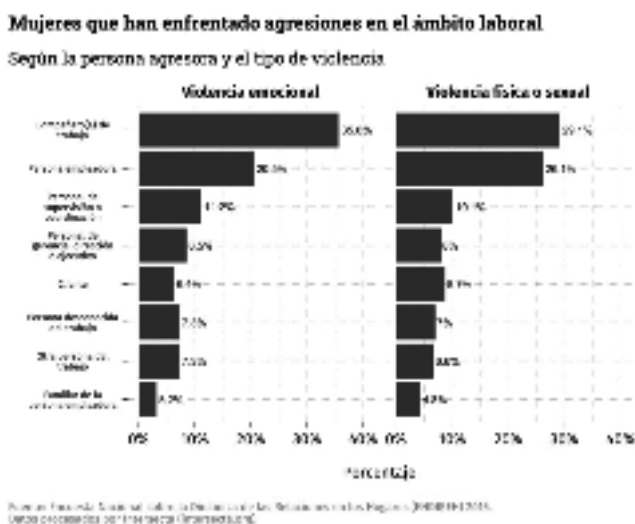


Fuente: Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) (2016). Datos procesados por Interactiva [interactiva.org].

Los datos de la ENDIREH reportan la frecuencia de incidentes puntuales de violencia. Las diez agresiones más comunes en el ámbito laboral son, como puede verse en la Figura 4: piropos ofensivos sobre el cuerpo de las mujeres (con 6.6% de mujeres trabajadoras que reportan haberlo experimentado alguna vez en sus vidas), humillación por ser mujer (5%), comentarios sobre que las mujeres no deberían trabajar (4.5%), insinuaciones para tener relaciones sexuales a cambio de beneficios en el trabajo (4.1%), ser ignoradas por ser mujer (3.8%), infligir miedo de ser atacada sexualmente (3.4%), tocamientos sin su consentimiento (2.9%), envío de mensajes con insinuaciones sexuales en redes sociales (2.5%), ser vigiladas después de salir del trabajo (2.3%) y comentarios que indican que sus logros se deben a relaciones sexuales con algún superior (2.3%). Esta lista de las agresiones más frecuentes en el ámbito laboral demuestra que la violencia que viven las mujeres en sus trabajos sí tiene una carga explícita de género.

En la Figura 5 puede verse que la violencia en el ámbito laboral que viven las mujeres, según la ENDIREH (2016), es perpetrada por una variedad de sujetos. La mayoría de quienes ejercen la violencia son las y los compañeros de trabajo y, en segundo lugar, la persona empleadora. Pero puede verse que también la ejercen el personal de supervisión o coordinación (11.2%), personal de gerencia, dirección o ejecutivo (8.5%), clientes (6.4%) y familiares de la persona empleadora (3.2%).

Figura 5.



Además de las personas agresoras, es importante comprender cuáles son los lugares donde ocurren las agresiones. Tanto para la violencia emocional como para la violencia física o sexual, los sitios más frecuentes donde ocurre la violencia laboral son las mismas instalaciones del trabajo de acuerdo con la ENDIREH (2016), con 79.2% y 79.1% de los casos respectivamente. Aunque este resultado no es sorprendente, pues coincide con el hecho de que las personas agresoras más frecuentes sean las o los compañeros y superiores del trabajo, sí revela que es indispensable que haya intervenciones para erradicar la discriminación y la violencia de los espacios de trabajo, que es donde las mujeres trabajadoras pasan partes importantes de sus vidas. El énfasis debe estar entonces en los propios centros de trabajo. Sin embargo, los datos señalan que la violencia laboral no se limita a este espacio, pues en el 12% de los casos de violencia emocional y en el 11.1% de violencia física o sexual ocurren en lugares públicos cerca del trabajo, 4.4% y 4.3% de los casos en una casa particular, 3.2% y 3% en lugares públicos lejos del trabajo y 0.8% y 1.4% en el transporte público. Las intervenciones tendrán que considerar las particularidades de cada uno de estos espacios y ponderar su relevancia según la incidencia correspondiente.

Figura 6.



Fuente: Encuesta Nacional sobre la Situación y los Actos de Violencia en el Lugar de Trabajo (ENDIREH) 2016.
Elaboración: autores, con base en la información original.

Los datos indican que la violencia en el espacio laboral es un fenómeno generalizado que impacta de manera diferenciada a las mujeres y que tiene consecuencias tangibles en sus vidas —entre las que se encuentra la pérdida de su empleo—. Dada la importancia de este fenómeno, ¿acuden las mujeres a las instituciones para pedir ayuda? La respuesta concreta es que no. Para ser más específicos, la ENDIREH (2016) indica que 9 de cada 10 mujeres que sufrieron una agresión en el espacio laboral no solicitaron apoyo a ninguna institución, ni tampoco denunciaron ante alguna autoridad. Solo el 5.3% presentó una queja o denunció ante alguna autoridad y el 2.3% solo solicitó apoyo a alguna institución. Muy pocas mujeres que vivieron agresiones, el 1.2%, hicieron ambas cosas. Esto implica que las instituciones no están lidiando con los impactos de la violencia laboral y que son las mujeres, junto con sus redes de apoyo, quienes asumen sus costos.

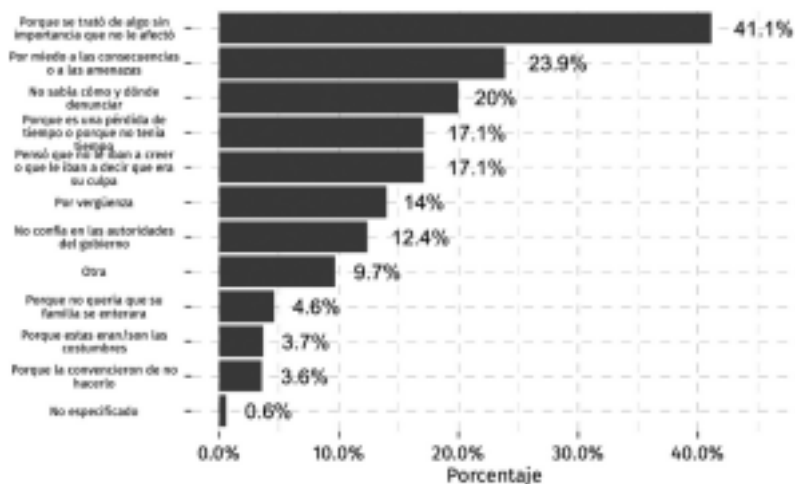
Si la prevalencia y los efectos de la violencia laboral son tan evidentes, ¿qué explica que las mujeres que viven violencia en el trabajo no acudan a las instituciones? Los datos de la ENDIREH (2016) señalan tres grandes motivos: normalización de la violencia, estigmatización de las víctimas y desconfianza en las autoridades. La mayoría de las mujeres, el 41.1%, reportó que no habían solicitado apoyo debido a que el incidente se trató de algo sin importancia que no les afectó. Esto refleja que las trabajadoras han interiorizado que las agresiones forman parte del ambiente laboral, como demuestra también el 3.7% de mujeres afectadas que decidieron no buscar apoyo porque las agresiones que vivieron eran parte de las costumbres.

Hay una porción considerable de mujeres a quienes la violencia sí les afectó pero que temen buscar ayuda por la estigmatización que viven las víctimas. De hecho, el 23.9% de las mujeres indicó que no buscó ayuda por miedo a las consecuencias o amenazas, el 17.1% porque consideró que no le iban a creer o que era su culpa, el 14% por vergüenza, el 4.6% porque no quería que su familia se enterara y el 3.6% porque la convencieron de no hacerlo. Por último, varias mujeres deciden no acudir a las instituciones por desconfianza o desconocimiento de los procesos institucionales. Dentro de esta tercera categoría entran el 20% de mujeres que no sabía cómo y dónde denunciar, el 17.1% que no lo hicieron porque consideran que es una pérdida de tiempo y el 12.4% que no confía en las autoridades.

Figura 7.

Mujeres que decidieron no solicitar apoyo después de sufrir una agresión en el ámbito laboral

Según motivo



Fuente: Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH) 2016. Datos procesados por Intersecta (intersecta.org).

La información referida en estas últimas preguntas es de suma importancia para la toma de decisiones judiciales. Cuando una mujer llega a proceder de manera institucional por alguna agresión que ha vivido en su espacio de trabajo, esta ha superado la normalización de la violencia, la estigmatización de las víctimas y la desconfianza en las instituciones. Vale la pena resaltar que menos del 10% de las mujeres afectadas por la violencia superan estos tres obstáculos. Esta información se debe mantener en mente junto con los demás datos presentados en este apartado, los cuales evidencian que las mujeres viven violencias diferenciadas en los espacios de trabajo, lo que viola sus derechos y contribuye a la disparidad socioeconómica entre mujeres y hombres. Pues, si bien cada caso corresponde a una mujer en particular, estos son manifestaciones de la discriminación sistémica que enfrentan las mujeres como grupo social, que limita sus derechos y que impide su plena integración a la esfera económica.

4. Otras violencias discriminatorias

Es importante mencionar que existen muy pocos, por no decir casi inexistentes, datos públicos —esto es, producidos por el Estado— que estimen violencias discriminatorias distintas a la violencia de género que se viven en los espacios de trabajo. Por ejemplo: no ha sido posible encontrar alguna encuesta estatal que muestre la prevalencia y las distintas manifestaciones de la violencia racista, clasista, capacitista o similares que se vivan en el espacio de trabajo.

Existen dos excepciones, sin embargo, que vale la pena mencionar. La primera es la Encuesta sobre Discriminación por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género, realizada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED). Esta encuesta permite estimar la magnitud y expresiones de la discriminación que viven personas por su orientación sexual, identidad de género o expresión de género. Incluye preguntas sobre lo que viven en distintos ámbitos, como el trabajo. Por ejemplo: según la encuesta, el 42.3% de los hombres trans y el 43.6% de las mujeres trans encuestadas, manifestaron haber “experimentado comentarios, conductas o actitudes negativas” por su identidad de género en el trabajo.

La segunda es la encuesta que muestra la complejidad de la violencia que viven las trabajadoras del hogar en México. Esta encuesta fue realizada, en 2014, por el CONAPRED junto con la Secretaría de Gobernación.² Son múltiples las vulneraciones a los derechos que quedan registrados con la encuesta. Pero destaca, por ejemplo, cómo de las trabajadoras que se identificaron como indígenas —el 23% del total encuestadas—, el 33% reportó que fueron tratadas con desprecio por ser indígenas, mientras que el 25% afirmó que les prohibieron, de plano, hablar su propia lengua. Del total de las trabajadoras encuestadas, el 14% reportó vivir maltrato verbal y el 12% que se usaban palabras ofensivas para referirse a ellas, palabras como “chachas” o “gatas”. El 12% también reportó haber vivido acoso sexual en su trabajo.

² CONAPRED-SEGOB, Condiciones laborales de las trabajadoras domésticas, 2015.

III. Protecciones constitucionales y convencionales

Aunque en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución) no hay una mención explícita de la violencia en el ámbito laboral, existen diversas disposiciones constitucionales y convencionales que protegen a las personas frente a este fenómeno. Es importante que las personas juzgadas las consideren al resolver asuntos relacionados con violencia laboral, porque lo que está en juego es la protección de derechos humanos. En este apartado, se revisan algunas de las disposiciones más importantes al respecto.

1. Un derecho de todas las personas

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la integridad personal que garantiza el derecho de las personas a “que se respete su integridad física, psíquica y moral”. De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), este derecho “comprende el reproche a cualquier acto infligido en menoscabo físico, psíquico o moral de las personas” (Amparo Directo 35/2014, p. 32). El derecho a la integridad personal protege a las personas frente a cualquier forma de violencia, incluida la que ocurre en el trabajo.

Adicionalmente, el artículo 123 de la Constitución reconoce el derecho al trabajo digno para todas las personas. En esta misma línea, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) reconoce a las personas el derecho “al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”. De acuerdo con el Comité DESC, este derecho comprende “la protección contra la violencia y el acoso, incluido el acoso sexual” (Comité DESC, 2016, párr. 6). El Comité resalta que “todos los trabajadores deberían estar protegidos contra el acoso físico y psicológico, incluido el sexual” (*Ibidem*, párr. 48).

2. Una protección frente a la discriminación

Si bien la violencia, incluida la laboral, puede afectar a todas las personas, lo cierto es que puede estar dirigida a o desproporcionadamente recaer sobre ciertos

grupos. Cuando esto ocurre, la violencia se vuelve en sí misma una forma de discriminación. Distintos instrumentos de derechos humanos reconocen este vínculo entre la violencia y la discriminación.

Por ejemplo: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Convención CERD), en su artículo 5, establece que los Estados se comprometen “a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas”, particularmente, entre otros, en el goce del derecho “a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución”.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (Convención DPD), en su artículo 16, le impone a los Estados la obligación de “adoptar medidas [...] que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso”. En su artículo 27, la Convención DPD establece que los Estados deben “proteger los derechos de las personas con discapacidad, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso y a la reparación por [los] agravios sufridos”.

Particularmente para la violencia de género, hay distintos instrumentos relevantes. Para empezar, está la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). El Comité de la CEDAW ha definido a la violencia de género como “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada” (CEDAW, 2017, párr. 1). Ha señalado que constituye “una forma de discriminación que impide gravemente [el] goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” (CEDAW, 1992, párr. 17).

En particular, este organismo internacional ha destacado que la violencia laboral vulnera la igualdad en el empleo cuando se somete a las mujeres por su condición de ser mujeres a este tipo de violencia.

Con respecto al hostigamiento sexual, tipo de violencia que se ejerce en el ámbito laboral, el Comité de la CEDAW ha señalado que “puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil.” (*Ibidem*, párr. 18).

Más recientemente, el Comité ha recomendado fomentar la participación del sector privado para enfrentar la violencia laboral con el objetivo de crear espacios seguros de trabajo para las trabajadoras. Para ello, ha propuesto crear procedimientos internos de denuncia eficaces y accesibles, así como abordar el derecho a prestaciones para las víctimas en el lugar de trabajo (CEDAW, 2017).

Otro documento esencial es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belém do Pará), el primer documento donde se reconoció el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia. Según los artículos 1 y 2 de esta Convención:

Debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica [que] tenga lugar en la comunidad y que sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, [el] acoso sexual en el lugar del trabajo.

Como queda claro, esta Convención también le impone al Estado la obligación de atender, sancionar, reparar y prevenir la violencia de género que viven las mujeres en el ámbito laboral.

Considerando todo lo anterior es que puede entenderse por qué, por ejemplo, el Comité DESC ha establecido que la normatividad laboral de un país debe hacer referencia al acoso “por razón de sexo, discapacidad, raza, orientación sexual, identidad de género e intersexualidad.” (*Ibidem*, párr. 48).

3. Protecciones integrales

Por último, es importante que las personas juzgadas conozcan el Convenio sobre la violencia y el acoso (núm. 190) y la Recomendación sobre la violencia y el acoso (núm. 206) de la Organización Internacional del Trabajo, que cristalizan muchas de las ideas hasta ahora revisadas. Si bien el Convenio aún no ha sido ratificado por el Senado Mexicano, es importante porque representa la consolidación en sede internacional de años de trabajo en la materia. Ofrece protecciones amplias e integrales para los y las trabajadoras en relación con la violencia laboral. Se destacan aquí algunos puntos que deben informar, sobre todo, la manera en la que las personas juzgadas entienden la violencia laboral.

En su artículo 1, párrafo a), el Convenio 190 ofrece su definición de “violencia y acoso”:

(...) un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y (...)

Es importante destacar, de esta definición, tres aspectos. El primero es que la definición no requiere que la violencia cause un daño, ni que se compruebe ese daño causado. Tampoco exige que se tenga la intención de causar un daño. Basta con mostrar que el comportamiento sea “susceptible de causar” un daño para que se considere que hay violencia. Esto tiene implicaciones importantes para los litigios. En segundo lugar, tampoco exige que la violencia sea persistente. Basta con que se manifieste “una sola vez” para que sea ilegítima. En tercer lugar, refiere a violencia física, psicológica, sexual y económica. Protege a las personas, en otras palabras, de distintas manifestaciones de la violencia. En su artículo 2, el Convenio 190 establece que:

protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación

contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.

Las protecciones del Convenio 190 se extienden no solo a los trabajadores en un sentido formal, sino a quienes buscan serlo y a quienes *de facto* laboran en un lugar. Esto es muy importante. En el artículo 3 del Convenio, por otra parte, se establece lo siguiente:

El presente Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado de este:

- a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo;
- b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios;
- c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo;
- d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación;
- e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y
- f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

El artículo 3 del Convenio 190 es importante porque deja en claro que se debe proteger a las personas de la violencia laboral en *todos* los espacios en los que ella ocurra. Esto no incluye solamente el lugar físico del trabajo —la tienda, la fábrica, la empresa—, sino que incluye desde “eventos sociales” y viajes, hasta las comunicaciones realizadas por medio de las tecnologías de la información y comunicación. Siempre que la violencia ocurra “durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”, las personas deben estar protegidas de ella.

IV. La regulación de la violencia laboral en México

En 2012 se reformó la Ley Federal del Trabajo para incluir protecciones a los derechos de las mujeres trabajadoras, así como la prohibición expresa de la discriminación y violencia a la que se enfrentan en los centros de trabajo. En dicha reforma se integró a la ley laboral en su artículo 2º el concepto de trabajo digno o decente, entendido como aquel en el que se respeta plenamente la dignidad humana de la persona trabajadora, la no discriminación por las categorías contenidas en el artículo 1º constitucional, tanto en los ámbitos individual y colectivo, así como el acceso a la seguridad social.

Como parte de estas reformas también se incorporaron, en el artículo 3 Bis, las definiciones del hostigamiento y el acoso sexual. De este modo, se entiende por 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.” A pesar de que esta disposición pretende definir el hostigamiento sexual, no incorpora el carácter sexual de la acción; en cambio, lo define como cualquier tipo de agresión que se ejerza en el espacio laboral donde exista algún tipo de subordinación.

Por otro lado, se define el acoso sexual como “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.”

Además de estas definiciones, la ley señala distintas obligaciones para las personas empleadoras con el fin de proteger a las y los trabajadores de la violencia en el trabajo. Por un lado, tienen prohibido realizar actos de acoso u hostigamiento sexual en el centro de trabajo.³ En consecuencia, una persona trabajadora puede terminar su relación de trabajo sin responsabilidad para ella cuando la emplea-

³ Artículo 133, fracciones XII.

dora o empleador realice actos de violencia, amenazas, hostigamiento y/o acoso sexual.⁴

Aunado a esto, la persona empleadora está obligada no sólo a no acosar u hostigar sexualmente, sino también a prevenir y a no tolerar conductas de hostigamiento y acoso sexual en el centro de trabajo, sin importar si participó o no en dichos actos. Si el empleador o empleadora incumple con estas obligaciones, la ley prevé una multa de 250 a 5000 Unidades de Medida y Actualización.⁵

Adicionalmente, la norma dispone que, en caso de que alguno de sus trabajadores haya realizado actos de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona en el establecimiento o lugar de trabajo, el empleador o empleadora podrá rescindir la relación de trabajo sin responsabilidad.⁶

En 2019, como parte de una reforma integral a la justicia laboral, se volvió a modificar la Ley Federal del Trabajo. En esta ocasión, se adicionó al artículo 132 la obligación de las personas empleadoras de crear protocolos en conjunto con las y los trabajadores “para prevenir la discriminación por razones de género, así como la atención de casos de violencia y acoso u hostigamiento sexual.”⁷ Como parte de esta reforma, además, se estableció que “es de interés social garantizar un ambiente laboral libre de discriminación y de violencia.”⁸

Todas las disposiciones señaladas han ampliado las nociones tradicionales respecto del derecho laboral, en especial de las protecciones de las y los trabajadores con respecto a la violencia que se ejerce en este contexto. Por ello, resulta importante retomar estos estándares para el contexto mexicano, a fin de proteger de manera integral y efectiva los derechos de las personas trabajadoras, con el objetivo de

⁴ Artículo 51, fracción II.

⁵ Artículo 994, fracción VI.

⁶ Artículo 47, fracción VIII.

⁷ Artículo 132, fracción XXXI. Al respecto, la Secretaría de Previsión Social y de Trabajo publicó recientemente un Modelo de Protocolo para prevenir, atender y erradicar la violencia laboral en los centros de trabajo con el objetivo de establecer un piso mínimo para que las empresas lo incorporen a su normativa interna.

⁸ Artículo 3°.

lograr la implementación de las reglas y principios que tienen como finalidad la tutela del derecho de a un trabajo libre de discriminación y violencia.

En adición a la Ley Federal del Trabajo, es importante reconocer que, en 2018, la Secretaría de Trabajo y Previsión Social emitió la Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018 Factores de riesgo psicosocial⁹ en el trabajo-Identificación, análisis y prevención, donde se establecieron distintas medidas de prevención y acciones de control de los factores de la violencia laboral.

Esta norma, por una parte, define a la violencia laboral como “aquellos actos de hostigamiento, acoso o malos tratos en contra del trabajador, que pueden dañar su integridad o salud.” En adición, determina diversas obligaciones de la o el empleador, tales como:

- Implantar, mantener y difundir en el centro de trabajo una política de prevención de riesgos psicosociales que contemple, entre otros, la violencia laboral;
- Adoptar medidas para atender las prácticas opuestas al entorno organizacional favorable y los actos de violencia laboral;
- Identificar a las y los trabajadores que fueron sujetos a acontecimientos traumáticos severos durante o con motivo del trabajo y, canalizarlos para su atención a la institución de seguridad social o privada, o al médico del centro de trabajo o de la empresa.
- Practicar exámenes médicos y evaluaciones psicológicas a los trabajadores expuestos a violencia laboral cuando existan signos o síntomas que denoten alguna alteración a su salud;

⁹ Esta norma los define como “aquellos que pueden provocar trastornos de ansiedad, no orgánicos del ciclo sueño-vigilia y de estrés grave y de adaptación, derivado de la naturaleza de las funciones del puesto de trabajo, el tipo de jornada de trabajo y la exposición a acontecimientos traumáticos severos o a actos de violencia laboral al trabajador, por el trabajo desarrollado.”

- Difundir información a los trabajadores sobre: a) la política de prevención de riesgos psicosociales; b) las medidas adoptadas para combatir los actos de violencia laboral; c) las medidas y acciones de prevención y, en su caso, las acciones de control de los factores de riesgo psicosocial; d) Los mecanismos para presentar quejas por prácticas opuestas al entorno organizacional favorable y para denunciar actos de violencia laboral;
- Llevar registros sobre: a) los resultados de la identificación y análisis de los factores de riesgo psicosocial y, además, tratándose de centros de trabajo de más de 50 trabajadores, de las evaluaciones del entorno organizacional; b) las medidas de control adoptadas cuando el resultado de la identificación y análisis de los factores de riesgo psicosocial y evaluación del entorno organizacional lo señale, y c) los nombres de las y los trabajadores a los que se les practicaron los exámenes o evaluaciones clínicas.

Como puede verse al analizar estas disposiciones internacionales y nacionales, las obligaciones jurídicas de la persona empleadora en la materia van mucho más allá de simplemente abstenerse de acosar u hostigar. En cambio, tienen la obligación amplia de no tolerar o permitir todo tipo de violencia en el trabajo y de crear, incluso, un ambiente laboral positivo.

V. El proceso laboral

A lo largo de las distintas etapas que conforman el juicio laboral en el que se demanda violencia derivada de las relaciones de trabajo, se presentan problemáticas que deben ser atendidas por las y los juzgadores con perspectiva de género. A continuación, se desarrollan algunas de estas problemáticas y se proponen herramientas a las personas juzgadoras sobre la forma en que pueden ser abordadas.

1. La conciliación

Desde su concepción, la justicia laboral ha dado una gran importancia a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de controversias, con el objetivo

de resolver de manera rápida y eficaz alguna controversia de carácter laboral por la relevancia que su resolución tiene en la vida de las personas trabajadoras. Con ello, se ha buscado que sólo lleguen al Tribunal laboral los casos donde no sea posible conciliar.

Esta concepción no es ajena al nuevo esquema de justicia laboral. Por ende, bajo este nuevo esquema procesal de trabajo, antes de iniciar cualquier procedimiento jurisdiccional laboral, tanto la Constitución como la ley laboral mandatan que todas las personas trabajadoras, sindicatos y personas empleadoras realicen un proceso de conciliación prejudicial.¹⁰ En otras palabras, aunque esta etapa de conciliación no forma parte propiamente del proceso laboral, es un requisito que necesariamente se debe agotar antes de comenzar un proceso judicial ante una persona juzgadora laboral.

Esta etapa previa al proceso judicial, sin embargo, no es obligatoria para algunos conflictos laborales. Las excepciones están establecidas en el 685-Ter. Estas incluyen, entre otras, controversias que involucren discriminación en el empleo y ocupación por embarazo, así como por razones de sexo, orientación sexual, raza, religión, origen étnico, condición social o acoso u hostigamiento sexual u otros actos de violencia contemplados por la ley. En estos casos, la conciliación es voluntaria.¹¹ Si la persona víctima decide no realizarla, entonces puede ir directamente al Tribunal laboral.

Si decide realizarla y se trata de un caso donde se disputan casos de discriminación, acoso sexual u otros casos de violencia en el trabajo en los que exista el riesgo inminente de revictimización, la autoridad conciliadora está obligada a tomar las medidas necesarias para que, en ningún momento de esta etapa prejudicial, se le “reúna o encare a la persona citada a la que se le atribuyen tales actos.” En consecuencia, en estos casos, la conciliación se debe llevar a cabo con las personas representantes o apoderadas de la persona citada, a fin de que en ningún momento se encuentren en el mismo espacio.¹²

¹⁰ Artículo 123, Apartado A, fracción XX de la CPEUM y Artículo 684-B de la Ley Federal del Trabajo.

¹¹ Artículo 685 Ter, fracción I.

¹² Artículo 684-E, fracción XII.

Conforme al último párrafo del artículo 685-Ter de la Ley Federal del Trabajo, “para la actualización de las excepciones se debe acreditar de indicios que generen al tribunal la razonable sospecha, apariencia o presunción de que se están vulnerando” los derechos señalados en este mismo artículo.

En caso de que no se llegara a conciliar, entonces comienza la etapa judicial de la controversia ante una persona juzgadora en materia laboral.

a. Presentación de la demanda

i) Aclaración de la demanda

El primer reto al que una persona juzgadora en materia laboral se enfrenta es la presentación de la demanda. Será en esa primera parte del proceso en la que se deberá identificar si en el problema jurídico existen desigualdades por razón de género y ello determinará su actuación en el resto del proceso.

Este primer análisis debe realizarse sin excepción en todos los asuntos, con independencia de si la parte actora alega o no la existencia de violencia basada en el género, pues si bien en algunas ocasiones las relaciones de desigualdad son notorias o manifiestas, lo cierto es que en muchos casos se llegará a esa conclusión hasta que se analicen otros elementos.

Al recibir la demanda, las personas juzgadoras deben analizarla y, en caso de advertir que los hechos o pretensiones no son claros o se identifique alguna irregularidad, deben requerir que se subsane, en términos del artículo 873 de la Ley Federal del Trabajo.¹³ En caso de que no se desahogue la referida prevención, las

¹³ Artículo 873. Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la demanda, deberá turnarse al Tribunal correspondiente; si la demanda se encuentra ajustada a derecho, éste deberá dictar el acuerdo de admisión respectivo dentro de los tres días siguientes a que le sea turnada o de que se haya subsanado ésta en los términos del tercer párrafo del presente artículo.

(...)

Cuando el actor sea el trabajador o sus beneficiarios, de advertir el Tribunal alguna irregularidad en el escrito de demanda o se promueven acciones contradictorias o no se haya precisado el salario base de

y los jueces deberán valorar si es posible subsanar las omisiones o irregularidades, basándose en el material probatorio y hechos manifestados por las partes.

Es importante mencionar que dicho mandato procesal no es exclusivo de los casos de violencia, pues siempre que se trate de la parte trabajadora deberá prevenirse para tal efecto; lo cierto es que, en casos relacionados con violencia, el accionar de las y los juzgadores en este momento del proceso debe enfocarse en recabar la información necesaria para identificar si las partes se encuentran en desventaja por razón de género para hacer valer sus derechos.

En este sentido, si aun con la información contenida en el escrito de demanda, a la persona juzgadora no le queda clara la posible existencia de una situación de desventaja por razones de género, debe emitir un acuerdo, precisando la información que estime necesaria recabar. Es decir, no solicitará la aclaración de la demanda en términos generales, sino que debe puntualizar que se requiere mayor precisión en los alegados hechos de violencia, así como información que permita identificar el contexto general y particular en el que se da la situación de violencia, datos relacionados con la identidad de las partes, como puede ser información sobre edad, estado civil, si están a cargo del cuidado de otras personas, instrucción académica, condición económica, situación laboral, condición de discapacidad, entre otras.

En este punto es importante destacar que las y los juzgadores en materia de trabajo deben tener en cuenta que regularmente las situaciones de desventaja no existen de manera aislada. Es común que las personas vivan violencias o discriminaciones por distintas razones al mismo tiempo. De ahí que será importante que, en caso de duda, soliciten que en la demanda se aclare si en las

la acción, en el acuerdo le señalará los defectos u omisiones en que haya incurrido y lo prevendrá para que los subsane dentro de un término de tres días. Dicho acuerdo deberá notificarse personalmente al actor.

De no subsanar el actor la demanda en el término concedido, el Tribunal subsanará las omisiones o irregularidades basándose en el material probatorio que el actor acompañe a su demanda y conforme a las normas del trabajo, una vez hecho lo anterior, el Tribunal admitirá la demanda.

(...)

personas confluyen condiciones que generan algún tipo de discriminación o violencia interseccional.

En caso de advertirse esta situación, las personas juzgadoras deberán tomarla en consideración a lo largo de todo el desahogo del proceso, pues la violencia alegada solo podría entenderse en el marco de la convergencia de las diversas condiciones de vulnerabilidad, diferente a las discriminaciones o violencias valoradas individualmente.

ii) Análisis de la situación de riesgo

Con la presentación de la demanda, es necesario evaluar si con motivo del conflicto de violencia puede existir un riesgo para la vida o integridad de alguna de las partes del juicio laboral. Si la juzgadora o juzgador advierte que puede existir una posible situación de riesgo en el espacio laboral, debe dictar órdenes de protección para la persona que se encuentra en riesgo, con fundamento en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia o sus similares en el ámbito local.

El artículo 27 de la ley precisada dispone que las órdenes de protección son actos de urgente aplicación en función del interés superior de las mujeres víctimas de violencia, su naturaleza es precautoria y cautelar; estas pueden emitirse de oficio o a petición de parte por los órganos jurisdiccionales, entre otras autoridades.

Dicha norma en el ámbito federal, y las correspondientes locales, disponen la obligación de las personas juzgadoras de todas las materias de emitir las medidas cautelares en el momento en que tengan conocimiento de un hecho de violencia o infracción, de modo que cuando se adviertan conductas que pueden poner en riesgo la integridad, la libertad o la vida de las mujeres o niñas relacionadas con el conflicto que dio origen al juicio laboral, debe dictar las órdenes de protección que considere necesarias.

En cuanto a la obligación contenida en la referida Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia, la Primera Sala de la Suprema Corte ya se

pronunció en relación con la constitucionalidad de la obligación a cargo de todas las personas juzgadoras de imponer órdenes de protección. En este sentido, consideró que resultan normativas proporcionales en el contexto mexicano de violencia de género, que responden eficazmente a la dinámica de la violencia en contra de las mujeres y constituyen mecanismos *idóneos* para prevenir el abuso físico o emocional.¹⁴

Por otro lado, cabe destacar que la Ley Federal del Trabajo en su artículo 857 establece la posibilidad de que, a petición de parte, se decreten providencias cautelares cuando, entre otros casos, se reclama discriminación en el empleo por casos de embarazo o identidad de género. Como una de las medidas, el referido artículo establece que se debe ordenar al patrón que se abstenga de dar de baja de la institución de seguridad social en la que se encuentra afiliada la parte trabajadora que haya sido despedida.

Ambas legislaciones, la laboral y la de acceso a una vida libre de violencia, deben leerse de manera conjunta, pues si bien la norma laboral establece una base para poder dictar medidas precautorias en ciertos supuestos, esta se limita a que sea a petición de parte, en tanto que la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y sus similares locales, imponen la obligación a las y los juzgadores de emitir las órdenes de protección de manera oficiosa.

Para dar cumplimiento a esa obligación, las y los juzgadores deben analizar la posible situación de riesgo y determinar las acciones encaminadas a tutelar la integridad física, sexual, económica y psicológica de las trabajadoras. Se debe considerar a la persona o personas que representan el riesgo para la posible víctima, cuáles son los motivos que genera esa situación de riesgo y qué tipo de violencia se puede presentar.

Es importante que, al momento de analizar las medidas de protección, las juezes y juezas en materia de trabajo escuchen a la posible víctima de violencia para que

¹⁴ Ver amparo en revisión 24/2018, resuelto el diecisiete de octubre de dos mil dieciocho.

manifieste con qué tipo de acciones se sentiría más segura y, en la medida de lo posible, se tome en cuenta lo manifestado al dictar las medidas de protección.

Cuando se dicten las órdenes de protección, las personas juzgadoras deben apercebir a las partes obligadas a que, en caso de incumplir con lo ordenado, a efecto de salvaguardar la integridad de quien se dijo estar en riesgo, le será impuesta una medida disciplinaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 729 de la Ley Federal del Trabajo.

Además, en términos del artículo 34 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, las y los jueces laborales implementarán las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento, monitoreo y ejecución de las medidas de protección ordenadas. En esos términos, las autoridades jurisdiccionales laborales deben ordenar las diligencias que consideren pertinentes para asegurarse del debido cumplimiento de las medidas ordenadas. Por ejemplo, una inspección en el lugar de trabajo a cargo de la persona actuaria judicial.

Ejemplos de medidas que se pueden ordenar en materia laboral

- A) Si un trabajador que se desempeña como maestro frente a grupo es acusado e investigado mediante algún procedimiento interno de la fuente de trabajo por posibles actos de violencia sexual en contra de alguna alumna o alumno, una medida de prevención de la integridad sexual de las y los estudiantes puede ser la reubicación del maestro trabajador a un área de funciones administrativas en las que no tenga relación con el alumnado, hasta en tanto se resuelva sobre el asunto. Se podrá ordenar el cambio de horarios de trabajo para que las personas involucradas no permanezcan en el mismo espacio físico, entre otras.
- B) Si una persona trabajadora transgénero alega violencia psicológica al interior del lugar de trabajo por motivo de su identidad y/o expresión de género, la o el juzgador podría ordenar precautoriamente —previa consulta de la persona afectada— su reasignación a un

espacio distinto de la empresa empleadora, exigiendo confidencialidad respecto de la situación de la o el trabajador.

- C) Cuando se reclame despido injustificado motivado en violencia de género, se podría imponer como medida que la parte empleadora no ordene la baja del régimen obligatorio de seguridad social, a efecto de que la persona que alega haber vivido violencia pueda seguir accediendo a los servicios médicos.
- D) Cuando se reclame violencia psicológica y ambas partes sigan laborando en el mismo lugar de trabajo, la o el juzgador podrá ordenar que, en la medida de lo posible, se reasigne en un espacio diverso a la presunta persona agresora.¹⁵

b. Audiencias

Los y las juezas laborales, quienes de acuerdo con el artículo 610 de la Ley Federal del Trabajo deben estar presentes en el desarrollo de todas las audiencias en el juicio, tienen la obligación de generar las condiciones adecuadas para su realización, garantizando que esas actuaciones se desarrollen en un ambiente seguro para la posible víctima de violencia de género, evitando su revictimización o reexperimentación de alguna situación traumática.

c. Ofrecimiento de pruebas

Cuando las y los juzgadores adviertan que el material probatorio aportado por las partes es insuficiente, con base en lo establecido en el artículo 782 de la ley laboral, que faculta a las y los juzgadores a practicar las diligencias que juzguen

¹⁵ Véase tesis aislada de rubro: “MOBBING O ACOSO LABORAL. ANTE UNA DEMANDA POR ESA CONDUCTA, LA JUNTA ESTÁ FACULTADA PARA PROVEER, EN LA VÍA INCIDENTAL, LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE GARANTICEN LAS PRERROGATIVAS ELEMENTALES EN FAVOR DEL TRABAJADOR”, emitida por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito.

convenientes para el esclarecimiento de la verdad, surge la obligación para quien juzga de allegarse oficiosamente de las pruebas necesarias para poder estar en aptitud de determinar si en el caso existe o no un impacto de género —como puede ser que la violencia reclamada tenga origen en el género de las personas involucradas.

La obligación de recabar pruebas oficiosamente cobra especial relevancia en aquellos casos en que únicamente estén en poder de la empresa empleadora, derivado de su obligación de implementar ciertas medidas preventivas de violencia en el lugar de trabajo, de modo que pretender que la parte trabajadora las aporte resultaría una carga procesal injustificada, difícil de cumplir.

Ejemplos de pruebas que se deben recabar de manera oficiosa

- a) Cuando se alega o se infiera violencia de cualquier tipo, si las partes no ofrecieron prueba mediante la cual se pueda tener certeza sobre el cumplimiento o incumplimiento de la parte empleadora de la obligación a su cargo contenida en el artículo 132, fracción XXXI, respecto de la implementación de un protocolo para prevenir la violencia, la o el juzgador laboral podrá ordenar un informe o el desahogo de una inspección en el lugar de trabajo para poder tener conocimiento de si existe o no dicho mecanismo y, de existir, en qué términos se desarrolla. Dicha prueba será indispensable en el estudio de fondo que se realice en el laudo para poder determinar si la o el empleador permitieron la violencia al interior del lugar de trabajo.
- b) Si se alega violencia psicológica por razones de género y las partes no ofrecieron pruebas para acreditarlo, la persona juzgadora podrá ordenar que se le informe sobre las medidas adoptadas en el centro de trabajo en el que se señaló ocurrieron los actos de violencia, respecto de la prevención de los factores de riesgo psicosocial y la violencia laboral, así como para la promoción del entorno organizacional favorable, de acuerdo con lo ordenado en la Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018.

d. Desahogo de pruebas

La obligación esencial desde un enfoque de género para las y los juzgadores laborales en el desahogo de las pruebas que ofrecieron las partes y que, en su caso, ordenó oficiosamente el propio tribunal, radica en evitar la revictimización de las personas que alegaron ser sujetas de violencia. Es decir, que se debe evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la experiencia traumática derivada de la violencia cada vez que la víctima declare sobre lo ocurrido.

Por ello, los y las juzgadas laborales deben, por ejemplo, calificar las posiciones a desahogarse en la prueba confesional o testimonial y analizar el cuestionario que acompañe la prueba pericial psicológica a desahogarse por la presunta víctima de violencia, cuidando que las preguntas no tengan un carácter sexista o se basen en estereotipos de género, y que no aborden de manera insensible la experiencia de violencia de la víctima, reproduciendo en el juicio la violencia antes vivida.

VI. Asuntos de fondo relevantes

Una vez cerrada la instrucción, de conformidad con el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, las y los jueces laborales dictarán el laudo a *verdad sabida, buena fe guardada y apreciando los hechos en conciencia*. Esa expresión hace referencia a que los tribunales de trabajo, para formarse una convicción sobre la controversia que decidan, no tienen obligación de guiarse por reglas fijas y tradicionales en la recepción y calificación de pruebas.¹⁶

1. Análisis de los hechos

Las personas juzgadas deben analizar los hechos expuestos desde un enfoque de género que permita identificar el impacto del género en el caso a resolver. Es decir, que posibilite advertir la existencia de tratos fundados en estereotipos de género,

¹⁶ Consideración sostenida en el amparo directo en revisión 236/2014, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el dos de abril de dos mil catorce.

de relaciones asimétricas de poder, el estado de vulnerabilidad en que se encuentra una persona por razón de su género, así como desigualdad entre las partes por motivos de género. Las y los jueces de trabajo deberán realizar el siguiente análisis que, para efectos didácticos, se expone en los siguientes pasos:

Paso 1. Analizar las manifestaciones de las partes en relación con las conductas o comportamientos que dieron origen al conflicto y las personas involucradas, para identificar posibles situaciones de violencia. Así, resultan trascendentes las manifestaciones asentadas en el apartado de hechos del escrito inicial de demanda y contestación, de donde podrá desprenderse si se señalan conductas tales como peticiones sexuales en el lugar de trabajo a cambio de la permanencia en el puesto, actos intimidatorios, amenazas, segregación, cargas diferenciadas de trabajo, insultos, burlas, golpes, amenazas, tocamientos, entre otros.

Paso 2. Identificar las características de identidad de las personas que alegan haber vivido violencia, es decir, advertir características tales como género, orientación sexual, edad, estado civil, entre otras. Además, deberá analizar el contexto particular de las partes, atendiendo a rubros como condición económica, nivel de instrucción, condiciones laborales, funciones desempeñadas en el lugar de trabajo, si existen personas dependientes económicas o a su cuidado, condición de salud.

Al resolver el amparo directo 374/2020, el Decimosexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito advirtió que el asunto estaba vinculado con el tema de violencia sexual, en el que se acusó a un profesor trabajador de la Secretaría de Educación Pública de abusar sexualmente de una de sus alumnas de cinco años. En la sentencia de amparo, el tribunal destacó la necesidad de juzgar con perspectiva de género, pues advirtió el contexto de las partes involucradas en la situación de origen, porque estaban involucrados los derechos de una niña, que además vivía en una zona conurbada de recursos moderados (condición económica).

Paso 3. Identificar si el conflicto se da en el marco de una problemática social a la luz de las condiciones del lugar y momento en el que se dieron los hechos. Para ello, es indispensable acudir a datos estadísticos relacionados con el problema de violencia alegado, pues ello dará cuenta de la situación general que impera en algunos sectores de la sociedad. Así, dependiendo del problema que se trate se deberá acudir, por ejemplo, a estadísticas de brecha salarial entre hombres y mujeres, si lo que se alega es violencia económica,¹⁷ porcentajes de violencia a mujeres en el municipio o estado de que se trate si se alega violencia sexual, datos sobre el tiempo que hombres y mujeres emplean para las labores del hogar si se alega violencia psicológica por tratar de conciliar el empleo y las labores de cuidado,¹⁸ etcétera.

El uso de estadísticas en sentencias ha sido empleado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo 9/2018, en el que se analizó el régimen de seguridad social de las personas que se dedican al trabajo doméstico. Específicamente, se acudió a datos del Instituto Nacional de Geografía y Estadística, así como a la información de la Organización Internacional del Trabajo, para concluir que la exclusión del empleo doméstico remunerado del régimen obligatorio de seguridad social afectaba de manera desproporcionada a las mujeres, porque dicho grupo es el que en mayor medida se dedica a ese sector.

Paso 4. Identificar si el género fue una condición que influyó directa o indirectamente en el conflicto (tipo de violencia, comentarios, tocamientos y sus condiciones), o si dicho criterio generó ventaja a una de las partes (posición de poder y vulnerabilidad entre las partes).

¹⁷ En el tema de brecha salarial la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 1754/2015, acudió a estadísticas de la Organización Internacional del Trabajo e Instituto Nacional de las Mujeres (InMujeres).

¹⁸ Al resolver el amparo directo en revisión 1754/2015, la Corte acudió a cifras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para visualizar el tiempo que hombres y mujeres emplean en las labores del hogar.

Paso 5. Advertir la interacción entre la condición de género con otras condiciones de identidad y de contexto de las partes que puedan tener un impacto en el caso.

2. Análisis de las pruebas

Las juezas y jueces laborales deben tener claridad sobre cómo incorporar un enfoque de género al valorar las pruebas desahogadas para determinar si la persona empleadora o personas que ostentan puestos de dirección o supervisión ejercieron actos de violencia, si no la ejercieron, pero la permitieron o toleraron, o bien, si se sancionó de forma adecuada y proporcional.

El análisis y valoración del material probatorio desde un enfoque de género cobra especial importancia, ya que permite entender si el conflicto se enmarca en una problemática de género, la dinámica de la violencia que se alega, el impacto que puede tener en las personas afectadas, así como el tipo de sanciones y reparaciones que se deben ordenar en el laudo.

a. Estereotipos de género y valoración de pruebas

En la valoración de la prueba en materia laboral, sobre todo tratándose de asuntos relacionados con violencia, debe tenerse presente la existencia de los estereotipos y prejuicios de género que constituyen ideas que dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de los hechos acreditados.

Las juezas y jueces de trabajo deben utilizar criterios razonables, evitando una valoración de la prueba basada en creencias, costumbres u opiniones personales respecto del rol de género que *deben* desempeñar las personas conforme a su sexo. Ejemplos en mujeres: su forma de vestir, que trabaje o no en horario nocturno, antecedentes de parejas sentimentales, la forma de interacción con sus compañeros. En hombres: forma de vestir, desempeño de tareas tradicionalmente *feminizadas*, labores de cuidado al ejercer su paternidad, por nombrar algunos.

b. ¿Cómo se acredita la violencia desde un enfoque de género?

Como ya se mencionó, la valoración de las pruebas con perspectiva de género en el proceso laboral para acreditar la violencia ya sea física, sexual, económica o psicológica debe ser flexible, sin sujetarse a reglas o formulismos, tal como refiere el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo.¹⁹

Ante la flexibilidad en el ofrecimiento y cargas probatorias en el juicio laboral, se estima pertinente señalar los casos que pueden agruparse al compartir características en la forma de estudio y acreditación de violencia de género en las relaciones laborales.

Por un lado, se tienen los casos en que la violencia de género se tendrá acreditada por las presunciones que surjan del incumplimiento de la parte empleadora de comprobar ciertos hechos. En un segundo grupo de casos, en cambio, será necesario realizar el análisis de las pruebas aportadas a través de un estándar que se precisa en los párrafos siguientes.

Por la particularidad de la acción de despido injustificado, es pertinente destacar que el despido que se haga depender de actos de violencia de género puede situarse en ambos grupos, tanto en los que la violencia se acredita con presunción, como en los que se requiere acudir a cierto estándar de prueba.

En el capítulo de pruebas se desarrolla con amplitud las reglas de presunción y carga probatoria en acciones de despido, pero para efectos del tema que se desarrolla, basta mencionar que, cuando la parte empleadora no acredite la legalidad del despido, se tendrá por cierto que el despido injustificado tuvo su origen en un tema de violencia de género.

¹⁹ Artículo 841

Las sentencias se dictarán a verdad sabida y buena fe guardada, y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero los Tribunales están obligados a estudiar pormenorizadamente las rendidas, haciendo la valoración de las mismas. Asimismo, expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyan.

Sin embargo, cuando se alegue despido injustificado y la parte demandada acredite la existencia de alguno de los elementos objetivos para el despido justificado contenidos en el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo,²⁰ surge la necesidad de

²⁰ Artículo 47. Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:

I. Engañarlo el trabajador o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador;

II. Incurrir el trabajador, durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, o en contra de clientes y proveedores del patrón, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia;

III. Cometer el trabajador contra alguno de sus compañeros, cualquiera de los actos enumerados en la fracción anterior, si como consecuencia de ellos se altera la disciplina del lugar en que se desempeñe el trabajo;

IV. Cometer el trabajador, fuera del servicio, contra el patrón, sus familiares o personal directivo o administrativo, alguno de los actos a que se refiere la fracción II, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo;

V. Ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales durante el desempeño de las labores o con motivo de ellas, en los edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo;

VI. Ocasionar el trabajador los perjuicios de que habla la fracción anterior siempre que sean graves, sin dolo, pero con negligencia tal, que ella sea la causa única del perjuicio;

VII. Comprometer el trabajador, por su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en él;

VIII. Cometer el trabajador actos inmorales o de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona en el establecimiento o lugar de trabajo;

IX. Revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa;

X. Tener el trabajador más de tres faltas de asistencia en un período de treinta días, sin permiso del patrón o sin causa justificada;

XI. Desobedecer el trabajador al patrón o a sus representantes, sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado;

XII. Negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades;

XIII. Concurrir el trabajador a sus labores en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico o droga enervante, salvo que, en este último caso, exista prescripción médica. Antes de iniciar su servicio, el trabajador deberá poner el hecho en conocimiento del patrón y presentar la prescripción suscrita por el médico;

XIV. La sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador una pena de prisión, que le impida el cumplimiento de la relación de trabajo;

XIV Bis. La falta de documentos que exijan las leyes y reglamentos, necesarios para la prestación del servicio cuando sea imputable al trabajador y que exceda del periodo a que se refiere la fracción IV del artículo 43; y

XV. Las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes en lo que al trabajo se refiere.

(...)

analizar la alegada violencia de género, pues no se actualiza la presunción de ser cierto lo afirmado en la demanda, a diferencia del primero de los escenarios mencionados.

De este modo, cuando en un juicio en el que se demande despido injustificado vinculado con violencia de género la persona empleadora sí acredite la existencia de alguna razón justificada para la terminación de la relación laboral, ello no deja de lado las manifestaciones de conductas de violencia en contra de la persona trabajadora. En ese sentido, aunque no prospere la acción de reinstalación por existir una razón legítima para la terminación de la relación laboral, ello no implica que la violencia de género alegada deje de ser analizada, pues ello se traduciría en el dictado de un laudo incongruente al no ocuparse de todas las cuestiones alegadas en el escrito de demanda.

En estos casos es necesario acudir al estándar de prueba para la acreditación de violencia de género en las relaciones laborales.

Casos en los que se debe acudir al estándar de prueba para analizar la acreditación de violencia

Con independencia de los procesos en donde se reclame el despido injustificado, existe una diversidad de supuestos en los que las personas pueden acudir a la tutela jurisdiccional laboral por distintas conductas que entrañen violencia en los lugares de trabajo, pues se puede ejercer violencia psicológica, sexual, económica y física que no se traduzca en despido, tanto por las personas empleadoras y su personal gerencial, de supervisión o de administración, así como por las y los compañeros de trabajo, como se reflejan en los datos mostrados en apartados previos.

En ese tenor, puede demandarse, por ejemplo, violencia psicológica ejercida por las personas empleadoras, trabajadores y trabajadoras; violencia económica cuando por las mismas funciones se pague menos a una trabajadora que a un trabajador por razón de su género; violencia sexual cuando a una persona trabajadora le sean ejecutados tocamientos por parte de cualquier persona en el espacio laboral;

violencia física cuando se atente causando lesiones, en contra de algún trabajador por su identidad y/o expresión de género.

También puede darse el caso de que la empresa empleadora despidiera a la persona trabajadora sin causa justificada quedando eximida de la obligación de reinstalar a la persona trabajadora mediante el pago de una indemnización. Si en esos supuestos la persona trabajadora acude a los tribunales laborales señalando que el motivo del despido tuvo relación con violencia de género ejercida sobre ella, tampoco aplicará la regla probatoria a cargo del empleador, pues la excepción de la o el empleador no radicará en la legalidad del despido.

En este caso queda claro que existe la prerrogativa de la persona empleadora para terminar unilateralmente y sin justa causa la relación laboral. Esto permite que se finalice la relación laboral sin que exista un deber de motivación o la obligación de precisar la causa de la desvinculación. Sin embargo, ello no da cabida a desconocer los derechos humanos de las personas trabajadoras, como es el caso del derecho a ser tratadas en condiciones de igualdad en un ambiente libre de violencia. De este modo, de someterse al conocimiento de una jueza o juez de trabajo, se deberá analizar si existió o no violencia de género como causa motivadora del despido.

Así como los ejemplos señalados, existe una diversidad de situaciones de violencia de género que pueden provocar ambientes de trabajo hostiles y que atentan en contra de la dignidad de las y los trabajadores, sin que se traduzca en despidos, de ahí la necesidad de precisar el estándar que se desarrolla a continuación.

c. Estándar para acreditar la violencia en el trabajo

Es importante destacar que la acreditación de los actos de violencia no amerita un estándar de prueba estricto como si se tratara de materia penal, ya que no se trata de la acreditación de delitos, sino de conductas al interior del ámbito laboral que, en todo caso, tienen consecuencias vinculadas con derechos laborales y no con la libertad personal de los posibles infractores.

Los actos de violencia basada en discriminación por razón género suelen ser de difícil prueba, por esa razón debe existir flexibilidad en la carga de la prueba, tomando en cuenta las formas diversas en que puede manifestarse la violencia de género y la dificultad de acreditar algunos actos por su propia naturaleza.

i) Indicios para acreditar la violencia

En primer lugar, es pertinente señalar los indicios como medio de prueba. Al resolver el amparo directo 78/2012, la Primera Sala de la Corte sostuvo que la prueba indiciaria o circunstancial, es la que se encuentra dirigida a demostrar la probabilidad de unos hechos denominados indicios que, si bien no demuestra directamente el hecho, sirve para que por medio de la lógica y las reglas de la experiencia se puedan inferir las situaciones alegadas. Dicha prueba indiciaria es un ejercicio argumentativo, en el que, a partir de hechos conocidos, resultan acreditados los hechos desconocidos, es decir, los señalados en la demanda.

Así, al resolver sobre la acreditación de los distintos tipos de violencia, las y los juzgadores deben atender a los indicios racionales de los que pueda deducirse que existieron actos de violencia con base en el género de las personas.

La interrelación de diversos indicios puede generar certeza en el ánimo de las personas juzgadoras laborales. Los indicios se pueden actualizar cuando, por ejemplo:

- Se realice una **comparación** de diversas personas trabajadoras en similares condiciones que la persona demandante que alega ser objeto de violencia. En el caso de violencia económica por razón de género, se podrá comparar los ingresos que el resto de las personas trabajadoras obtienen por desempeñar labores similares u ostentar el mismo puesto que la víctima, para poder presumir la existencia de la conducta alegada.
- Ante la existencia de conflictos o **antecedentes** del tipo de violencia que se alegue a cargo de las y los empleadores.

- La completa **falta de respuesta** o justificación a los hechos de violencia de género, lo cual puede ocurrir cuando la parte patronal no comparezca a juicio, o en su demanda de contestación o en el resto de las acciones ejercidas, nada manifieste en relación con la violencia de género que se le atribuye. No obstante, es importante resaltar que este elemento indiciario no puede admitirse como dato único para tener por acreditadas las violencias.
- La manifestación por parte de la empresa empleadora respecto de que **conocía la condición** de la parte demandante de pertenecer a una población protegida por la prohibición de discriminación por género, como el embarazo, la expresión de género o cualquier otro en que se base la violencia ejercida.
- El **incumplimiento** de la obligación por parte de las y los empleadores de implementar el protocolo para prevenir la violencia establecido en el artículo 132, fracción XXXI, de la Ley Federal del Trabajo o la falta de adopción de medida en el centro de trabajo en el que se señaló ocurrieron los actos de violencia, respecto de la prevención de los factores de riesgo psicosocial y la violencia laboral, así como para la promoción del entorno organizacional favorable, de acuerdo con lo ordenado en la Norma Oficial número 035. En este punto cabe precisar que, si los actos de violencia son atribuidos a las o los compañeros y no a la parte empleadora, la falta de implementación de mecanismos para generar un ambiente laboral libre de violencia hará presumir que permitió o toleró los actos de violencia.

La existencia de un solo indicio no puede tener la fuerza probatoria de acreditar los hechos demandados, pero su valor convictivo se refuerza si en el juicio existen varios indicios que generan certeza en la persona juzgadora respecto de la existencia de los actos de violencia.

Ahora nos referiremos de manera específica a las violencias psicológica y sexual, pues la forma en que deben valorarse las pruebas atiende a criterios particulares,

derivados de la realización oculta (aunque en mayor medida la violencia sexual), a diferencia de la económica y física, en las que se puede contar con mayores elementos objetivos que nos permita advertir un trato diferenciado.

Violencia sexual

Es importante destacar una vez más, que cuando el tipo de violencia de género alegada al interior de los lugares de trabajo sea de tipo sexual, es frecuente que se ponga en duda el dicho de las víctimas atendiendo a estereotipos o prejuicios de género sobre: (i) el comportamiento de la mujer previo o al momento de los hechos; (ii) la relación que guardaban con la persona que les agredió y (iii) presunciones relacionadas con que las mujeres plantean fácilmente acusaciones sobre violencia sexual, entre otras. Las y los jueces deben eliminar la carga estereotipada cuando se enfrenten al análisis de este tipo de violencia.

En este punto resulta trascendente señalar que en estas conductas de realización oculta se torna sumamente difícil la acreditación de los hechos mediante la exhibición de pruebas gráficas o documentales. En consecuencia, la declaración de las víctimas de violencia sexual constituye una prueba fundamental sobre los hechos, debido a que normalmente se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y la persona o personas agresoras.²¹

Bajo esa misma lógica, cuando se demande la comisión de actos de violencia sexual, se debe presumir que la comisión de dichos actos al interior de los lugares de trabajo difícilmente quedará registrada mediante alguna prueba diversa a la testimonial, sobre todo cuando los centros de trabajo no cuenten con el mecanismo de prevención y atención de violencia. Por ello, las personas juzgadoras deberán considerar la declaración de la persona denunciante como esencial y deberán concatenarla de forma indiciaria con la valoración de otros medios probatorios, a fin de determinar la posible declaración de responsabilidad laboral al presunto agresor.²²

²¹ Sostenido en el Caso Fernández Ortega y otros vs. México y el Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, así como en el amparo directo en revisión 3186/2016, resuelto por la Primera Sala de la Corte.

²² Consideraciones sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 8287/2018.

Al realizar el análisis de las pruebas para acreditar violencia sexual, las y los jueces laborales deberán desarrollar en el laudo cómo se detectó que el conflicto tiene o no un impacto de género, como una categoría vinculada a la identidad de las personas y los estereotipos que derivan de ella.

Cuestiones importantes que se deben considerar:

- La violencia sexual está prohibida cuando ocurre en el lugar de trabajo, en eventos relacionados con el trabajo, entre personas que comparten el mismo lugar de trabajo o entre colegas fuera del trabajo. También está prohibido cualquier tipo de violencia sexual de clientes hacia el personal y viceversa.
- Todo el personal, sin importar el cargo, tiene los mismos derechos y responsabilidades en relación con la violencia sexual.
- Un solo incidente es suficiente para constituir violencia sexual, no es necesario que se repita.
- La intención del agresor no es un elemento que se deba considerar para acreditar la violencia sexual.
- Las conductas sexuales entre las personas involucradas deben partir del consentimiento. Se debe estar de acuerdo de forma libre, clara, consciente y de manera específica para cada momento. Es importante tener en cuenta que el acuerdo entre las partes para tener una relación, si es que hubo, es revocable por alguna de las partes en cualquier momento.
- El hecho de que alguien no se oponga a este tipo de conductas en ese momento, no significa que esté consintiendo el comportamiento en futuras ocasiones.
- No se debe suponer que hay consentimiento a la conducta sexual porque la persona no se ha opuesto ni se ha quejado expresamente.

Hay que tomar en cuenta que la dinámica del lugar de trabajo es compleja y los desequilibrios de poder entre el personal y la preocupación por las represalias puede evitar que se oponga expresamente a la conducta.

Acoso psicológico

En este tipo de violencia en los espacios de trabajo el componente intencional no se suele manifestar de manera directa, de modo que la intimidación psicológica denunciada, traducida en actos tales como la no asignación de tareas, el aislamiento de la persona trabajadora, la asignación de funciones sin contenido real o práctico, entre otras, regularmente deberá ser acreditada mediante indicios.

Las y los jueces laborales deberán determinar si con las pruebas en juicio se tiene indicios de si los hechos hostiles fueron reiterados, pues un acto aislado no puede constituir violencia psicológica derivado de la falta de continuidad en la agresión; que existió un trato diferenciado en relación con las otras personas trabajadoras; que el hostigamiento laboral haya ocurrido entre personas trabajadoras, es decir, donde parte activa y pasiva ocupan un nivel similar en la jerarquía ocupacional o por parte de sus superiores jerárquicos al interior del lugar de trabajo y que existe un carácter atípico de algunas conductas y decisiones empresariales denunciadas como parte la actitud acosadora. Además, deberá identificar si el acoso laboral se dio con base en el género de la persona afectada.

Debe destacarse que aun cuando queden acreditados los hechos señalados en la demanda laboral, la parte empleadora tiene posibilidad de demostrar que éstos obedecían a una justificación objetiva, razonable y proporcional derivada de las necesidades del trabajo y así desvirtuar la fuerza probatoria de los indicios, por lo que se tendrá como inexistente la violencia psicológica alegada.

Responsabilidad de la o el empleador de procurar un espacio de trabajo libre de violencia

Las personas juzgadoras deberán distinguir los casos en los que se demande la violencia de género por parte de las y los empleadores y cuando únicamente se señale como persona agresora a un trabajador o trabajadora.

Resulta claro que, si existe una imputación directa a la persona empleadora, el análisis de acreditación de responsabilidad se realizará a la luz de los párrafos precedentes; sin embargo, al no ser señalados directamente como responsables, no se traduce de manera automática en ausencia de responsabilidad.

Ello es así porque las y los empleadores tienen la obligación de procurar un ambiente laboral libre de violencia. Ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 132, fracción XXXI, de la Ley Federal del Trabajo, así como la Norma Oficial Mexicana 035. En ese sentido, ambos mandatos imponen la carga a las patronales de implementar medidas preventivas de las violencias y por esa razón tienen a su cargo el tomar medidas proactivas para eliminar dichos actos.

Cuando las y los juzgadores laborales concluyan que existieron actos de violencia de género ejercidos en una relación horizontal, es decir, de una persona o personas trabajadora sobre otra trabajadora, se deberá analizar si en el caso la parte patronal tiene algún grado de responsabilidad en la comisión de tales actos de violencia por incumplir su obligación preventiva.

Pueden existir tres escenarios: que la empresa no cuente con los mecanismos o protocolos preventivos, que cuente con ellos y éstos sean eficientes y adecuados para la finalidad de prevenir y eliminar la violencia de género derivada de las relaciones de trabajo y que cuente con el mecanismo, pero no sea idóneo para los fines.

Lo anterior será carga de la o el empleador, por estar en mejor posición de acreditarlo al estar obligado a la implementación del protocolo para prevenir violencias y discriminación, de acuerdo con el artículo 132, fracción XXXI, de la ley laboral, así como de la política de prevención de riesgos psicosociales y violencia en el empleo, contenido en el artículo 5.1, incisos a) y b), de la Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018.

Además, como ya se mencionó, deberá acreditar que los mecanismos son eficaces, pues carecería de lógica la exigencia de su implementación sin requerir que éstos cumplan con su finalidad que es prevenir y erradicar la violencia de género y discriminación en el trabajo.

En ese sentido, deberá demostrar que su mecanismo está diseñado para prevenir y atender los casos de violencia. Eso implica contar con un eficaz plan de prevención, como puede ser la difusión de su existencia entre las y los trabajadores, que con base en él se capacite al personal en torno a la erradicación de violencias, sobre igualdad y no discriminación, entre otros temas. Además, se debe acreditar que cuenta con un mecanismo accesible para recibir quejas sobre violencias en el entorno laboral, que disponga de un procedimiento de investigación en el que ambas partes puedan participar, así como la eventual sanción de las conductas.

Si las o los jueces en materia de trabajo cuentan con elementos suficientes para acreditar que el protocolo de prevención y atención de violencia es eficaz para su fin, la o el empleador no deberá ser considerado como responsable indirecto de los actos de violencia acreditados a cargo de alguna de sus personas trabajadoras, pues lo cierto es que cumplió con su obligación preventiva prevista en la ley.

Así, los escenarios podrían ser los siguientes:

- De contar con ellos, parecen ser eficaces y la conducta se dio al margen de los procedimientos, el o la empleadora no será responsable solidario.
- De incumplir completamente con esa obligación a su cargo, es decir, ante la omisión absoluta de generar mecanismos al interior de la empresa tendentes a prevenir y atender los casos de violencia, el o la juzgadora en materia de trabajo deberá concluir que la parte empleadora también es responsable.
- Cuando la parte empleadora acredite en juicio que sí desplegó el referido mecanismo y protocolo preventivo de violencias y una vez analizado se advierta que no es adecuado para lograr su objetivo de procurar un ambiente laboral adecuado, la persona empleadora será responsable solidaria.

d. Asuntos relevantes para la reparación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho de las personas a que la violación a sus derechos humanos y, por tanto, los

daños producidos, sean reparados adecuadamente con base en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El tribunal interamericano ha indicado que el establecimiento de reparaciones exige tomar en consideración las características y condiciones de identidad de las víctimas, lo cual implica emplear un enfoque de género e interseccional al momento de establecerlas.

Por su parte, la Ley General de Víctimas establece en su artículo 26 que las víctimas de violaciones a derechos humanos tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño sufrido. Esto comprende el establecimiento de medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.

En esa línea, si bien la ley laboral no establece de manera expresa la posibilidad de establecer medidas de reparación, lo cierto es que la norma laboral no puede analizarse de manera aislada e independiente de los mandatos constitucionales y convencionales de garantizar el ejercicio del derecho al trabajo en condiciones de igualdad y libre de violencia. Además, derivado de las reformas constitucionales y de las propias interpretaciones jurisprudenciales de la Suprema Corte en la materia, las personas juzgadoras se encuentran vinculadas a ejercer un control de constitucionalidad y de convencionalidad aplicando estos criterios en el ámbito nacional, convirtiéndose, así, en jueces de legalidad y de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito de sus competencias.

En ese sentido, la existencia de violencia ejercida en los espacios de trabajo por razones de género entraña la obligación de imponer medidas de reparación, pues en dichos casos se involucra la violación a los derechos humanos de igualdad y no discriminación, así como el vivir una vida libre de violencia y contar con condiciones de trabajo dignas, entre otros.

Las medidas de reparación deben imponerse en cada caso a través del establecimiento de medidas individuales y colectivas que busquen la reparación integral, como pueden ser la indemnización que puede establecerse a cargo de particulares,²³

²³ Ver jurisprudencia 1a./J. 31/2017 (10a.) de rubro: “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE”, emitida por la Primera Sala de la Corte.

restitución, rehabilitación (física y/o psicológica), satisfacción y garantías de no repetición que contemplen acciones de transformación de las desigualdades identificadas en el centro de trabajo, promoviendo la compensación de situaciones de desventaja por género que den lugar a situaciones de violencia.

En cuanto a la indemnización, al resolver el amparo directo en revisión 5490/2016, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que debe individualizarse atendiendo a los siguientes rubros que son complementados con las obligaciones en materia laboral:

- (i) *la naturaleza y extensión de los daños causados*. Es decir, si son físicos, mentales o psicoemocionales, lo cual dependerá del tipo de violencia ejercida en el lugar de trabajo. Debe recordarse que se tendrá por acreditado el daño cuando se trate de afectaciones de valores morales como la dignidad, los sentimientos o la autoestima;
- (ii) *la posibilidad de rehabilitación de la persona afectada*. Las y los juzgadores laborales deberán determinar si la violencia física generó alguna disminución en sus capacidades orgánico-funcionales. Dicha situación puede acreditarse con pruebas periciales médicas;
- (iii) *la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo y prestaciones sociales*;
- (iv) *los daños materiales, incluidos los ingresos y el lucro cesante*. Se deberá tomar en cuenta si en el caso existió despido y ello generó la baja en las instituciones de seguridad. En este punto las personas juzgadas no deben confundir la condena a salarios caídos o inscripciones retroactivas en IMSS o ISSSTE con el pago de indemnización por daño;
- (v) *los perjuicios inmateriales*. El o la jueza laboral deben tomar en cuenta el grado de padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración e impotencia padeció la persona violentada.

- (vi) *los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales.* La parte que sufrió la violencia deberá acreditar que erogó tales gastos.
- (vii) *el nivel o grado de responsabilidad de las partes.* Las personas juzgadoras laborales deben tomar en cuenta si existe solo una persona física o moral condenada o si hay solidaridad por pluralidad de responsables.
- (viii) *capacidad económica del responsable.* Con base en la información que obre en el expediente, la persona juzgadora deberá establecer dicha capacidad económica.

Dichas medidas deben ser proporcionales en relación con el daño causado a las y los trabajadores, considerando el impacto de género en el conflicto, tomando necesariamente en cuenta los intereses y necesidades de la persona afectada.

De manera enunciativa se refieren algunas posibles medidas que las y los jueces laborales pueden establecer cuando se determine la existencia de violencia de género:

- La declaración de existencia de violencia en el lugar de trabajo derivada de actos de discriminación por género.
- Disculpa pública a la persona trabajadora que vivió violencia en el lugar de trabajo, con la presencia de la parte empleadora, así como empleados y empleadas en horario laboral.
- Aplicación y publicación de encuesta de percepción de clima laboral, que permita identificar y atender de manera oportuna dinámicas que propicien actos de violencia por razón de género.
- Capacitación a las personas trabajadoras en horario laboral respecto de temas de diversidad, inclusión, igualdad y no discriminación, violencia de género, identidad de género y expresión de género.

- El pago de conformidad con el artículo 994, fracción VI, de la Ley Federal del Trabajo, por la imposición de la multa a la persona empleadora por la comisión del acto o conducta discriminatoria en el centro de trabajo.
- Cuando la o el empleador cuente con más de un local en el que se desempeñen las personas trabajadoras, las juezas y jueces podrán ordenar que las medidas se implementen en todos los espacios y no solo en el que se desarrollaron los actos de violencia.
- La creación de un órgano interno encargado de recibir quejas de los posibles hechos de violencia, mismo que tendrá a su cargo la implementación de medidas tanto preventivas como de investigación y resarcimiento.²⁴

Como ya se mencionó, lo anterior constituye una serie enunciativa de posibles acciones a fin de prevenir y atender la violencia laboral, pero las y los juzgadores podrán imponer las que estimen pertinentes al caso concreto, tomando en cuenta, en su caso, lo solicitado por las personas trabajadoras violentadas.

e. Seguimiento del cumplimiento

Por último, una vez que en el laudo se concluyó la existencia de violencia de género derivada de relaciones laborales y se condenó a quienes la ejercieron, es obligación de las y los juzgadores laborales verificar el debido cumplimiento de las medidas establecidas como condena. El artículo 731 de la Ley Federal del Trabajo faculta a las personas juzgadoras a que mediante cualquiera de los medios de apremio que considere necesarios deberá asegurar el cumplimiento de las

²⁴ Dichas medidas fueron ordenadas al resolver el amparo en revisión 53/2020 por el Decimosexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito a la Universidad Autónoma de la Ciudad de México como empleadora de un trabajador que se desempeñaba como psicólogo del alumnado y ejerció violencia de género a una de las alumnas de la universidad que fue su paciente y posteriormente su pareja sentimental.

resoluciones que dicte. Para ello, se enlistan algunas como multas, presentación de personas por auxilio de fuerza pública y arresto hasta por seis horas. Sin embargo, la actuación de las autoridades laborales no se limita a dichas acciones y, con la finalidad de lograr el cumplimiento del laudo puede, por ejemplo, hacer petición de informes a la parte condenada, establecer plazos concretos o cualquier otra que se estime pertinente para asegurar su cumplimiento y proteger a las personas trabajadoras de forma efectiva.

Bibliografía

Encuestas

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), 2021. <https://www.inegi.org.mx/programas/enoe/15ymas/>

_____, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción Sobre Seguridad Pública (ENVIPE), (2021). <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2021/>

_____, La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH), (2016). <https://www.inegi.org.mx/programas/endireh/2016/>

CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED), (2018) Encuesta sobre Discriminación por Motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género. <https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=611>

CONAPRED-SEGOB, (2015) Condiciones laborales de las trabajadoras domésticas. https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=4770&id_opcion=108&top=214

Legislación Nacional

- Ley Federal del Trabajo
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018 Factores de riesgo psicosocial en el trabajo-Identificación, análisis y prevención, 2018.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia
- Ley General de Víctimas

Legislación Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Diario Oficial de la Federación*, el jueves 7 de mayo de 1981, 1969.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Diario Oficial de la Federación* 12 de mayo de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), *Diario Oficial de la Federación*, 19 de enero de 1999.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de mayo de 1981.

Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de mayo de 2008.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Convención CERD). *Diario Oficial de la Federación*, 13 de junio de 1975.

Convenio sobre la violencia y el acoso (núm. 190), Organización Internacional del Trabajo.

Recomendación sobre la violencia y el acoso (núm. 206) de la Organización Internacional del Trabajo.

Tesis de jurisprudencia

“DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE”, Primera sala, 1a./J. 31/2017 (10a.), Libro 41, Abril de 2017, Tomo I, página 752, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. **Registro digital:** 2014098

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala

Amparo Directo 35/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 2015.

Amparo Directo en Revisión 8287/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de noviembre de 2020.

Amparo Directo 78/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de agosto de 2013.

Amparo Directo en Revisión 3186/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 01 de marzo de 2017.

Segunda Sala

Amparo Directo en Revisión, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 236/2014, 2 de abril de 2014.

Resoluciones de otros órganos jurisdiccionales

Amparo en Revisión 53/2020 por el Decimosexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito a la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

CORTE IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

_____, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendaciones Generales

Comité CEDAW, “Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19”, Recomendación General 35, 26 de julio de 2017. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?281enc=6Qk-G1d%2fPPRiCAqhKb7yhslDcROlUTvLRFDjh6%2fx1pWAeqJn4T6-8N1uqnZjLbtFuaxmiWrx1jUjN2YPr87ua2opczpm8HRQTpbV8yB4x-PAMNMdlvkCJoAEe33GIZ%2fzBVX>

Comité CEDAW, “Recomendación General núm. 19. La violencia contra la mujer”, 1992. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_S.pdf

Observaciones generales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 23, El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias,

E/C. 12/GC/23, 27 de abril de 2016. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11

Perspectiva interseccional de discapacidad y género en el derecho de laboral

Mariana Díaz Figueroa*

* Es Maestra en Protección Internacional de los Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latino Americana de Ciencias Sociales (FLACSO, México) cuenta con diplomados en Argumentación Jurídica con Perspectiva de Género y Derechos Humanos (FLACSO MÉXICO), en teoría crítica de la discapacidad (17, Instituto de Estudios Críticos). Además de diversos cursos de especialización en el Sistema Interamericano y Universal de protección de los Derechos Humanos. Es académica del Instituto de la Judicatura Federal y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Secretaria Auxiliar de Ponencia en el equipo del Ministro José Fernando Franco González Salas.

Perspectiva interseccional de discapacidad y género en el derecho de laboral.

I. Problemática en relación con las mujeres con discapacidad; II. La discapacidad desde el modelo de derechos humanos; III. Acceso a la justicia y ajustes de procedimiento; IV. Perspectiva de discapacidad y propuesta metodológica para su aplicación; V. Problemáticas específicas que enfrentan las mujeres con discapacidad en materia laboral; VI. Discriminación por motivos de discapacidad; VII. Violencia y acoso; VIII. Seguridad social; IX. Participación sindical.

I. Problemática en relación con las mujeres con discapacidad

Las mujeres¹ con discapacidad se han enfrentado históricamente a obstáculos que de *iure* o de *facto*, les impiden ejercer en plenitud sus derechos, es decir, se encuentran sometidas a una discriminación de carácter estructural, lo cual implica como menciona Roberto Saba que no se trate de un hecho aislado sino de una “opresión histórica reflejada en diversas prácticas sociales, muchas veces reproducidas por las instituciones que generan una exclusión sistemática de este grupo de la población”. (Saba, 2007,11).

Al respecto es indispensable tener en cuenta que las mujeres con discapacidad enfrentan de manera interseccional² por lo menos dos sistemas opresión,³ por un lado, el relativo al **sistema sexo/género y por otro, al capacitismo**.

¹ De manera genérica el término mujeres abarcará a las niñas, adolescentes, adultas y mujeres mayores con discapacidad, se hará la distinción explícita cuando el caso lo requiera.

² El término fue creado por Kimberlé Crenshaw con la idea de poner de manifiesto que las mujeres no son un grupo homogéneo, igualmente posicionado por las estructuras de poder; razón por la cual, la discriminación interseccional hace referencia a “una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables. Entre los motivos de discriminación figuran la edad; la discapacidad; el origen étnico, indígena, nacional o social; la identidad de género; la opinión política o de otra índole; la raza; la condición de migrante, refugiado o solicitante de asilo; la religión; el sexo y la orientación sexual”. (Comité CDPD: OG3, Pár. 3. C))

³ Para entender ampliamente lo relativo a las relaciones de poder, así como los términos opresión y privilegio, ver. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera edición, 2020, P. 27.

Sistema sexo/género (*Ibidem*, p. 23) históricamente binario pone en posiciones desiguales de poder a hombres y mujeres, reconociéndoles o negándoles ciertos derechos y oportunidades por el simple hecho de serlo, u obstaculizando o no el ejercicio de otros derechos debido prejuicios y estereotipos basados en el sistema sexo/género.

Capacitismo entendido como un “sistema de valores que considera que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida. Atendiendo a estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento, el pensamiento capacitista considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana.” (ONU, 2019,3). Esto refleja claramente un mecanismo de opresión que centra el valor de las personas en la mal llamada “normalidad” pues tal cosa en realidad no existe, ya que como lo refiere Foucault, se trata en realidad, de una construcción social.⁴

Lo anterior implica la construcción colectiva de un modelo único de persona que cuenta con ciertas características corporales, se comunica, reacciona, se moviliza o desplaza y debe de entender y procesar el mundo de una determinada manera. Esto implica que todo se encuentra pensado y diseñado a partir de un tipo “estandarizado” de persona, lo cual deja de lado el reconocimiento de la gran diversidad humana y promueve la reproducción de prejuicios y estereotipos por motivos de discapacidad.

Las mujeres y los hombres viven su discapacidad de manera diferente debido al género. Tal como se menciona en el *Policy Guidelines for Inclusive Sustainable Development Goals Gender Equality* (HCHR, 2020), emitido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas (para los Derechos Humanos las mujeres y niñas con

⁴ Si gusta entender a profundidad, véase: Vásquez Rocca Adolfo, Foucault, *Los anormales una genealogía de lo monstruoso, apuntes para una historiografía de la locura*, Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, 2012. <https://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/40745/39064>. Consultado el 20 de mayo de 2021.

discapacidad tienen más probabilidades de sufrir violencia de género y afrontar barreras importantes para acceder al sistema de justicia. Además, experimentan las mismas formas de violencia que mujeres sin discapacidad, así como formas adicionales de violencia como resultado de la discriminación por motivos de discapacidad; el referido grupo de la población presentan una tasa hasta tres veces mayor de ser forzadas esterilizadas que la población en general (ONU, A / 72/133, párr. 29).

Derivado de lo anterior, el artículo 6 de la Convención sobre los derechos de las Personas con discapacidad reconoce que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, por lo tanto, los Estados tienen el deber de adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos, es por esto, que el espíritu del referido precepto debe aplicarse de manera transversal a todos los demás artículos de la Convención.

En este contexto, es importante mencionar que debido a los dos sistemas de opresión que enfrentan en razón del género y la discapacidad, viven **discriminación y violencia interseccional**, que se refiere a las problemáticas específicas en virtud de la referida intersección de ambos factores, tal es el caso de la esterilización forzada, el aborto forzado, la negación de ejercer la maternidad debido a prejuicios y estereotipos por razón de la discapacidad, entre otros ejemplos que serían imposibles de entender si se toman los dos elementos (género y discapacidad) de manera separada.

Además, debe tenerse en cuenta que no existe un único tipo de mujer con discapacidad, todas se enfrentan a barreras diferentes en distintos contextos y pueden pertenecer simultáneamente a otros grupos en situación de vulnerabilidad como ser mujer indígena, migrante, refugiada, parte de la comunidad LGTBQ+, afromexicana, entre otras, aspectos que deberán ser tomados en cuenta de manera conjunta en los casos concretos para dar una solución integral de los mismos.

II. La discapacidad desde el modelo de derechos humanos

A lo largo de la historia han existido diferentes maneras de entender y abordar la discapacidad, mismas que han tenido efecto directo en la negación o el reconocimiento de derechos, tal es el caso del **modelo de presidencia**⁵ del que encontramos su máxima expresión en la Edad Media, pues lo que se buscaba era “eliminar” a las personas con discapacidad al considerarlas una “carga” para la sociedad. Aunque ciertamente encontramos en la actualidad algunos reflejos de este modelo.

Por otro lado, **modelo médico o individual**, conceptualiza la discapacidad como un “problema”, en donde al carecer el individuo de alguna “facultad” física o sensorial le es sumamente complicado convivir en “normalidad” con el resto de las personas. Este modelo se enfoca en las deficiencias, su objetivo central es tratar de “normalizar” dentro de lo posible, para incluir a la sociedad, teniendo así un corte de carácter asistencial, en donde las personas con discapacidad ocupan el papel de víctimas. (Puig de la Bellacasa, 1990, 63-96).

Este modelo, se ve enriquecido por las ideas capitalistas que consideran que las personas con discapacidad debido a un “diagnóstico” “no pueden” o “no deben” realizar ciertas acciones, tomar decisiones o participar activamente en un proceso judicial, bajo este modelo es donde podemos encontrar expresiones como: minusválido, inválido o discapacitado.

Por otro lado, durante la década de los 60 nace el **Modelo Social y de derechos humanos**, plantea que las causas que originan la discapacidad son principalmente sociales, lo cual significa que la discapacidad no radica en las condiciones individuales de las personas, sino en que la sociedad no prevea los servicios adecuados

⁵ Ver para mejor entendimiento del modelo: Agustina Palacios, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CERMI, 2008, P. 37, disponible en: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

ni tome en cuenta las necesidades de cada uno para que puedan participar de forma efectiva a la sociedad. Asumir dicho modelo implica dos aspectos: por un lado, entender el hecho de que no son las personas con discapacidad las que deben adaptarse a su entorno si no, por el contrario, es la sociedad quien debe acomodar sus estructuras y eliminar las barreras que limitan su ejercicio de derechos; y por otro, que, al existir una igualdad en cuanto a la dignidad de todos los seres humanos, las personas con discapacidad no pueden ser tratadas como un mero objeto asistencial. (M. Oliver, 1999, p. 32)

Bajo este enfoque se encuentra redactada la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención CDPD), que plantea en el inciso e) del preámbulo que la discapacidad es un término en constante evolución y que “resulta de la interacción de las personas con deficiencias y las barreras de su entorno”. En conclusión, el espíritu de la Convención busca transformar la concepción que se tiene socialmente de la discapacidad para reconocer que existe una gran diversidad humana, que se mueve, se comunica, entiende el mundo y reacciona de diferente manera y que eso está bien, que **en donde se debe poner la atención es en eliminar las barreras que limitan el ejercicio de derechos**.

Es importante comprender que todas las personas crecimos en un mundo que reproduce constantemente el modelo médico asistencialista, lo que se refleja en nuestra manera de entender la discapacidad, en las leyes, políticas públicas, etc.

Razón por la cual, para poder cumplir con los fines que establece la Convención será importante analizar si nuestras actitudes, los actos, las leyes y políticas públicas reflejan los modelos médicos o de prescindencia (de los que pretende alejarse la Convención CDPD) o si, por el contrario, el abordaje de cierta problemática es a partir del modelo de derechos humanos.

El siguiente cuadro⁶ pretende demostrar algunos ejemplos de la visión médico asistencialista que las personas operadoras jurídicas deben detectar y evitar con

⁶ Elaboración propia.

el fin de abordar los casos a partir del modelo de derechos humanos contemplado en la Convención CDPD:

PERSPECTIVA MEDICO/ ASISTENCIAL (Contraria a la Convención CDPD)	PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS (Acorde a la Convención CDPD)
Conceptualiza la discapacidad como sinónimo de enfermedad.	Entiende que la discapacidad es el resultado de dos factores: 1. Las condiciones individuales de la persona (moverse, comunicarse, entender y reaccionar de manera distinta al “estándar de persona”) 2. Las barreras del entorno que limitan el ejercicio de sus derechos (físicas, sociales, comunicacionales, procedimentales, tecnológicas, etc.)
Pone la atención en la “condición” o el “diagnóstico”, siendo éste el que define lo que puede o no puede hacer la persona o los derechos que debe o no ejercer.	Pone la atención en las barreras que limitan el ejercicio de derechos, pues al eliminarlas las personas podrán ejercer plenamente los mismos.
Conceptualiza a las personas con discapacidad como “objetos que deben ser cuidados”, lo cual implica que no tienen una participación activa en el proceso y que terceras personas (padres, tutores, médicos, incluso las propias personas operadoras jurídicas) toman decisiones sobre ellos con la finalidad de “cuidarles”, pero sin tomar en cuenta su opinión.	Reconoce que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y obligaciones, lo que implica garantizar su participación activa en el proceso y permitir que sean ellos mismos quienes tomen decisiones sobre su vida y sus cuerpos, garantizándoles plena capacidad jurídica.
Conceptualizar la discapacidad como un “problema” que se debe solucionar “normalizando” a la persona para poder integrarla a la sociedad.	Entiende que la diversidad de movimiento, comunicación, reacción, entendimiento etc., está bien, por lo que el problema radica en las barreras impuestas por la sociedad, mismas que se deben eliminar.

Considera a las personas con discapacidad como “dependientes”, lo que implica verlas como “objetos que deben ser protegidos”.	Busca eliminar las barreras que impiden a las personas con discapacidad ejercer sus derechos y tomar decisiones de manera autónoma e independiente, de ser necesario se establecen sistemas de apoyos para tales fines que no sustituyen la voluntad de las personas con discapacidad.
Considera que algunas personas con discapacidad debido al “grado”, “tipo” o “gravedad” de la discapacidad no pueden o no deben tener y /o ejercer los mismos derechos que el resto de la población. (como el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica.	Reconoce que todas las personas tienen los mismos derechos y que se deben asegurar los mecanismos necesarios para que puedan ejercerlos en igualdad de condiciones. En la Convención CDPD no se hace referencia al “grado”, “tipo” o “gravedad” de la discapacidad y mucho menos se limitan o restringen derechos por tales motivos. De hecho, el inciso J) del preámbulo de la mencionada Convención, hace referencia a la obligación de los Estados de “promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”
Considera que las personas con discapacidad no son aptas para trabajar, que resultan “una carga” para la empresa o la institución y por lo tanto, se les asignan actividades estereotipadas, sin asegurarles y sin un salario adecuado, pues el trabajo no se entiende como un derecho sino como un “favor”.	Reconoce que todas las personas tienen los mismos derechos incluido el derecho al trabajo y que se deben asegurar los mecanismos necesarios para que puedan ejercerlos en igualdad de condiciones, garantizando un salario digno, seguridad social, capacitación y crecimiento laboral, participación activa y directa en los sindicatos, entre otros.

III. Acceso a la justicia y ajustes de procedimiento⁷

Las mujeres con discapacidad se enfrentan a múltiples barreras que les impiden ejercer su derecho de acceso a la justicia contemplado en el artículo 13 de la Convención CDPD.⁸

Resulta medular reconocer que los **procedimientos judiciales están diseñados para un tipo estandarizado de persona lo que deja de lado a las personas con discapacidad y en específico a las mujeres con discapacidad**, pues algunas de ellas debido a las barreras que enfrentan requieren que se realicen **ajustes al procedimiento**, entendidos como aquellas medidas tendientes a lograr que las personas con discapacidad accedan en igualdad de condiciones al derecho de acceso a la justicia. Por tanto, **deben ser individualizadas y adaptadas a las necesidades de cada persona**, tomando en cuenta para hacerlo diferentes factores como el **género y la edad**.⁹

1. Ajustes de procedimiento

Hacer ajustes de procedimiento es una obligación de todas las personas operadoras jurídicas para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia y permitir que las personas con discapacidad puedan participar activamente en el proceso,

⁷ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha referido ampliamente a este tema en su informe relativo al “Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, diciembre 2017. A/HRC/37/25. Consultable en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/25>

También se sugiere consultar el documento de Naciones Unidas relativo a los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, consultable en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/GoodPracticesEffectiveAccessJusticePersonsDisabilities.aspx>

⁸ 13.1 Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

⁹ Encuentran su fundamento en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

obligación que deriva tanto del artículo 13 de la Convención CDPD como del artículo 1° de la Constitución Federal. Los referidos ajustes “comprenden todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para cada caso particular, que pueden incluir la utilización de intermediarios o facilitadores, modificaciones y ajustes de procedimiento, adaptaciones del entorno y apoyo a la comunicación, para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. En la medida de lo posible, los ajustes deben organizarse antes del inicio del proceso” (ONU, 2020,14).

En este sentido, los ajustes de procedimiento buscan eliminar las diferentes barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad para ejercer su derecho de acceso a la justicia y que las coloca en una posición de desigualdad procesal, razón por la cual, “el hecho de no proporcionar ajustes de procedimiento cuando una persona con discapacidad concreta los requiera constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad”. (ONU, 2017, 8).

Cabe destacar que los referidos ajustes al procedimiento pueden ser solicitados por la propia quejosa con discapacidad en cuyo caso la autoridad deberá contestar de forma puntual, fundando y motivando su conclusión de ejercer la facultad o de no hacerlo,¹⁰ en todo caso, preguntar a las personas si requieren algún tipo de ajuste.

Debiendo tomar en cuenta en cualquiera de los supuestos que la obligación de proporcionar ajustes de procedimiento al estar vinculada directamente con el derecho a la no discriminación **no puede ser objeto de realización progresiva y no está sujeta al criterio de proporcionalidad**, es por esto que negar los ajustes de manera arbitraria cuando una persona los requiere, implica un acto discriminatorio por motivos de discapacidad. (ACNDH, 2017, p. 25)

¹⁰ Ver. Tesis aislada: 1a. CCXVII/2018 (10a.), No. De registro: 2018630, Rubro: DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES CUANDO UNA PERSONA ALEGA TENER UNA DISCAPACIDAD Y SOLICITA ALGÚN AJUSTE AL PROCEDIMIENTO.

También deberá considerar que los referidos ajustes deberían proporcionarse sobre la base de “la libre elección y las preferencias” de la persona interesada. Por lo que la autoridad debería tener sobre todo en cuenta lo que solicite la persona con discapacidad, que es quien mejor conoce el tipo de ajuste requiere. La determinación de la necesidad de ajustes de procedimiento no debería basarse forzosamente en informes médicos ni puede supeditarse a una evaluación de la discapacidad, como el caso de un certificado de discapacidad. Si las necesidades de la persona interesada cambian con el tiempo, los ajustes de procedimiento deberían modificarse o reemplazarse según proceda. (*Ibidem*, párr. 26)

Algunos ejemplos son los siguientes:

- Barreras físicas: Si una usuaria de silla de ruedas debe asistir a una audiencia que normalmente se realiza en un segundo piso y no se cuenta con elevador, un ajuste sería realizar la misma en planta baja.
- Barrera Comunicacional: Si quienes participan en el proceso son mujeres pertenecientes a la comunidad Sorda y son señantes (utilizan la Lengua de Señas para comunicarse), se debe garantizar la participación de intérpretes en Lengua de Señas idóneos e independientes, pues ello también implica un reconocimiento de los derechos lingüísticos y culturales del referido sector de la población, pues la Lengua de Señas Mexicana es reconocida como Lengua Nacional, por lo tanto, es indispensable garantizar intérpretes calificados en esta o en cualquier otra lengua de señas que se requiera (como Lengua de Señas Maya, Lengua de Señas Colombiana o Argentina, en caso de tratarse de una mujer extranjera), dependiendo de las necesidades de la mujer que lo requiera.

Por otro lado, si la mujer con discapacidad lo requiere, deberán realizarse las comunicaciones y las sentencias en formatos de fácil comprensión (pictogramas, formatos de fácil lectura, audios, etc. Dependiendo de las necesidades que se presenten en cada caso concreto.).

- Barreras en el procedimiento: De requerirlo la mujer con discapacidad, se podrán hacer ajustes en el ritmo del acto procesal, tratar evitar preguntas compuestas, proporcionar tiempo adicional para responder, permitir descansos cuando sea necesario y utilizar un lenguaje sencillo, permitir la participación de facilitadores o terceras personas, entre otros.

Es posible encontrar más ejemplos concretos en el documento emitido por Naciones Unidas relativo a los “**Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad**”.

IV. Perspectiva de discapacidad y propuesta metodológica para su aplicación

Debido al cambio de paradigma que propició la Convención CDPD y en virtud del mandato contenido en el artículo 1° constitucional, se genera la obligación para todas las personas operadoras jurídicas de materializar el contenido de la referida Convención en la resolución de casos concretos, lo que implica aplicar la perspectiva de discapacidad.

La perspectiva de discapacidad, al igual que la perspectiva de género es una herramienta de análisis que implica tener en cuenta la existencia de las asimetrías de poder y de la discriminación sistemática y estructural que enfrentan las personas con discapacidad, el abordaje de las problemáticas a partir del modelo de derechos humanos de la discapacidad, aspecto que se refleja en: El cambio del entendimiento de la discapacidad como una problemática social y no individual, el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica y de la diversidad humana, la comprensión de que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y obligaciones y no “objetos de protección”; así como de la necesidad detectar y eliminar las barreras que les impiden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, garantizando en todo momento su participación activa durante el proceso.

1. Propuesta metodológica para su aplicación

a. Entender los estándares del Modelo de derechos humanos de la discapacidad y familiarizarse con los criterios de derechos humanos aplicables

Son desarrollados tanto en la Convención CDPD, como en las Observaciones Generales, recomendaciones a los Estados o resolución de casos individuales, emitidas por el Comité CDPD, así como las manifestaciones de los expertos independientes.¹¹ Estándares que pueden complementarse con todos los demás instrumentos nacionales e internacionales relacionados en el tema, así como aquellos vinculados con la protección de derechos humanos como los emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en específico los relativos a los derechos de las mujeres, tal es el caso de la Convención CEDAW o la Convención Belém Do Pará.

2. Evitar estereotipos y Utilizar lenguaje adecuado

Es importante cuidar que en todas las comunicaciones y acciones que se tomen durante todo el proceso judicial, así como en la sentencia no se reproduzcan estereotipos por razón de género y discapacidad y cuidar la utilización correcta del lenguaje, con la intención de evitar reflejar el modelo médico.

En relación con la terminología adecuada se recomienda consultar el documento de “Directrices para un Lenguaje Inclusivo en el Ámbito de la Discapacidad” emitido por Naciones Unidas; sin embargo, es posible resaltar que el término internacionalmente reconocido por la Convención CDPD es: Persona con Discapacidad.

Por otro lado, algunos ejemplos de términos o conceptos que reflejan modelo médico y que no deben utilizarse son los siguientes: mujer discapacitada, minusválida, invalida, sufre o padece una discapacidad (pues la discapacidad no se sufre

¹¹ Se sugiere consultar el punto 2 de este documento.

o se padece, es parte de la diversidad humana), grado de discapacidad (la discapacidad no tiene grados, lo que puede aumentar o disminuir en todo caso son las barreras que enfrenta y la intensidad de apoyos que requiere) o edad mental (implica un pronunciamiento en relación con la persona y no con las barreras, se realiza a partir de un dictamen médico que se basa en un diagnóstico y para definir la edad mental toma en cuenta a un estándar único de persona), utilizar el argumento de “peligrosidad” para eliminar su participación en el proceso u ordenar internamiento u hospitalización (pues la peligrosidad se basa en estereotipos relacionados con discapacidades reales o percibidas vinculadas principalmente con personas con discapacidad psico-social), entre otras.

3. Identificar si la persona involucrada requiere ajustes de procedimiento y/o si la norma o acto puede tener efectos desproporcionados de manera directa o indirecta

Identificar, por un lado, si la persona en cuestión requiere algún ajuste de procedimiento para comunicarse, comprender el contenido del proceso, en los tiempos, etc. Así, Es responsabilidad de las personas operadoras jurídicas que en todo procedimiento informen a la persona sobre su derecho a solicitar ajustes de procedimiento para la comunicación y comprensión y explicar que ellos incluyen la Lengua de Señas, audiodescripción, guías intérpretes, lectura fácil, ajustes en tiempos y pausas cognitivas, etc. Por otro lado, deberá analizarse si el asunto genera efectos directos o indirectos sobre los derechos de las mujeres con discapacidad, de mujeres a quienes se les atribuye una discapacidad y no necesariamente son mujer con discapacidad, quienes son familiares o tienen vínculos con personas con discapacidad, etc.

Los efectos desproporcionados de un acto o norma pueden resultar claros cuando el acto o la norma discrimina, elimina o restringe derechos por motivos de discapacidad. Al respecto, debe entenderse que “la `discriminación por motivos de discapacidad’ puede afectar a personas que tienen una discapacidad en ese momento, que la han tenido en el pasado, que tienen predisposición a una posible discapacidad futura o que tienen una discapacidad presunta, así como a las personas asociadas a personas con discapacidad. Esto último se conoce como `discriminación por asociación’”. (Comité CDPD: OG 6: Pár.20).

También existe la posibilidad de que a alguien se le atribuye **una discapacidad**, pero en realidad no sea una mujer con discapacidad y debido a tal atribución se le limiten o restrinjan sus derechos por motivo de discapacidad. Esto ocurría frecuentemente con las personas pertenecientes a la comunidad LGTBIQ+ a quienes desde el modelo médico se les atribuía una discapacidad mental o psico-social debido a su orientación sexual o identidad de género para restringir algunos de sus derechos, otro ejemplo es el despido de mujeres que por prejuicios o estereotipos se les atribuye una discapacidad.

Por otro lado, **ciertos actos o normas que en principio pueden parecer neutrales** (al no dirigirse directamente a las personas con discapacidad) o bien, que busquen “proteger a las personas con discapacidad”, **en realidad generan efectos adversos desproporcionado en el referido sector de la población, al considerarles como objetos de protección y no como sujetos de derechos.**

Ejemplo: Cuando acude a la entrevista laboral una candidata usuaria de silla de ruedas y esa entrevista es en la segunda planta de un edificio sin ascensor, rampa, etc, esa candidata se encontrará en una situación de desigualdad en razón de la discapacidad, a pesar de que en la convocatoria no se haya excluido expresamente a las personas con discapacidad.¹²

Lo anterior es así, pues los referidos efectos discriminatorios se producen cuando una oportunidad, que en apariencia es accesible, en realidad excluye a ciertas personas debido a que su discapacidad y no les permite beneficiarse de ella.

4. Entender el contexto e identificar barreras específicas de forma interseccional

Contexto en sentido amplio: Lo que implica dar cuenta de la asimetría de poder y la discriminación sistemática y estructural que viven las mujeres con discapacidad, los prejuicios y estereotipos de los que enfrentan, así como los efectos y

¹² Ver. ONU. Comité CDPD Observación General 6 sobre la igualdad y la no discriminación, 2018, Pár.18 b).

reflejos del capacitismo tanto en la concepción de la persona como en la construcción de entornos, leyes y políticas públicas.

Contexto del caso concreto: Lo que implica dar cuenta de las circunstancias particulares que conforman el contexto en el caso concreto y que deberán ser tomado en cuenta al momento de dictar la sentencia, tales como aspectos sociales, económicos, geográficos, relativos a la violencia, etc. Esto impacta todas las fases del proceso porque las medidas adoptadas deben estar orientadas hacia la eliminación de las barreras que enfrenta la mujer con discapacidad en el caso concreto.

a. Enfoque interseccional

Es una herramienta de abordaje que permite advertir la vivencias, discriminaciones, violencias y problemáticas concretas que presenta la interacción de dos o más sistemas de opresión de manera conjunta en un caso concreto.

Lo anterior no debe entenderse como la mera suma o acumulación de desventajas o de discriminaciones, pues como menciona María Lugones la interseccionalidad revela lo que no se ve cuando las categorías (en este caso género y discapacidad) se analizan de manera separada. (Lugones, 2008)

En otras palabras, resulta fundamental que las persona operadoras jurídicas comprendan que las vivencias, experiencias, discriminaciones y violencias que experimentan las mujeres con discapacidad serán específicas y diferentes a las que viven los hombres con discapacidad o las mujeres sin discapacidad, y por lo tanto, requieren un análisis de la problemática y el dictado de medidas que eliminen las barreras generadas por la interacción de ambos factores que las colocan en una posición de mayor desventaja en el ejercicio de sus derechos.

- Ejemplo: El hecho de que “entre las personas con discapacidad, los hombres tienen el doble de probabilidad que las mujeres de tener trabajo”(OIT: El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidad: 2007), muestra una discriminación por razones de discapacidad y género de carácter interseccional.

Debe mencionarse que al referido binomio (género-discapacidad) puede contener simultáneamente otros factores o sistemas de opresión que complejicen la situación y de los cuales también deberán pronunciarse las personas operadoras jurídicas, tal es el caso de: Ser migrante, mujer indígena, pertenecer a la comunidad LGTBIQ+, refugiada, afromexicana, entre otros.

b. Identificar barreras

Abordar los casos concretos a partir del modelo de derechos humanos implica la importancia de poner la atención en las barreras y no en la persona, pues es sobre las primeras respecto de las cuales la persona operadora jurídica debe pronunciarse y en su oportunidad dictar medidas para eliminarlas, las mencionadas barreras pueden ser de manera enunciativa más no limitativa las siguientes:

Actitudinales: La existencia de prejuicios y estereotipos basados en el género y la discapacidad, como los siguientes: Las mujeres con discapacidad no son productivas, no pueden trabajar, no realizan labores de cuidados, son una “carga” para la empresa o institución que las contrata, entre otros.

Físicas: Como la falta de entornos accesibles que cuentan con escalones en lugar de rampas o elevadores.

Comunicacionales: No se cuenta con intérpretes de lengua de señas, sistema braille, textos de fácil lectura, pictogramas, videos, entre otros.

Es indispensable asegurar que todas las notificaciones que requieran una respuesta o acción (por ejemplo, los emplazamientos, las citaciones, los autos, las órdenes y las sentencias) estén disponibles por medios y en formatos accesibles, así como que incluyan explicaciones claras y comprensibles sobre el funcionamiento de un acto procesal, lo que cabe esperar durante un proceso, lo que se espera de la persona, y dónde obtener ayuda para comprender el proceso y los derechos

de la persona durante el mismo, en un lenguaje que no sea una mera repetición de la norma.¹³

Tecnológicas: Las tecnologías de la información tampoco resultan accesibles para todas las personas.

Barreras legales: Normativa que niega o restringe derechos por motivos de discapacidad, tal es el caso de la existencia en ley del estado de interdicción, de normas que autorizan la esterilización forzada o que contemplan la violencia basada en género desde una visión hegemónica sin contemplar la perspectiva de discapacidad basada en derechos humanos de manera transversal.

Procedimentales: La falta de intérpretes o intermediarios, la falta de flexibilidad en los procedimientos, en la duración de las audiencias, entre otros.

5. Dictar medidas tendientes a la eliminación de barreras y a la reparación transformadora

Una vez detectadas las barreras, la persona juzgadora deberá dictar medidas tendientes a eliminarlas para permitir que las personas con discapacidad y en específico las mujeres con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, lo que deberá hacerse a partir del enfoque interseccional del asunto, lo que implica tomar en cuenta que existe una gran diversidad de mujeres con discapacidad y que todas se enfrentan a diferentes barreras que también se ven influidas por su contexto social, económico, geográfico, etc.

Además, también se debe tomar en cuenta que las mujeres con discapacidad pueden pertenecer al mismo tiempo a otros grupos en situación de vulnerabilidad como: Ser migrante, mujer indígena, pertenecer a la comunidad LGTBIQ+, refugiada, afromexicana, entre otros, por lo que la eliminación de barreras también deberá tener en cuenta esas circunstancias concretas y pronunciarse al respecto.

¹³ Para mejor comprensión, ver. “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, consultable en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDIsabilities/Pages/GoodPracticesEffectiveAccessJusticePersonsDisabilities.aspx> Pág. 18.

Idealmente, las personas operadoras jurídicas deberán contemplar en sus sentencias medidas con vocación transformadora de la situación que se pretende modificar o combatir, de tal forma que tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo, con la finalidad de que la situación estructural de violencia y discriminación no se repita nuevamente. (Corte IDH: Campo Algodonero: Pr. 450), como puede ser ordenar capacitaciones, modificación de situaciones generalizadas, entre otras.

V. Problemáticas específicas que enfrentan las mujeres con discapacidad en el derecho laboral

Tal como menciona la Organización Internacional del Trabajo (OIT), si bien las personas con discapacidad representan aproximadamente el 15% de la población mundial. Alrededor del 80% están en edad de trabajar, su derecho a un trabajo decente, es con frecuencia denegado, en particular las mujeres con discapacidad, se enfrentan a enormes barreras actitudinales, físicas y de la información que dificultan el disfrute a la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo.¹⁴

En México, de los datos estadísticos de la ENADID 2018, es posible advertir una amplia diferencia en la tasa de participación económica; pues entre quienes no tienen discapacidad es de 65.4%; mientras en la población con discapacidad es de 38.5%. Ahora bien, entre los hombres la diferencia alcanza 31% y en las mujeres, la diferencia en la tasa de participación económica es de 21%; lo que evidencia la poca participación económica, en especial de las mujeres con discapacidad.¹⁵

Adicionalmente, se deja de observar que las personas con discapacidad suelen tener gastos cotidianos adicionales como puede ser el caso de ayudas técnicas o personales, que representan aspectos importantes para una vida autónoma, pero

¹⁴ Ver. OIT, discapacidad y trabajo, consultable en [Discapacidad y trabajo \(ilo.org\)](https://www.ilo.org/discapacidad-y-trabajo),

¹⁵ Ver. INEGI, “Estadísticas a propósito del día internacional de las personas con discapacidad (3 de diciembre)”, 2019.

que pueden llegar a representar una fuerte carga económica, algunos estudios han estimado que puede ascender a casi el 50% de los ingresos de una persona (S. Mitra, A, et al. 2011), sin embargo, en general no se contempla en los gastos cotidianos, pues la población en general no invierte en tales aspectos.

Debe mencionarse que, para muchas personas con discapacidad, “el acceso a un apoyo de calidad es una condición fundamental para vivir y participar plenamente en la comunidad haciendo elecciones como las demás personas. Sin un apoyo adecuado, las personas con discapacidad están más expuestas a un trato negligente o a ser institucionalizadas. Para una gran parte, el apoyo es una condición indispensable para participar de forma activa y significativa en la sociedad y, al mismo tiempo, conservar su dignidad e independencia.” (Devandas-Aguilar, 2016, 5).

Así, las personas con discapacidad se enfrentan a pocas oportunidades laborales, y en los casos en los que se cuenta con empleo las condiciones laborales, el salario o la seguridad social no resultan ser adecuados, además de que no se consideran los gastos adicionales que se encuentran obligados a hacer.

VI. Discriminación por motivos de discapacidad

El tema de discriminación por motivos de discapacidad es abordado y definido tanto en el artículo dos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como en la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, (publicada el treinta de mayo de dos mil once) en su artículo 2 fracción IX, la definen como: “Cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar, menoscabar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”

Al respecto debe precisarse que no puede considerarse como discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado con el fin de “promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia” (Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, Art. 2,b), un ejemplo puede ser el establecimiento de una cuota o porcentaje de personas discapacidad en un centro de trabajo, como una acción afirmativa (medidas de carácter temporal, enfocadas a corregir la desigualdad estructural que se ha generado entre los grupos sociales.) para incentivar su contratación.

Ahora bien, haciendo un análisis integral del marco normativo referido es posible desprender que para que se considere que una norma, acto u omisión generan discriminación por motivos de discapacidad, deben de actualizarse tres elementos: a) Un trato diferenciado, de exclusión o de restricción, b) motivado por una causa de discapacidad y c) que dicha norma, acto u omisión tengan por objeto obstaculizar, menoscabar o dejar sin efecto el reconocimiento o ejercicio de los derechos humanos o la igualdad real de oportunidades de las personas con discapacidad.

Independientemente de lo anterior, conviene precisar que cuando se habla de discriminación de las personas con discapacidad debe entenderse ésta como de tipo estructural, lo que implica reconocer como lo menciona Roberto Saba la existencia de una opresión histórica reflejada en diversas prácticas sociales, muchas veces reproducidas por las instituciones que generan una exclusión sistemática de este grupo de la población.

Por otro lado, si bien es cierto el Estado es el ente obligado por excelencia a respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, y en el caso concreto el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, no menos cierto es que todas las personas (particulares) tienen la obligación de evitar cometer acciones que puedan resultar discriminatorias, lo anterior es así, debido a la eficacia horizontal de los derechos humanos ya que “todas las

personas que habitan dentro del territorio mexicano; se encuentran de la misma forma, obligadas por lo menos a desarrollar una conducta de respeto a los derechos humanos, aspecto que no solamente va dirigido a las autoridades. Llegar a una conclusión contraria sería tanto como subordinar la supremacía constitucional a los deseos o actos de los particulares. (CONAPRED: 2006)”, aspecto que también ha sido reconocida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), de rubro: “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.”.

Derivado de lo anterior es posible identificar que la discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito laboral puede ser ejercida tanto en instituciones públicas como privadas, lo cual puede ocurrir en diferentes momentos:

1. *Desde la oferta de empleo:* Cuando se menciona que para una vacante determinada no se aceptan personas con discapacidad, sobre el tema la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció por primera vez en el Amparo Directo en Revisión 1387/2012, en donde se determinó que si bien las empresas tienen la libertad de establecer ciertos requisitos para el puesto estos no pueden estar basados en criterios discriminatorios (como lo sería la discapacidad), es decir tendría que valorarse en cada caso las aptitudes y habilidades de la persona independientemente de su discapacidad, así mismo, determinó que el exigir que la persona tenga que ir a solicitar el empleo y obligar a que se lo nieguen personalmente, para considerar actualizada la discriminación sin tomar en cuenta que en la propia solicitud se negó de inicio la posibilidad de participar en igualdad de condiciones para obtener el empleo puede generar una revictimización.

2. *En la contratación:* Pues deberá valorarse que los mecanismos de selección sean accesibles y permitan las mismas oportunidades de participación a todas las personas interesadas, de ser necesario deberán realizarse ajustes razonables en el proceso de selección para garantizar esa igualdad de oportunidades.

3. *Durante la relación laboral:* Las personas trabajadoras deben tener la misma oportunidad de desarrollarse en sus actividades debidamente asignadas tomando en cuenta sus habilidades, sin establecer actividades o puestos basados en

estereotipos, las personas con discapacidad, en especial las mujeres con discapacidad deben tener las mismas posibilidades de desarrollarse profesionalmente, capacitarse y subir de puesto, correspondiéndole a la persona empleadora eliminar los obstáculos que debido a la intersección del género y la discapacidad se presentan en los casos concretos.

La accesibilidad representa un elemento indispensable para que las personas con discapacidad se puedan desarrollar adecuadamente en el entorno laboral.

Sobre el tema, el Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad desarrollo la comunicación 5/2011, en la que una trabajadora con discapacidad visual acudió a una entrevista de trabajo para un puesto en el sector público, después de concluir el proceso de selección se le informó que aunque cumplía los requisitos de competencia, experiencia y referencia, no había sido considerada para ese puesto porque los sistemas informáticos internos no podían adaptarse a su discapacidad visual.

Al respecto, en una opinión conjunta, algunos expertos del Comité manifestaron que los ajustes razonables que deben analizarse caso por caso, y la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas de adaptación deben evaluarse en función del contexto en el que se solicitan. Por lo tanto, el examen de razonabilidad y proporcionalidad debe garantizar, entre otras cosas, que i) se soliciten las medidas de adaptación para promover el empleo de una persona con discapacidad, con la capacidad profesional y la experiencia para desempeñar las funciones correspondientes al puesto para el que se postuló; y (ii) se puede esperar razonablemente que la empresa o entidad pública o privada a la que se postuló el candidato adopte esas medidas, afirma que en el caso nunca se cuestionó que la capacidad profesional y la experiencia laboral necesarias para desempeñar las funciones del puesto para el que había solicitado.

Se enfatizó que uno de los objetivos específicos de los “ajustes razonables” es compensar las limitaciones fácticas con miras a promover el empleo de las personas con discapacidad, de modo que la falta de capacidad fáctica para desempeñar

esas funciones no puede considerarse como el principal obstáculo para el empleo de una persona.¹⁶

Por último, se afirmó, que si bien los ajustes razonables son en principio una medida individual, el beneficio para otros empleados con discapacidad también debe tenerse en cuenta al evaluar la razonabilidad y la proporcionalidad, de conformidad con los artículos 5, 9 y 27 de la Convención CDPD.

4. *En la conclusión de la relación laboral*, debiendo conceptualizar el término “motivos de discapacidad” lo suficientemente amplio para comprender que las distinciones no objetivas ni razonables pueden estar dirigidas tanto a las personas con discapacidad, a sus familiares o a aquellas mujeres a quienes se les atribuye una discapacidad.

Al respecto, debe decirse que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la persona empleadora sí puede dar por rescindida una relación laboral cuando se trate de una persona con discapacidad, siempre y cuando exista una causa pormenorizada que justifique tal decisión, y en la cual no se desprenda un nexo de causalidad entre la separación y la discapacidad. Se sostuvo que la estabilidad laboral reforzada implica asegurar que ciertos grupos gocen del derecho de igualdad real y efectiva que dispone la Constitución Federal.¹⁷

Conviene tener en cuenta que ciertos diagnósticos de enfermedades pueden tener como resultado ciertas situaciones discapacitantes que impidan el pleno ejercicio de derechos, en estos casos, bajo el enfoque del modelo de derechos humanos contemplado en la Convención CDPD, no podría afirmarse que dado determinado diagnóstico se debe aplicar en automático la referida Convención, pues como se ha reiterado la discapacidad no es sinónimo de enfermedad.

¹⁶ Ver. Comité CDPD, Comunicación 5/2011, Opinión conjunta de los miembros del Comité Carlos Ríos Espinosa, Theresia Degener, Munthian Buntan, Silvia Judith Quan-Chang y María Soledad Cisternas Reyes, 2014. Párr. 4 y 5.

¹⁷ Ver. Amparo Directo En Revisión 3708/2016

En todo caso, si una persona es despedida debido a una enfermedad, sin que se llegue a considerar que se trate de una persona con discapacidad por no presentarse la vinculación con las barreras del entorno para el ejercicio de sus derechos, la argumentación de estabilidad reforzada en el empleo podrá realizarse a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

VII. Violencia y acoso en el trabajo

El Convenio sobre la violencia y el acoso (núm. 190)¹⁸ de la OIT, reconoce que toda persona tiene derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso. En el mismo se define la violencia y el acoso como “un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, se incluye la violencia y el acoso por razón de género”. En sus trabajos preparatorios se hizo especial énfasis en que personas con discapacidad pueden experimentar violencia y acoso de maneras únicas y en mayor proporción que las que no tienen discapacidad; sin embargo, su experiencia a menudo se pasa por alto. (OIT, 2016)

Según la OIT¹⁹ entre las diferentes formas de violencia y acoso a las que se enfrentan las personas trabajadoras con discapacidad se incluyen “bromas”, insultos, rumores y sabotaje.

También acoso sexual o violencia física que es más común en las mujeres con discapacidad debido a la intersección que viven.

Se afirma que los actos de violencia y acoso a menudo están vinculados con estereotipos negativos acerca de su productividad, incluyendo procedimientos

¹⁸ El Convenio no se encuentra firmado por el Estado Mexicano, pero su contenido puede resultar de carácter orientador para hacer frente a la referida problemática.

¹⁹ Ver. OIT, La violencia y el acoso contra las personas con discapacidad en el mundo del trabajo, disponible en: [wcms_740226.pdf \(ilo.org\)](https://www.ilo.org/wcms_740226.pdf)

acosadores de control del desempeño y la atribución excesiva de errores. Otro tipo de acciones que pueden implicar acoso son el colocar obstáculos para dificultar el desplazamiento por la oficina, chocar intencionadamente con las personas que tienen una discapacidad visual o al reírse de la manera de hablar.

Tales actos deben ser detectados y sancionados con el fin de garantizar la dignidad de las mujeres con discapacidad y evitar ambientes laborales nocivos que incentiven la estigmatización.

VIII. Seguridad social

Debe tenerse en cuenta que “la pobreza afecta de manera desproporcionada a las personas con discapacidad, que están excesivamente representadas entre los más pobres del mundo”,²⁰ ya que existe una constante exclusión de este grupo poblacional en el mercado laboral, pues los adultos con discapacidad en edad de trabajar registran tasas de empleo bajas y reciben poco salario, se desarrollan generalmente en el sector informal y no se les garantiza seguridad social. Adicionalmente, las personas con discapacidad suelen hacer gastos adicionales que no realiza el resto de la población pero que resultan indispensables para contar con una vida independiente, tal es el caso de apoyos técnicos o humanos o de gastos de transporte. (ONU, 2015)

Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha destacado la importancia de tener en cuenta los gastos relacionados con la discapacidad para asignar prestaciones suficientes, en particular para los niños con discapacidad y sus familias (Comité CDPD, 2014, párr. 60) y ha recomendado calcular las prestaciones sobre la base de las características y circunstancias personales y las necesidades de las personas con discapacidad (Comité CDPD, 2012, párr. 80). Ya que se trata de un grupo heterogéneo y sus necesidades son distintas.

²⁰ Vease. N. Groce y otros, *Poverty and disability — A Critical Review of the Literature in Low and Middle-income Countries* (L. Cheshire Disability and Inclusive Development Centre, 2011)

Como refiere la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “los programas de protección social son necesarios para garantizar la seguridad de los ingresos a las personas de edad con discapacidad y para acceder a los servicios de apoyo. Habida cuenta de que las tasas de discapacidad son considerablemente más elevadas entre las personas de edad, existe una demanda cada vez mayor de servicios de atención sanitaria y social y de servicios de apoyo que les permitan continuar viviendo de forma independiente y con dignidad” (ONU, 2015, párr. 37).

Por otra parte, la accesibilidad también representa un factor indispensable para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a la seguridad social, por lo que resulta importante la existencia de un adecuado entorno físico no solamente del lugar en donde se otorga la información del servicio, sino también en la prestación misma de la seguridad social, así como de los materiales para transmitir la información relativa a la seguridad social.

Caso derivado del Amparo Directo en Revisión 319/2019, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Hechos del caso: Una mujer con discapacidad, solicitó una pensión de orfandad al Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) por el fallecimiento de su padre, un trabajador de las Fuerzas Armadas Mexicanas (FAM). El ISSFAM reconoció la pensión por orfandad a la solicitante. Posteriormente, la viuda del militar presentó diversos escritos a la Junta Directiva del instituto para que suspendiera el pago de la pensión por orfandad. Esto debido a que la hija con discapacidad del militar tiene una hija lo que la pone en el supuesto de retiro de la pensión por tener descendencia, de la fracción V del artículo 52 de la (LISSFAM). El ISSFAM suspendió el pago de la pensión de orfandad a la hija con discapacidad del militar.

La Segunda Sala determinó que el artículo 52, fracción V, de la LISSFAM no era inconstitucional, al no transgredir el derecho humano a la seguridad social ni el principio de irretroactividad de la ley siempre y cuando en su aplicación se garantice el respeto de la situación concreta de los beneficiarios que se encuentran en condición de desventaja por razón de discapacidad. Así, cuando una persona con discapacidad total permanente solicite el reconocimiento de una pensión por

orfandad no le será aplicable el supuesto del artículo 52, fracción V, de la LISSFAM, relativo a la pérdida de la pensión por tener descendencia.

IX. Participación sindical

La participación sindical de las personas con discapacidad y en específico de las mujeres con discapacidad en los sindicatos es prácticamente nula, por lo tanto, sus intereses y preocupaciones no se ven representados en los contratos colectivos de trabajo, en donde el tema de la discapacidad no se aborda y mucho menos desde una perspectiva interseccional.

Las cuestiones de género e igualdad atraviesan necesariamente y de manera transversal las acciones que emprenden los sindicatos en favor de un trabajo decente y otros derechos en materia de discapacidad. A la inversa, las cuestiones sobre discapacidad también deberían estar presentes cuando se promuevan acciones relativas a lograr la paridad de género.

Razón por la cual, resulta de suma importancia incentivar acciones que por un lado permitan la participación activa de las personas con discapacidad y en específico de las mujeres con discapacidad en los sindicatos y por otro lado, la adopción de medidas dentro de los contratos colectivos de trabajo para generar mayores y mejores mecanismos de inclusión de las personas con discapacidad en los centros de trabajo.

Algunos ejemplos a tomar en cuenta pueden ser cuestiones relativas con los temas de accesibilidad y ajustes razonables, igualdad de oportunidades para asegurar que acceso al empleo, la promoción profesional y los ascensos se realicen en las mismas condiciones que el resto de trabajadoras y trabajadores, cláusulas relativas a la discapacidad adquirida por razones de trabajo, entre otras.

Bibliografía

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2020), “Policy Guidelines for Inclusive Sustainable Development Goals Gender Equality”.

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2017) “Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.
- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), (2011), “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos.”
- Comisión Ejecutiva Confederal de UGT Departamento de Servicios Sociales, (2019), “Guía sindical de la discapacidad en el empleo”, Madrid.
- GROCE, N. y otros, (2011), Poverty and disability — A Critical Review of the Literature in Low and Middle-income Countries.
- OIT (Organización Internacional del Trabajo), (2007), Datos sobre discapacidad en el mundo del trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_087709.pdf
- _____, (2016), Informe final. Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_546305/lang--es/index.htm
- _____, *La violencia y el acoso contra las personas con discapacidad en el mundo del trabajo*. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/briefingnote/wcms_740226.pdf
- ONU (Organización de las Naciones Unidas), (2016), Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10364.pdf>
- _____, (2020), Relatores especiales, expertos independientes y grupo de trabajo “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”.

PALACIOS, A. (2008) *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (En línea). Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)

SABA, R., (2007); “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

VÁSQUEZ ROCCA, A., (2012), “Los anormales una genealogía de lo monstruoso, apuntes para una historiografía de la locura”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*.

Legislación Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas

Legislación Internacional

Convenio (NO. 190) sobre la violencia y el acoso de la Organización Internacional del Trabajo.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Diario Oficial de la Federación*, 02 de mayo de 2008.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de mayo de 1981.

Tesis Jurisprudenciales

“DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.”, Tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, página 798, registro digital 159936.

Tesis Aisladas

“NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME.”, Tesis 2a. X/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo II, página 1394, registro digital 2013789.

“DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES CUANDO UNA PERSONA ALEGA TENER UNA DISCAPACIDAD Y SOLICITA ALGÚN AJUSTE AL PROCEDIMIENTO.”, Tesis 1a. CCXVII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, página 310, registro digital 2018630.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala

Amparo en Revisión 1387/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de enero de 2014.

Segunda Sala

Amparo Directo en Revisión 3708/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 31 de mayo de 2017.

Amparo Directo en Revisión 319/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 24 de abril de 2019.

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Observaciones Generales

Comité CDPD, “Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad”, Observación General No. 3, 2016. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFkZ%2Bt93Y3D%2Baa2oLCHc5Ye5y0yX37Gpo%2FkmBZl1QeKTg7cNEuS%2FzKc3xGM7PD4P8YrjsNLHbSyyH3%2BpDNGpobvX%2B6Zw74L1Z2GWT>

_____, “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”, Observación General No. 1, 2014. Disponible en: <http://www.convenziondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

_____, “Observaciones Finales sobre el informe inicial de China, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012)”, 15 de octubre de 2012. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsrBkvDLHrFFq8wSOe2z9g3jLWXscOK3cW%2Bh6NEqWxDjRLAKgX49CP9xOmOS0nj0fJF7llXxIT7jbjH0M311hQx6sZ%2B9jlBH%2FIVc%2Bb4T08MOZ>

_____, “Observaciones Finales sobre el informe inicial de Nueva Zelanda”, 31 de octubre de 2014. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/791464/files/CRPD_C_NZL_CO_1-ES.pdf

_____, “Sobre la igualdad y la no discriminación”, Observación general No. 6, 2018. Disponible en: <https://www.cnlse.es/es/resources/legislaci>

%C3%B3n-internacional/2018-observaci%C3%B3n-general-n%C3%BAm-6-2018-sobre-la-igualdad-y-la-no

_____, Comunicación 5/2011, Opinión conjunta de los miembros del Comité Carlos Ríos Espinosa, Theresia Degener, Munthian Buntan, Silvia Judith Quan-Chang y María Soledad Cisternas Reyes, 2014.

El trabajo del hogar

Ileana Moreno Ramírez*

* Magistrada de Circuito y maestra en Derechos Humanos y Derecho Humanitario en la *American University, Washington College of Law*. La autora agradece a Gina Castillo su ayuda en la investigación para este documento.

El trabajo del hogar. I. Introducción al fenómeno; II. Problemáticas de fondo; III. Problemáticas procesales; IV. Problemáticas sobre la reparación.

I. Introducción al fenómeno

1. El trabajo del hogar

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT),¹ uno de los conceptos fundamentales al valorar los empleos es el de “trabajo decente”, que implica “la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias”.² El trabajo decente busca, entre otros fines, la preservación de la dignidad de las personas en el empleo. Esta también es una de las finalidades del Constituyente mexicano desde 1917, al poner el foco en la protección de los derechos de las clases obrera, trabajadora, campesina. La redacción original del artículo 123 constitucional ya reconocía como categoría merecedora de protección especial a los trabajadores

¹ Esta organización es una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas. Se conforma de manera tripartita, pues en ella participan representantes de los trabajadores, los empleadores y los gobiernos nacionales. Una de sus principales finalidades, conforme a la Constitución de la OIT, es la de elaborar convenios o recomendaciones. Los convenios tienen la fuerza de tratados cuando los suscriben los Estados nacionales, como se desprende del artículo 19 de la Constitución de dicha organización.

² Para acceder a los recursos y documentos de la OIT sobre trabajo decente, puede consultarse el vínculo <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm> [última consulta 19 de octubre de 2021].

“domésticos”³ y, a la fecha, enfatiza el derecho a un trabajo digno y socialmente útil.

A pesar de esta protección constitucional, que subsiste a la fecha,⁴ las trabajadoras que llevan cabo labores del hogar o domésticas siguen siendo un grupo especialmente vulnerable y susceptible de sufrir discriminación y violencia. La OIT considera que “los trabajadores domésticos constituyen una parte considerable de la fuerza de trabajo en empleo informal y se encuentran entre los grupos de trabajadores más vulnerables”.⁵ Este mismo órgano ha calificado al trabajo doméstico remunerado como “una de las ocupaciones con peor calidad de empleo”⁶, debido a que quienes la desempeñan están sometidas a “extensas jornadas de trabajo, bajas remuneraciones, escasa cobertura de seguridad social y alto nivel de incumplimiento de las normas laborales. El trabajo doméstico remunerado es uno de los trabajos con mayor déficit de trabajo decente”.

Algunas organizaciones, como el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) destacan el fenómeno de la invisibilización de estas trabajadoras y reconocen que “[s]ectores de la sociedad que hacen uso del trabajo del hogar aplican estereotipos y directamente las estigmatizan, las maltratan y las invisibilizan. Se usa su trabajo y se desprecia su esfuerzo” (Conapred, 2014, p. 3).

³ El texto originalmente aprobado del primer párrafo del artículo 123 constitucional decía: “Artículo 123. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos y, de una manera general todo contrato de trabajo: [...]”.

En los años desde la promulgación de la Constitución de 1917, el artículo 123 ha sido objeto de muchas reformas, pero no ha dejado de estar, como categoría especialmente digna de tutela, la de los trabajadores “domésticos”.

⁴ El apartado A del artículo 123 constitucional, relativo a las relaciones de trabajo entre particulares, dice: “Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:” y posteriormente enumera las condiciones laborales mínimas.

⁵ Como se advierte del apartado relativo a “Quiénes son los trabajadores domésticos”, disponible en el vínculo: https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS_211145/lang-es/index.htm.

⁶ Según se desprende del apartado relativo a “Notas OIT. El trabajo doméstico remunerado en América Latina”, disponible en el vínculo: <https://www.ilo.org/americas/publicaciones/notas-trabajo-dom%C3%A9stico-remunerado/lang-es/index.htm>.

Las labores domésticas remuneradas son invisibles en la medida en que se realizan en la privacidad de los hogares, es decir, en lugares que no son públicos, que no están a la vista y, sobre todo, en los que el Estado no interviene.⁷ La palabra “invisible” remite al concepto de algo que no puede verse, algo intrascendente. Sin embargo, la sociedad no adopta una postura neutral ante las trabajadoras del hogar. Por el contrario, activamente son discriminadas y estigmatizadas, como señala el Conapred. Esto sucede en distintos ámbitos: en la manera en que se hace referencia a ellas (con palabras despectivas e hirientes como: criada, *chacha*, muchacha, gata, sirvienta, servidumbre, la *maid*, entre otras), en los espacios que se les asignan para trabajar, dormir, comer, en el vestuario que deben portar, en la devaluación de su labor, que se remunera pobremente.

De por sí, el trabajo doméstico en general (es decir, tanto el remunerado como el no remunerado) está infravalorado. Esto se explica en parte porque no se percibe como “un empleo regular, al no ajustarse al marco general de la legislación laboral vigente, pese a remontarse sus orígenes a la época en que la relación «amo-sirviente» era una práctica corriente” (Valenzuela y Mora [ed.], 2009, p. 1). El bajo valor se da en dos dimensiones: tanto en la económica como en la social. En general, la sociedad pasa por alto la valía de esta actividad: cuando una persona se dedica al trabajo de un hogar (actividades de limpieza, cuidado de los menores o adultos mayores, cocina, entre otras), esto significa que se libera el tiempo de quienes no están llevando a cabo esa labor. Así, el hecho de que alguien se dedique a las tareas domésticas significa que un integrante de ese hogar puede disponer su tiempo en otras actividades.

En la sociedad mexicana, se normaliza el trato discriminatorio hacia la trabajadora del hogar porque así se vive; porque así ha sido siempre, porque parece que así siempre será; porque no se perciben como muy valiosas las tareas domésticas ni

⁷ Parte del objetivo de tratados internacionales como la Convención de Belém Do Pará y la CEDAW consiste en obligar al Estado a intervenir en espacios privados, como el del hogar, en defensa de las mujeres, dado que es en esos espacios que sufren violencia y discriminación. Entre muchos otros trabajos, puede consultarse a Frances E. Olsen (1985), “The Myth of State Intervention in the Family”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, disponible en el vínculo: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1967&context=mjlr>.

a quienes las desempeñan. Este trato puede ser considerado normal incluso por las propias trabajadoras, como lo reconoce Lorenza Gutiérrez:⁸

Las condiciones en las que trabajamos están tan arraigadas en la sociedad que incluso muchas de nosotras vemos el trato que se nos da como algo normal, dormir en la azotea o en la bodega junto al boiler, comer el recalentado de ayer y de pie en la cocina, estar al pendiente de la familia las 24 horas del día, trabajar más de 12 horas al día sin descanso, no recibir aguinaldo ni pensión, etc. Y creemos que así es en todas las casas (GUTIÉRREZ, 2012, 21).

Esta labor es indispensable para la satisfacción de necesidades primarias de limpieza, cuidado, alimentación. Son las tareas necesarias para los cuidados más esenciales, que se llevan a cabo en el espacio más íntimo, y que se ejercen en las condiciones más adversas para la trabajadora.

2. Las trabajadoras

La Ley Federal del Trabajo (LFT) considera que una persona trabajadora del hogar es “aquella que de manera remunerada realice actividades de cuidados, aseo, asistencia o cualquier otra actividad inherente al hogar en el marco de una relación laboral que no importe para la persona empleadora beneficio económico directo” (LFT, artículo 331). En México, la gran mayoría de las personas que llevan a cabo este trabajo son mujeres. El INEGI calcula que, al primero trimestre de 2021, hay 2.2 millones de personas (mayores de 15 años) ocupadas en trabajo doméstico remunerado y de estas, el 88% son mujeres (INEGI, 2021). El Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su preámbulo, considera que “el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos”.

⁸ Lorenza Gutiérrez es una mujer indígena que fue trabajadora del hogar, y coordinadora del Colectivo de Mujeres Indígenas Trabajadoras del Hogar (Colmith).

De esta forma, resulta de especial importancia el enfoque de género: el trabajo doméstico es una labor primordialmente desempeñada por mujeres. Sin embargo, este caso plantea un reto adicional para la tarea de juzgar con perspectiva de género, porque las trabajadoras que lo desempeñan con frecuencia reúnen dos o más condiciones de vulnerabilidad. La primera es la de ser mujeres y la afectación especial que esto implica. Además, con frecuencia son menores de edad o adultas mayores, migrantes (internas u originarias de otro país), pueden pertenecer a comunidades indígenas o afromexicanas o provenir de contextos de pobreza. Estas condiciones implican que, al adjudicar casos donde están involucradas trabajadoras del hogar, será necesario adoptar un enfoque interseccional, que considere las asimetrías de poder o motivos de discriminación derivados de la especial situación de vulnerabilidad en que puede encontrarse una trabajadora.⁹ Estas cualidades también implican que la persona juzgadora tenga un deber reforzado de aplicar ciertas técnicas de adjudicación, al estar involucradas categorías sospechosas¹⁰ de las enumeradas en el artículo 1o. constitucional, último párrafo.

Así, en cada caso concreto es importante advertir quiénes son las personas involucradas. La perspectiva de género no es equivalente a darle a una mujer la razón en un procedimiento por el solo hecho de serlo, sino que, entre otras cuestiones, implica identificar relaciones asimétricas de poder.¹¹ Esto resulta relevante en el

⁹ La Suprema Corte, en el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, cita a Women's Link Worldwide, en el sentido de que la interseccionalidad “permite reconocer que la combinación de dos o más condiciones o características en una misma persona (raza, etnia, clase, género, sexo, orientación sexual, nacionalidad, edad, discapacidad, etcétera) producen un tipo de discriminación y opresión únicas” (SCJN, 2020, p. 85).

¹⁰ La jurisprudencia P/J. 10/2016, con registro digital 2012589, de la Suprema Corte señala que, “si una norma hace una distinción basada en una categoría sospechosa —un factor prohibido de discriminación— corresponde realizar un escrutinio estricto de la medida legislativa”. Esto significa que, si se advierte alguno de los motivos históricos de discriminación a que se refiere el último párrafo del artículo 1o. constitucional, la juzgadora debe analizar el acto o norma de manera más estricta, pues expresamente se prohíbe la discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

¹¹ Este punto lo reconoce expresamente la Suprema Corte en el *Protocolo*, al indicar que “las mujeres también ejercen poder sobre otras mujeres en función de condiciones de identidad y otros factores. Así, existen mujeres que compiten por obtener reconocimiento social por su calidad de mujeres, por cumplir con los estereotipos de género asignados socialmente y por los espacios sociales a los que pueden

caso del trabajo del hogar, porque debido a los roles que tradicionalmente se ha otorgado a las mujeres, es muy probable que las dos personas involucradas en la relación de trabajo, es decir, tanto la empleadora como la empleada, sean mujeres.¹² Así pues, la persona que administra la relación laboral en un hogar con frecuencia también es una mujer. Por ese motivo, debe ponerse especial atención a detectar las relaciones asimétricas o desiguales de poder que conducen a la vulnerabilidad de una persona trabajadora del hogar.

También es de una gran relevancia atender al contexto de la relación y las características de las personas involucradas. En este sentido, deben tenerse presentes los datos estadísticos que revelan quiénes son las trabajadoras del hogar, pues de esta manera podrán advertirse de manera adecuada los contextos o las condiciones de vulnerabilidad de estas mujeres. El análisis del contexto es una importante técnica para la resolución en sede judicial de asuntos donde hay derechos humanos involucrados.¹³ En el *Protocolo*, la Corte hace hincapié en la importancia que tiene la identificación de contextos específicos. En especial, señala que los datos y estadísticas de instituciones de gobierno, organismos internacionales u otras fuentes, en relación con los planteamientos del caso y el tipo de violencia involucrada, sirven para evidenciar la situación que persiste en ciertos grupos de población y da como ejemplo, precisamente, el caso de las trabajadoras del hogar:

Una muestra de este tipo de aproximación al problema es el amparo directo 9/2018, relativo al régimen de seguridad social de las personas que se dedican al trabajo doméstico remunerado. En este precedente, la Segunda Sala acudió a datos del [INEGI], así como a la información reportada por la [OIT], para concluir que la

acceder [...]. Este tipo de opresión también puede suscitarse al contratar a otras mujeres para que realicen labores socialmente poco valoradas, como el trabajo del hogar”.

¹² El Conapred (2014) llevó a cabo una encuesta cuyos resultados reflejaron que, en el trabajo del hogar, “generalmente es una figura femenina quien realiza la contratación y acuerda las condiciones de trabajo”. El 76% de las trabajadoras encuestadas manifestaron que la persona que las contrató era la “señora de la casa”.

¹³ En este sentido, un caso paradigmático es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, en el que la CoIDH desarrolló con gran detalle los hechos de contexto relativos a la violencia contra las mujeres en un lugar (Ciudad Juárez, Chihuahua) y momento específicos (el periodo de 2001 a 2003). Ello condujo a que se determinara que había discriminación sistemática contra la mujer y que el Estado mexicano no investigó los casos de feminicidio con debida diligencia, incurriendo en responsabilidad internacional.

exclusión del empleo doméstico remunerado del régimen obligatorio de seguridad social afectaba de manera desproporcionada a las mujeres, toda vez que son, en su mayoría, las que se dedican a ese sector productivo (SCJN, 2020, p. 148).

Ya se decía que, conforme a las *Estadísticas a propósito del Día Internacional del Trabajo Doméstico (22 de julio). Datos nacionales*, el INEGI contabiliza que, al primer trimestre de 2021, en México hay 2.2 millones de personas de 15 años o mayores que se dedican al trabajo del hogar remunerado, y esto supone el 4% del total de personas ocupadas. Además, es una ocupación predominantemente femenina, donde el 88% de quienes la desempeñan son mujeres o niñas.¹⁴ Otro factor a considerar es que el 96% de todas las personas ocupadas en el trabajo doméstico son trabajadores informales y el 50% no tienen prestaciones laborales. Estos datos reflejan la precariedad en la prestación de este trabajo: quienes lo llevan a cabo no están registradas ante los organismos de seguridad social ni tienen prestaciones, a diferencia de cualquier otro trabajador. El INEGI también subraya que las personas ocupadas en el trabajo doméstico remunerado perciben ingresos mensuales promedio de \$3,300 pesos. Sin embargo, los hombres que desempeñan en este trabajo tienen un salario mayor que las mujeres, pues en promedio ganan mil pesos más. Por otro lado, el mismo Instituto dice que:

[L]a falta de acceso a prestaciones laborales es una característica de la informalidad del trabajo doméstico remunerado. La ENOE, primer trimestre de 2021, muestra que 70% de las personas que realizan trabajo doméstico remunerado no cuentan con prestaciones laborales, 25% no tiene acceso a servicios de instituciones de salud pero tienen otras prestaciones, 4% tienen acceso a servicios de salud y otras prestaciones y 1% cuenta con acceso a servicios de salud (INEGI, 2021).

Como se verá más adelante, el tema relativo a la inscripción a la seguridad social es crucial en relación con los derechos de estas trabajadoras. Un lamentable dato estadístico es que solo el 3% de las mujeres que llevan a cabo trabajo del hogar

¹⁴ El INEGI contabiliza dentro del universo de personas trabajadoras domésticas a quienes desempeñan labores de jardinería, conducción de vehículos y vigilancia. También subraya que las actividades que componen este trabajo “están claramente diferenciadas según el sexo, pues mientras las mujeres se ocupan en actividades de limpieza y de orden, cuidado de personas, cocinar, lavar y planchar, entre los hombres predominan las actividades de jardinería conducción de vehículos y vigilancia” (INEGI, 2021).

remunerado cuenta con acceso a servicios de salud como prestación laboral. En cambio, el 16% de los hombres declararon tener acceso a servicios de salud. Aunque también es un porcentaje pequeño, revela tanto la disparidad entre hombres y mujeres, como la infravaloración de este trabajo. El INEGI también llama la atención a que el trabajo el hogar se caracteriza por la informalidad y, una muestra de ello, es la falta de contrato formal de las personas ocupadas. Solo una de cada 100 trabajadoras tiene contrato por escrito.

Por su parte, el Conapred elaboró un estudio sobre las condiciones laborales de las trabajadoras domésticas, con el objeto de dimensionar la valoración del trabajo doméstico, desde la perspectiva de empleadoras y trabajadoras. Entre los resultados, destaca que la edad de las trabajadoras oscila entre los 12 y los 78 años. El 36% de las personas sujetas del estudio iniciaron su vida laboral siendo menores de edad y el 21% no tenía edad legal para trabajar. El 81% de las trabajadoras encuestadas “se emplea en el trabajo doméstico por razones de necesidad económica y factores de pobreza, como escaso logro educativo y falta de oportunidades” (Conapred, 2014). Casi una cuarta parte de las trabajadoras es indígena y el 51% son migrantes internas, es decir, no nacieron en la ciudad en que laboran.

Esta información sirve para demostrar la precariedad en la prestación del trabajo del hogar y es útil para la adjudicación de casos. Hay varias instituciones y organizaciones que generan importantes recursos de información estadística, de testimonios y estudios relativos a las trabajadoras del hogar y sus condiciones de trabajo. Entre otros insumos, vale la pena hacer mención a la información que producen el INEGI, la OIT,¹⁵ el Conapred,¹⁶ el Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México (Copred),¹⁷ el Instituto Nacional de las Mujeres (Inmujeres),¹⁸ el Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del

¹⁵ Entre otros, véase el siguiente vínculo: <https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/lang-es/index.htm>.

¹⁶ Entre otros, véanse los siguientes vínculos: https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=481&id_opcion=473&op=473 y http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/TH_completo_FINAL_INACCSS.pdf.

¹⁷ Entre otros, véase el siguiente vínculo: <https://copred.cdmx.gob.mx/storage/app/media/informe-sobre-la-situacion-de-los-derechos-de-las-personas-trabajadoras-del-hogar-en-la-ciudad-de-mexico.pdf>.

¹⁸ Entre otros, véanse los siguientes vínculos: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/101324.pdf y http://estadistica.inmujeres.gob.mx/formas/tarjetas/Trabajadoras_hogar.pdf.

Hogar (Sinactraho),¹⁹ el Centro Nacional para la Capacitación Profesional y Liderazgo de las de las Empleadas del Hogar, A.C. (Caceh),²⁰ Mujeres en Empleo Informal: Globalizando y Organizando (WIEGO, por sus siglas en inglés),²¹ Hogar Justo Hogar,²² entre otras.

En suma, para juzgar con perspectiva de género en casos relacionados con trabajo del hogar, es necesario tomar en cuenta cuestiones tales como las características de las personas involucradas en la relación laboral; si entre ellas hay una relación asimétrica de poder;²³ todas las condiciones de vulnerabilidad que pueden concurrir en una trabajadora; si en el caso se han aplicado estereotipos negativos; el contexto de la prestación del trabajo; por enumerar algunas.

II. Problemáticas de fondo

En este apartado, se llama la atención sobre tres problemáticas concretas: las palabras que usan para designar a las personas involucradas en la relación de trabajo; los estereotipos involucrados; y el reconocimiento de los derechos sustantivos de las trabajadoras del hogar, especialmente lo relativo a las condiciones laborales y las prestaciones.

1. Los términos

Las palabras insultantes hieren; las palabras atentas dignifican. Las palabras importan. La Constitución y las leyes emplean muchos términos anacrónicos que se

¹⁹ Véase el vínculo <http://sinactraho.org/>.

²⁰ Véase el vínculo <https://caceh.org.mx/>.

²¹ Entre otros, véase el siguiente vínculo: https://www.wiego.org/sites/default/files/2020-09/WIEGO_Resources16_SP_Web.pdf.

²² Véase el vínculo <https://hogarjustohogar.org/>.

²³ En general, la LFT establece ciertas reglas procesales (principio *in dubio pro operario*, presunciones, cargas probatorias, entre otras) que parecen reconocer estas asimetrías en la relación empleador-empleado y, en ciertos casos, inclinan la balanza hacia los trabajadores. Por ejemplo, véanse los artículos 18 (en la interpretación de las normas de la LFT deben prevalecer ciertos principios y, en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador), 21 (presunción de la relación de trabajo ante falta de contrato) 804, 805 (obligación del empleador de conservar y exhibir en juicio ciertos documentos y, de lo contrario, se presumen ciertos los hechos expresados por el actor en la demanda, salvo prueba en contrario), 841 (obligación del órgano de dictar sentencias a verdad sabida, buena fe guardada y sin reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas).

usan para designar a las personas y sus actividades, principalmente tratándose del trabajo del hogar. ¿Por qué las trabajadoras prefieren el calificativo “del hogar”, en vez de “domésticas”? El propio Caceh, la asociación de trabajadoras, explica que “el término ‘servidumbre’ tiene su origen en el feudalismo (en la Edad Media) y las características que lo distinguen no corresponden con la noción actual de trabajadores y trabajadoras del hogar como sujetos/as de derechos”. Además, dicen que tampoco aceptan que se les llame *domésticas*, “porque alude a creer que somos propiedad de las personas para las que trabajamos. Por lo tanto reivindicamos insistentemente que se nos nombre ‘trabajador o trabajadora del hogar’” (Caceh).

Ya se decía que el trabajo, cuando se ejerce conforme a los objetivos constitucionales y convencionales, es un trabajo decente, que tiende a la dignificación de las personas. Por eso, uno de los primeros problemas de fondo es el relativo a los términos, tanto constitucionales como legales, porque si se emplea el término constitucional (un “doméstico” o “doméstica”, en vez de un trabajador o trabajadora del hogar), es equivalente a usar expresión peyorativa, conforme a su uso e intención actual. Entonces, es más conveniente hablar de las trabajadoras del hogar, y no de “la servidumbre” o “trabajadoras domésticas”, porque ellas mismas consideran que estas expresiones son insultantes. Esto es así, a pesar de que el término que emplea la Constitución es el de *domésticos* (artículo 123, apartado A), así como los tratados de la OIT. “Doméstico” es como denotar que una persona es propiedad de otra. Por eso en la reforma de 2019 a la LFT se sustituyeron todas las referencias a “trabajadores domésticos” por “personas trabajadoras del hogar”.

La Constitución también emplea el término “patrón” para referirse a las personas empleadoras, al igual que la LFT. Esta expresión denota una especie de superioridad de una persona respecto a su empleado. Es un vocablo con una importante connotación de supra a subordinación, que remite a la época de las grandes haciendas, de latifundistas, de caciques. El ser “patrón” o “patrona” de alguien no sólo denota la relación de trabajo, sino también una profunda desigualdad social entre quien emplea y su subordinado. En el mejor de los casos, es una expresión anacrónica y propia de otros tiempos; en el peor, es un vocablo odioso por clasista. Por este motivo, debe preferirse el término “empleador”, que es el estándar generalmente aceptado a nivel internacional (de manera particular, por la OIT)

para designar a quien contrata a otra persona para la prestación de un trabajo remunerado.

Así, aunque la Constitución y las leyes empleen ciertos términos, la opción que preserva la dignidad de las personas consiste en usar palabras diferentes, que no sean agresivas hacia las personas destinatarias o que no perpetúen divisiones de clase. Por ello, las palabras “doméstico” y “patrón” deben caer en el desuso y, por el contrario, son preferibles las expresiones “trabajadora del hogar” y “empleadora” o “empleador”.

2. Los estereotipos

Un estereotipo es “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (v.g. mujeres lesbianas, adolescentes)” (Cook y Cusack, p. 11). Estas autoras señalan que:

Los estereotipos degradan a las mujeres, les asignan roles serviles en la sociedad y devalúan sus atributos y características. Los prejuicios sobre la inferioridad de las mujeres y sus roles estereotipados generan irrespeto por ellas además de su devaluación en todos los sectores de la sociedad. Las mujeres pueden ser condicionadas socialmente para internalizar los estereotipos negativos sobre sí mismas y para cumplir con el papel subordinado y pasivo que consideran apropiado para su status. Cuando las sociedades no reconocen ni eliminan tales prejuicios ni los estereotipos asociados a éstos, e exagera un clima de impunidad con respecto a las violaciones de los derechos de las mujeres, el cual permite que los prejuicios y estereotipos injustos sobre las mujeres se engranen en la sociedad, lo que a su vez causa una mayor devaluación de las mujeres. (Cook y Cusack, p. 1)

Por esto es importante detectar si en alguna norma o caso están involucrados estereotipos de género. Ello permitirá nombrar el estereotipo y eliminar su efecto nocivo y las concepciones sobre los roles de cada grupo en la sociedad. En el caso de las trabajadoras del hogar hay varios estereotipos negativos que afectan la forma en que socialmente se percibe esta labor. Enseguida se hace referencia a algunos de ellos, para evitar que, en la adjudicación de casos relacionados con

estas trabajadoras, se incurra en nociones estereotipadas que las afecten negativamente.

a. Trabajadora del hogar como parte de la familia

Antes que cualquier otra cosa, el trabajo del hogar es trabajo. La contratación de una trabajadora del hogar implica que una persona entrará al espacio más íntimo de quienes integran un núcleo familiar, pero no será un miembro de este, con todos los privilegios que ello acarrea. Aunque es natural que se generen vínculos de cariño o amistad, no hay que perder de vista que se trata de una relación laboral. De lo contrario, con base en el pretexto de que la trabajadora “es como de la familia” pueden justificarse varios abusos en su contra, como se advierte del siguiente testimonio:

Al principio te dicen que solo vas a limpiar la casa, pero conforme pasa el tiempo tus actividades van aumentando. Si trabajamos de planta terminamos estando al pendiente de todo, ya que aparte de la casa hay que limpiar la calle, sacar al perro a pasear, lavar los carros, etc., y no podemos hacer otra cosas más que estar al pendiente de que no le falte nada a la familia. Cuando estás de entrada por salida, la cosa no es muy diferente: inicias solo haciendo la limpieza y con el tiempo empiezan los favores: “plánchame esta camisa, por favor”; “mañana voy a tener visitas, por favor, ¿me puedes venir a ayudar?”; “voy a tener un día muy ocupado, ¿me puedes ayudar con la comida de hoy?”; “por favor, antes de que llegues mañana, ¿puedes pasar al súper y comprarme esto?”, etc. Muchas de nosotras no tenemos la habilidad para negociar un aumento de salario cuando estos favores se vuelven permanentes, tememos perder nuestro trabajo si pedimos un aumento de salario por el aumento de trabajo. (GUTIÉRREZ, 2012, p. 21).

Aunque se generen vínculos de cariño, esto no puede ser excusa para negar los derechos de las trabajadoras. Sigue habiendo una relación asimétrica de poder y, como lo dice Lorenza Gutiérrez, una trabajadora difícilmente va a tener las herramientas o habilidad para negociar con su empleadora en un plano de igualdad. Así, es común que se le asignen tareas para las que originalmente no fue contratada (ya se ha dicho que la mayoría de las mujeres no tienen un contrato

por escrito); o que se justifiquen abusos, como los relacionados con el tiempo en que la trabajadora está disponible para atender a la familia, sin que esos periodos se consideren como horas extras que debe pagarse.

b. Trabajadora del hogar como ignorante

Lorenza Gutiérrez subraya otra problemática. Es común que algunas empleadoras prefieran “a una trabajadora de pueblo, ya que dicen que `ellas no están maledas y son más limpias´ pero en realidad lo que están diciendo es que prefieren a una muchacha joven que no conozca sus derechos, que no se queje, que sea obediente, que acepte todas las condiciones de trabajo que le pongan” (GUTIÉRREZ, 2012, p. 20). Esta noción estereotipada (es decir, de la mujer rural como más honesta y limpia que una mujer urbana) es nociva porque justifica abusos contra personas que carecen de información sobre el alcance de sus derechos y de capacitación sobre cómo desempeñar el trabajo.

No debe olvidarse que la LFT establece varias obligaciones a cargo de los empleadores y, una de estas, consiste en proporcionar capacitación y adiestramiento a sus trabajadores (artículo 132, fracción XV, de la LFT). Las empleadoras no deben asumir que la trabajadora ya conoce todas las labores que deben desempeñarse en un hogar, cómo le gusta a la familia que se haga cada tarea, cómo operar ciertos instrumentos (lavadora, aspiradora, licuadora, por ejemplo) o qué productos emplear y en qué cantidad. El testimonio de Lorenza Gutiérrez es invaluable para reflejar esta problemática:

Para nosotras [las trabajadoras del hogar indígenas] al iniciar el trabajo en una casa de la ciudad es más difícil, por el gran esfuerzo que hacemos por adaptarnos. Entre el quehacer en una casa de la ciudad y el quehacer en la casa de una comunidad hay una gran diferencia, ya que aquí estamos obligadas a aprender a leer porque las instrucciones para usar los aparatos electrodomésticos muchas veces vienen en inglés; muchas de nosotras no tuvimos la misma oportunidad de ir a la escuela, cuando mucho terminamos la primaria pero esto no basta, por lo tanto no entendemos bien el español, ya que nunca estuvimos preocupadas en aprenderlo porque ya sabemos hablar nuestra lengua materna. Al llegar a la ciudad es un reto para todas tener que hablarlo y aprender el quehacer, es un doble esfuerzo. Muchas

veces nuestros sueños se ven truncados cuando queremos seguir estudiando y no lo podemos hacer, ya que la escuela está abierta de lunes a viernes y nuestro día de descanso es el domingo o cada 15 días.

[...]

El trabajo en casa es visto como si fuera un trabajo para las mujeres pobres porque se cree que no se necesitan muchas habilidades para hacerlo, basta con ser mujer y ser pobre. Por ello sobre este trabajo pesan todos los prejuicios que existen sobre la pobreza y las mujeres, y más si son indígenas. En este trabajo existe el abuso, la discriminación y el maltrato psicológico, emocional y a veces físico y sexual, porque las empleadoras y sus familias se creen con la obligación de educarnos; nos dicen que nuestras costumbres no están bien, que debemos hablar correctamente (en español), nos dicen que como ya estamos en la ciudad ya no tenemos que comportarnos como en el pueblo, nos deciden qué días descansamos, qué podemos comer, con quién nos podemos casar, con quién podemos salir, a dónde debemos ir. Muchas lo hacen llenas de buenas intenciones y por respeto muchas de nosotras les decimos que está bien aunque, claro, cuando podemos estar con nuestra gente platicamos en nuestra lengua y reproducimos nuestra cultura. (GUTIÉRREZ, 2012, p. 20)

Frecuentemente una trabajadora tiene que superar muchísimas barreras para prestar sus servicios en un hogar. En ocasiones debe aprender un idioma diferente (el español), la operación de varios aparatos, los gustos de distintas personas, las costumbres de una ciudad distinta. El estereotipo sobre su supuesta ignorancia es la salida fácil ante la falta de capacitación (que debe proporcionar la empleadora) que le permitiría desempeñar satisfactoriamente sus labores. Además, tiene implícita la falta de respeto frente a la cultura originaria de la trabajadora, o ante el esfuerzo de aprender un idioma o habilidades nuevas.

c. Trabajadora del hogar como informal

Hay una frase odiosa y discriminatoria que es de uso común: decir que una persona se fue “como las chachas”, para denotar que alguien abandona un empleo o un lugar sin avisar. Además de que la palabra es profundamente ofensiva, el

estereotipo que contiene implica que las trabajadoras del hogar no son confiables y que pueden tomar intempestivamente la decisión de dejar su trabajo. Se insiste en que lo que debe observarse en cada caso es el trato hacia cada trabajadora, el contexto y las relaciones asimétricas de poder. Las empleadas normalmente no están en posibilidad de negociar o exponer sus inconformidades con las condiciones de la prestación del trabajo. No es tan sencillo tener ese tipo de comunicación o conversación con la empleadora. Por ello, puede ser que la única opción viable, desde su posición, sea la de simplemente marcharse, pues de esa manera cesarán los abusos o malos tratos. Es importante fomentar mecanismos de comunicación o mediación, como parte de la administración de la relación de trabajo y con el objeto de solucionar diferendos.

Estos son solo algunos de los estereotipos más generalizados en torno a las personas trabajadoras del hogar. Sin embargo, la obligación de las personas que tienen a su cargo la adjudicación de casos judiciales es detectar los estereotipos que permiten o justifican la violencia o la discriminación, para eliminarlos.

3. Derechos de las trabajadoras: sus condiciones de trabajo y prestaciones

La Constitución consigna el derecho a la igualdad en materia laboral. Por un lado, desde 1960 el artículo 123 señala que a trabajo igual corresponde salario igual, sin tener en cuenta el sexo. Por otro lado, el artículo 1o. constitucional desde hace años contempla el derecho a la igualdad y, en 2011, se reformó para designar que todas las personas gozan de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales (en vez de hablar de “garantías individuales”). Con base en estas normas constitucionales no hay duda de que, en materia de trabajo, está garantizada la igualdad formal, es decir, la igualdad ante la ley.

Sin embargo, hasta hace poco, no había igualdad formal para las trabajadoras del hogar. Aunque en principio les aplicaba la protección genérica del artículo 123, apartado A, constitucional, la LFT establecía un capítulo especial relativo a los “trabajadores domésticos” que, a pesar de tener buenas intenciones, no lograba una adecuada protección de los derechos de las personas trabajadoras del hogar.

Por ejemplo, en cuanto a la jornada de trabajo, el artículo 333 de la LFT (conforme al texto que estuvo vigente de 2012 a 2019) establecía que los trabajadores que habitaban en el hogar debían disfrutar de un descanso mínimo diario nocturno de nueve horas consecutivas, además de un descanso mínimo de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas. Conforme a esta disposición, las trabajadoras podían válidamente tener una jornada diaria de trabajo de hasta doce horas, superando por mucho el máximo de ocho horas que establece el artículo 123 constitucional. Otra cuestión muy relevante es que las trabajadoras del hogar se encontraban excluidas del derecho a la seguridad social, con base en redacción anterior de la Ley del Seguro Social (LSS).

A esta desigualdad se sumaban otros factores, como la interpretación restrictiva de derechos por algunos tribunales jurisdiccionales. José Antonio Guevara (2012, pp. 8 a 10) criticó varias decisiones de Tribunales Colegiados de Circuito. La primera de ellas versaba sobre un pago salarios devengados y no cubiertos. Al demandar la trabajadora, reclamó tanto el pago de numerario como el 50% equivalente, correspondiente a los alimentos y habitación. Sin embargo, no se consideró que la trabajadora tuviera derecho al pago de este 50% adicional, sino únicamente al numerario que recibía, bajo el argumento de que ya se habían disfrutado los alimentos y habitación, por lo que quedaron cubiertos estos conceptos.²⁴

Guevara también consideró contraria a los derechos de las trabajadoras del hogar la interpretación de un órgano colegiado²⁵ en el sentido de que no existe obliga-

²⁴ Se refiere a la tesis aislada con registro digital 227544, de rubro: “TRABAJADORES DOMÉSTICOS. SALARIOS DEVENGADOS Y NO CUBIERTOS, PACTO DE LOS”. En cambio, hoy en día pueden consultarse interpretaciones diferentes. Por ejemplo, recientemente el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito resolvió el amparo directo 500/2018, de donde derivó la tesis con registro digital 2018220, de rubro: “TRABAJADORES DOMÉSTICOS. LOS ALIMENTOS Y HABITACIÓN DE LOS QUE PERNOCTAN EN EL DOMICILIO DEL PATRÓN INTEGRAN EL SALARIO PARA EFECTOS INDEMNIZATORIOS”. En su argumentación, el Tribunal Colegiado invocó el Convenio 189 de la OIT (a pesar de que todavía no había sido ratificado por el Estado mexicano) y subrayó que el salario de los trabajadores que habitan en el hogar donde prestan sus servicios se integra por el pago en efectivo, los alimentos y la habitación. Por lo tanto, “para efectos indemnizatorios, el cálculo de las condenas debe efectuarse con base en el salario integrado que como remuneración percibe ese tipo de trabajadores, de modo que el salario en efectivo que acrediten recibir, deberá incrementarse en un 50% por los conceptos de alimentos y alimentos y habitación”.

²⁵ Se refiere a la tesis aislada con registro digital 166537, de rubro: “TRABAJADORES DOMÉSTICOS. NO EXISTE OBLIGACIÓN DEL PATRÓN DE INSCRIBIRLOS AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL NI AL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO”.

ción del empleador de inscribir a su trabajadora al régimen obligatorio del seguro social ni al seguro de ahorro para el retiro, porque la inscripción solo puede ser voluntaria y pactada por las partes,²⁶ Igualmente, cuestionó el criterio de un Tribunal Colegiado de Circuito al resolver un asunto en el que analizó lo relativo al reclamo de pago de la prima dominical. La decisión jurisdiccional²⁷ precisó que la jornada de los trabajadores domésticos se rige por una regla especial,²⁸ que no establece límites al horario y por ende no puede calcularse un máximo legal semanal. Además, el órgano consideró que el tipo de labor implica una “vinculación *sui generis* de convivencia familiar que guarda con el empleador y su familia”.²⁹ Por esto no se estimó aplicable la regla genérica que señala que la jornada de trabajo es el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador. En consecuencia, se resolvió que corresponde al trabajador doméstico probar que laboró los domingos si este hecho lo niega el empleador.

Finalmente, Guevara alude a una tesis³⁰ en la que se estableció el criterio consistente en que la naturaleza del trabajo doméstico no es compatible con la posibilidad de reclamar el pago de horas extras. En este sentido, la tesis señala que los trabajadores domésticos no llevan a cabo una labor similar a la de otros trabajadores, porque sus actividades no tienden a que su empleador obtenga un lucro, sino que están vinculadas con aseo, la atención del hogar o de una familia. Además, se destaca que, en su labor, predomina la convivencia con el núcleo familiar en que prestan sus servicios, por lo que no les es aplicable la regla genérica que

²⁶ Como se narrará más adelante, la propia Suprema Corte emitió criterio en el sentido de que es inconstitucional la norma que excluye a las trabajadoras del hogar del acceso a la seguridad social, al resolver el amparo directo 9/2018.

²⁷ Se refiere a la tesis aislada con registro digital 177759, de rubro: “TRABAJADORES DOMÉSTICOS. CUANDO RECLAMAN EL PAGO DE LA PRIMA DOMINICAL Y EL PATRÓN LO NIEGA A ELLOS LES CORRESPONDE PROBAR QUE LABORARON EN DOMINGO”.

²⁸ El anterior artículo 333 de la LFT, al que ya se hizo referencia, y que decía que: “Los trabajadores domésticos que habitan en el hogar donde prestan sus servicios deben disfrutar de un descanso mínimo nocturno de nueve horas consecutivas, además de un descanso mínimo diario de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas”.

²⁹ Aquí puede estar involucrado el estereotipo de la trabajadora como parte de la familia, y esta situación opera en perjuicio de la trabajadora en la medida en que el supuesto vínculo de cariño o familiar puede usarse para disminuir sus derechos.

³⁰ Se refiere a la tesis aislada con registro digital 177758, de rubro: “TRABAJADORES DOMÉSTICOS. DADA LA NATURALEZA DE SU TRABAJO NO EXISTE FUNDAMENTO LEGAL PARA RECLAMAR EL PAGO DE TIEMPO EXTRA”.

establece que la jornada de trabajo es el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador. En consecuencia, se resolvió que en la remuneración no interviene el factor de tiempo, puesto que su retribución está compuesta no solo por el pago en efectivo, sino también los alimentos y habitación. De ahí que no tienen fundamento para reclamar el pago de horas extras.³¹

En cuanto a la vertiente del trato desigual ante la ley, en los últimos dos años se han modificado diversas leyes y se ratificó el Convenio 189 de la OIT, con lo que se dio un importante avance para tener un marco jurídico más igualitario.

Es gracias al impulso de varias personas e instituciones que se han alcanzado importantes reivindicaciones. Este es un caso donde son palpables los logros de grupos de la sociedad civil, trabajando en conjunto con distintos organismos. Aunque se trata de luchas colectivas, merece una especial mención la labor de Marcelina Bautista en favor de los derechos de las trabajadoras del hogar. La señora Bautista es originaria de la comunidad indígena mixteca de Nochixtlán, Oaxaca. Salió de esa comunidad a los 14 años y fue trabajadora del hogar por 21 años y, en ese empleo, fue víctima de discriminación y violencia (Conapred). Al dejar ese empleo se capacitó en distintas materias y, sobre todo, ha sido activista en favor de los derechos de las trabajadoras del hogar. Entre otras cosas, fundó el Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras del Hogar en 2015, ha impulsado varias reformas legales y la ratificación del Convenio 189 de la OIT y ha recibido varios premios y reconocimientos por su labor como defensora de los derechos de las trabajadoras del hogar.

A través del esfuerzo de personas como la señora Bautista, se dio un primer paso en 2012. Ese año se aprobaron reformas a la LFT que incluyeron la definición de

³¹ La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya emitió criterio sobre este tema. Es decir, hay jurisprudencia, vinculante para los órganos jurisdiccionales, en el sentido de que sí procede el pago de horas extraordinarias cuando se trata de trabajadoras del hogar que prestan sus servicios en la modalidad conocida como “de entrada por salida”. Para ello, según la Corte, debe tomarse en cuenta la naturaleza de la prestación del servicio y que el hecho de que una persona trabajadora esté en el hogar más de ocho horas no necesariamente significa que el periodo excedente sean horas extras. Más bien, debe valorarse la razonabilidad y verosimilitud del reclamo en cada caso concreto. El criterio está plasmado en la jurisprudencia 2a./J. 3/2011 (10a.), con registro digital 2000172, de rubro: “TRABAJADORES DOMÉSTICOS DENOMINADOS ‘DE ENTRADA POR SALIDA’. PROCEDENCIA DEL PAGO DE TIEMPO EXTRAORDINARIO”.

igualdad sustantiva, la prohibición de discriminación, la definición de hostigamiento y de acoso sexual, un régimen de subcontratación, entre otras cuestiones. Gracias al esfuerzo de diversas activistas y sus aliadas, en esa reforma también se reformaron varios artículos del Título Sexto (Trabajos Especiales), Capítulo XIII (Trabajadores Domésticos). Los cambios más relevantes³² fueron:

- El artículo 333 solo señalaba que los trabajadores domésticos debían disfrutar de reposos suficientes para tomar sus alimentos y de descanso durante la noche. La reforma de 2012 precisó que debían disfrutar de un descanso mínimo nocturno de nueve horas consecutivas, además de un descanso mínimo diario de tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas. Si bien esto fue un avance, el cambio todavía permitía que las trabajadoras laboraran una jornada más extensa al máximo de ocho horas, sin claridad sobre la procedencia del pago de horas extras. Además, la disposición parece prever lo relativo a las trabajadoras que residen en el lugar donde prestan sus servicios, pero sin contemplar qué sucede con la jornada de las personas en la modalidad que se conoce como “entrada por salida”.
- La LFT era omisa en relación con los descansos semanales de las trabajadoras del hogar, por lo que se entendía aplicable el estándar del artículo 123, apartado A, fracción IV constitucional, es decir, un día de descanso por cada seis días de trabajo, por lo menos. En 2012 se reformó el artículo 336 para reflejar que los trabajadores domésticos tienen derecho a un descanso semanal de día y medio ininterrumpido, preferentemente en sábado y domingo. Esta disposición tampoco era clara en cuanto a su aplicabilidad a las trabajadoras en la modalidad de “entrada por salida”. Inclusive, un Tribunal Colegiado consideró pertinente publicar el criterio que se identifica con el registro digital 2015088, de rubro: “TRABAJADORES DOMÉSTICOS ‘DE ENTRADA POR SALIDA’. INTERPRETACIÓN DE LA FRASE ‘DESCANSO SEMANAL DE

³² Pueden consultarse en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 30 de noviembre de 2012, así como en el vínculo: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5280815&fecha=30/11/2012.

DÍA Y MEDIO ININTERRUMPIDO´ PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 336 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO”, para puntualizar que también tienen derecho a ese descanso.

- El artículo 337 (relativo a las obligaciones de los empleadores), fracción II, fue objeto de reformas de forma, relacionadas con la terminología empleada. Se sustituyó la expresión “local cómodo e higiénico para dormir” por “habitación cómoda e higiénica”; y se sustituyó la expresión “alimentación sana y satisfactoria” por “alimentación sana y suficiente”.

Por otro lado, pasaron varios años y la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerció su facultad de atracción para conocer de un juicio de amparo directo (SCJN, amparo directo 9/2018), relacionado con una trabajadora del hogar. La trabajadora demandó a una señora y sus hijas, pues con las tres tuvo una relación de trabajo, así como al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit). Reclamó haber sido despedida injustificadamente, por lo que solicitó el pago de la indemnización constitucional, de salarios caídos, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, prima de antigüedad y tiempo extraordinario, así como la inscripción retroactiva al IMSS. También describió las condiciones de la prestación del servicio, diciendo que ingresó a trabajar en 1959 para la señora demandada y que posteriormente la contrataron sus hijas. Señaló que desempeñaba la labor de trabajadora del hogar y prestaba sus servicios de 8 a.m. a 5 p.m. de lunes a sábado, sin horas de comida ni descanso. La Junta Local de Conciliación y Arbitraje competente consideró que no se acreditaba el despido injustificado y estimó que no había obligación de inscribir a la trabajadora en el IMSS ni en el Infonavit. Finalmente, se condenó a las demandas al pago de algunas prestaciones.

Dado que la trabajadora no estaba de acuerdo con el laudo, lo impugnó a través de un juicio de amparo directo y este es el asunto que atrajo la Segunda Sala de la Corte. En sesión del 5 de diciembre de 2018, la Sala dio la razón a la trabajadora. En primer lugar, abordó el tema relativo a si es constitucional que los empleadores no tengan la obligación jurídica de inscribir a sus trabajadoras ante el IMSS.

La Segunda Sala concluyó que es inconstitucional el artículo 13, fracción II, de la LSS, al decir que la inscripción a dicho seguro de las trabajadoras del hogar es optativo. Esto viola el derecho humano a la seguridad social en igualdad de condiciones y es discriminatorio.

La Sala también señaló que, aun cuando la norma es aparentemente neutra, en realidad tiene un impacto negativo que afecta especialmente a las mujeres trabajadoras del hogar. Enseguida, abordó el reclamo de despido injustificado y determinó que, analizando todo el acervo probatorio, se concluía que sí fue injustificado el despido. Aunque había un escrito de renuncia, no era plausible pensar que la trabajadora, de más de 80 años de edad, lo hubiera elaborado, porque estaba realizando e impreso con una tecnología que no conocía. Además, a partir de las declaraciones de las demandadas, se advertía que la relación de trabajo duró más de lo que decían y que sí fue despedida.

Esta resolución fue un parteaguas, porque la Corte ordenó al IMSS para que instrumentara un programa piloto para diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar. A partir de esta resolución, el mensaje era contundente: el Estado mexicano debía hacer algo respecto del régimen de seguridad social de las trabajadoras del hogar.

Posteriormente, en 2019, se reformó la LFT para reconocer derechos de las trabajadoras del hogar y subsanar varias de las omisiones o discriminaciones detectadas en la ley por las propias trabajadoras y activistas. En el dictamen de la Cámara de origen (Senadores), se justificó la reforma de la siguiente forma:

Las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social; Para la Igualdad de Género; y de Estudios Legislativos, Primera, valoramos y reconocemos la importancia social de lo que se pretende incorporar en el texto legal a fin de mejorar las condiciones laborales de las personas trabajadoras del hogar, ante escenarios de precariedad laboral y vulnerabilidad de derechos.

Ahora bien, la intención de las y los Senadores proponentes es reconocer los derechos laborales de las personas trabajadoras del hogar, a fin de garantizar que no estén bajo un régimen especial y discriminatorio.

Lo anterior, toda vez que la legislación no prevé disposición sobre seguridad, higiene, riesgos o accidentes de trabajo, toda vez que no obliga a la regulación e la relación laboral a través de la firma de un contrato, tampoco señala norma sobre el descanso y la jornada laboral, en modo alguno establece vacaciones o aguinaldo y aunque señala que se debe determinar un salario mínimo profesional para el sector, esto no ha ocurrido.

Las y los Senadores también argumentan que a pesar de que ha habido importantes contribuciones económicas y sociales de las personas trabajadoras del hogar, lo cierto es que muchas de ellas viven explotación laboral, discriminación, acoso y violencia dentro del trabajo (Dictamen de las Comisiones Unidas de Trabajo y Previsión Social; para la Igualdad de Género; y de Estudios Legislativos, Primera, a la Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social en materia de las personas trabajadoras del hogar).

Este proceso legislativo dio lugar a las reformas publicadas en el DOF el 2 de julio de 2019.³³ El primer cambio que vale la pena destacar es que se deja de usar, en toda la ley, la expresión “trabajadores domésticos”. En cambio, ahora se les denomina “personas trabajadoras del hogar”. Esta reivindicación es de un simbolismo muy importante, porque dignifica la designación de las trabajadoras. Además, la palabra ya no está expresada en el genérico masculino (“trabajadores”), sino que ahora califica a las personas y permite resaltar que la mayoría de quienes llevan a cabo el trabajo son mujeres.

Otras de las modificaciones relevantes son:

- Se definen las modalidades de la prestación del trabajo: (i) personas que trabajan para una persona empleadora y residen en el domicilio donde realizan sus actividades; (ii) personas que trabajan para una persona empleadora y no residen donde realizan sus actividades; y (iii) personas que trabajan para varias personas empleadores y no residen en el domicilio de ninguna de ellas (artículo 331 de la LFT).

³³ El decreto puede consultarse en el siguiente vínculo: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5564651&fecha=02/07/2019.

- Se fijó como edad mínima para prestar este trabajo los 15 años (artículo 331 Bis de la LFT).
- Se establece la obligación de que el trabajo del hogar se fije mediante contrato por escrito y los requisitos mínimos que este debe contener: el nombre y apellidos de la persona empleadora y trabajadora; la dirección del lugar de trabajo habitual; la fecha de inicio del contrato y cuando se aplicable, su duración; el tipo de trabajo por realizar; la remuneración, cómo se calcula y la periodicidad en los pagos; las horas de trabajo; las vacaciones anuales pagadas y los periodos de descanso diario y semanal; el suministro de alimentos y alojamiento, cuando proceda; y las herramientas de trabajo que serán brindadas; así como la prohibición de discriminación en todas las etapas de la relación laboral (artículo 331 Ter de la LFT).
- Se precisan de forma más detallada los descansos (artículo 333 de la LFT).
- Se precisan las prestaciones a que tienen derecho las trabajadoras del hogar, entre las cuales se incluye, expresamente, el acceso obligatorio a la seguridad social (artículo 334 Bis de la LFT).
- El descanso semanal de un día y medio y la obligación de que se respeten los días de descanso obligatorio previstos en la propia ley (artículo 336 de la LFT).
- Se reconoce expresamente el fenómeno de las personas migrantes trabajadoras del hogar (artículo 337 Bis de la LFT).
- No solo se considera como despido injustificado el ya definido por la ley en casos genéricos, sino que, además, se considera como tal aquel se dé por motivos de violencia de género en el trabajo de manera explícita y discriminación (artículo 341 de la LFT).
- Se prevé la posibilidad de que haya inspecciones de trabajo que incluyan la revisión del trabajo del hogar, con especial atención tratándose

de personas trabajadoras del hogar migrantes, que pertenezcan a grupos vulnerables o que sean menores de edad (artículo 542 de la LFT).

- Se incluyó a las trabajadoras del hogar en el régimen obligatorio de aseguramiento (artículo 12 de la LSS).

La reforma abordó muchos de los temas que ya habían sido detectados como focos de desigualdad y violencia. Después de varios años, el 3 de julio de 2020 el Estado mexicano depositó ante la OIT la ratificación del Convenio 189 de la OIT,³⁴ para entrar en vigor el 3 de julio de 2021,³⁵ Era un gesto simbólico importante con las trabajadoras que el Estado aceptara la aplicación de este tratado, pero más allá de eso, hay otra cuestión de trascendencia. Al hacerlo, el Convenio 189 se convirtió en parte del parámetro de regularidad constitucional. Entonces, cualquier norma u acto pueden evaluarse en función de los estándares que fijó la OIT en el Convenio.

Esta es, en resumen, la historia reciente del desarrollo de los derechos sustantivos de las trabajadoras del hogar. Los precedentes judiciales, reformas de ley y adhesión a tratados han abonado a que se garantice la igualdad sustantiva, la igualdad ante la ley. Adicionalmente, es tarea de las y los operadores que se empleen la perspectiva de género y el resto de la técnicas y herramientas de interpretación aplicables a los casos de las trabajadoras del hogar.

III. Problemáticas procesales

1. Acceso a la justicia

Una de las principales barreras procesales para el ejercicio de los derechos de las trabajadoras del hogar es el acceso a la justicia. En la encuesta ya citada que levantó

³⁴ El texto del tratado puede consultarse en el vínculo: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189.

³⁵ Como se desprende del artículo transitorio único del Decreto Promulgatorio del Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los trabajadores Domésticos, adoptado en Ginebra, el dieciséis de junio de dos mil once, publicado en el DOF el 2 de julio de 2021, disponible en el vínculo: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5622925&fecha=02/07/2021.

el Conapred (2014), se preguntó tanto a empleadoras como trabajadoras del hogar sobre las instancias para resolver conflictos laborales, maltrato y discriminación. Solo “1 de cada 10 trabajadoras identifica a algún tipo de autoridad para enfrentar una situación de conflicto laboral o para resolver maltrato o discriminación”. El porcentaje en el caso de las propias empleadoras no es mucho mejor, ya que solo el 88% manifestó que sí sabe a qué autoridad acudir para resolver conflictos laborales. En el mismo sentido, el Conapred observa un gran desconocimiento acerca de las leyes que protegen los derechos laborales, “principalmente entre trabajadoras domésticas, pero también entre las empleadoras sobre la legislación que ampara sus derechos”. El 91% de las trabajadoras no sabe si hay alguna ley que contemple los derechos de las personas dedicadas al trabajo del hogar. Si estos datos son descorazonadores, es mucho peor la falta de información de las trabajadoras sobre la existencia de agrupaciones gremiales de trabajo del hogar. Tan solo el 2% manifestó saber algo acerca de algún sindicato.

Estos datos reflejan que falta información acerca de la solución de conflictos entre empleadoras y empleadas del hogar, sobre a qué autoridades acudir y sobre la ayuda y acompañamiento que pueden brindar los sindicatos (como el Sinactraho). Aunado a esto, cuando se decide judicializar un asunto, es necesario tener por lo menos asesoría u orientación por parte de una abogada o abogado, que le explique a las personas el alcance de sus derechos, si tienen algún reclamo posible, qué documentos u otras pruebas ofrecer, qué formato o requisitos necesita una demanda, etcétera. Esta es una importante barrera para que las trabajadoras accedan a los tribunales, ya que por su condición social y, en ocasiones, su bajo nivel educativo, no les es sencillo acceder a alguna abogada o abogado. En esta tarea pueden ser de importancia instrumental las agrupaciones gremiales o las defensorías públicas, con el objeto de brindar consejo y asesoría jurídica.

2. Problemáticas procesales en el proceso laboral

Una vez promovida la demanda laboral, una de las principales problemáticas en el proceso es la relativa a las pruebas en el juicio. Muchos casos en materia de trabajo no requieren mas que una valoración racional y justificada de las pruebas

y emplear las propias reglas interpretativas que prevé la LFT, para poder juzgar casos de trabajadoras del hogar con perspectiva de género.

Lo primero que llama la atención es que la LFT nunca ha señalado cuál es el estándar probatorio necesario para tener por acreditados los hechos en el juicio. Lo que es más, podría decirse que, salvo en la materia penal,³⁶ las legislaciones procesales no establecen con claridad cuál es el umbral probatorio necesario para cada proceso. En este sentido, es oportuna acertada la afirmación de Vitor de Paula (2019, p. 170) cuando dice que en los sistemas del *civil law* (como lo es el mexicano, a pesar de la reciente adopción de procedimientos jurisdiccionales más propios de los sistemas de *common law*) hay un “problema general de falta de debates serios [...] sobre los estándares de prueba; es decir, de definirse la forma más precisa posible cuándo un conjunto probatorio debe considerarse suficiente para probar un determinado hecho. Al no tratarse el tema de los estándares, se plantean dos debates diferentes: uno sobre la facilidad de obtener la prueba; otro sobre la suficiencia de la prueba”. Esta laguna genera diversas complicaciones. El propio De Paula identifica que la falta de estándares probatorios resulta especialmente problemática cuando se trata de determinar si una prueba testifical puede acreditar los hechos por sí sola. Otro gran problema que esto genera es que, en la práctica, con frecuencia los órganos jurisdiccionales exigen que los hechos estén probados de manera fehaciente. Es decir, aplican un estándar probatorio muy alto en todos los casos, a pesar de que en algunos de ellos puede no estar justificado, si se toman en cuenta los bienes y derechos en juego.

Lo que más se acerca a un estándar probatorio en la LFT es lo dispuesto en su artículo 841:

Artículo 841. Los laudos se dictarán a verdad sabida y buena fe guardada, y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero las Juntas de Conciliación y Arbitraje están

³⁶ En materia penal, es relativamente reciente el Código Nacional de Procedimientos Penales, emitido en 2014. Su artículo 359 señala que el tribunal de enjuiciamiento debe valorar las pruebas de manera libre y lógica, y “solo podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado”.

obligadas a estudiar pormenorizadamente las rendidas, haciendo la valoración de las mismas. Asimismo, expresarán los motivos y fundamentos legales en que se apoyan.

A partir de esta redacción, se advierte que la ley no refiere al sistema de prueba tasada, sino que adopta una libre valoración de las pruebas, siempre que éstas se valoren y se expresen los motivos y fundamentos de la resolución.³⁷ La frase que emplea la ley es que la resolución debe dictarse “a verdad sabida y buena fe guardada, apreciando los hechos en conciencia”. Sin embargo, esta expresión no ayuda a saber si el estándar probatorio debe muy exigente o no. Quizá el contenido del artículo 18 puede ayudar, porque establece una regla general interpretativa: dice que “en la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. En caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador”. Lo anterior es congruente con la forma en que se ha conceptualizado el derecho del trabajo.

La propia Suprema Corte ha precisado que las normas de derecho de trabajo “persiguen un fin de justicia social, entre otros aspectos, sobre tres vertientes básicas: 1) lograr un equilibrio entre las partes reconociendo como la más débil a la clase trabajadora; 2) conceptualizar el trabajo como un derecho y deber social que exige respeto para las libertades y la dignidad de quien lo presta; y 3) en caso de duda en cuanto a su interpretación prevalecerá la más favorable al trabajador”.³⁸

³⁷ Esto ya lo había dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el año 1949. En ese entonces, la Cuarta Sala resolvió el amparo directo 4329/49, de donde derivó el siguiente criterio: “JUNTAS, ESTIMACION DE LAS PRUEBAS POR LAS. El artículo 550 de la Ley Federal del Trabajo ordena que los laudos se dictarán a verdad sabida, sin necesidad de sujetarse a reglas sobre estimación de las pruebas, sino apreciando los hechos según los miembros de la Junta lo crean debido en conciencia. Ahora bien, verdad sabida y buena fe guardada, es una clásica expresión forense que se usa desde hace siglos para dar a entender que un pleito o una causa se debe sentenciar sin atender precisamente a las formalidades del derecho; por esto es que, en lo tocante a pruebas, los tribunales obreros mexicanos, para formarse una convicción sobre la controversia que decidan y, fundar en esa convicción su veredicto, no tienen necesidad de guiarse por reglas fijas en la recepción y calificación de pruebas”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis con registro digital 373442.

³⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tesis 2a./J. 107/2014 (10a.), de rubro: “ACCIÓN DE REINSTALACIÓN O DE INDEMNIZACIÓN. EL HECHO DE QUE EL TRABAJADOR DEMANDE EL PAGO DE SALARIO CORRESPONDIENTE AL DÍA EN QUE ADUJO FUE DESPEDIDO, NO CONLLEVA DE MANERA NECESARIA LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN”, registro digital 2007933.

Es decir, hay un principio interpretativo *pro operario*, pero sin que esto resuelva, a nivel legislativo,³⁹ lo atinente al estándar probatorio.

Corresponderá al órgano jurisdiccional, entonces, determinar si se decanta por algún estándar probatorio en materia de trabajo. Si la opción es acogerse al más bajo, es decir, el de la probabilidad prevalente, habrá de justificarse solamente que sea más probable que los hechos sucedieron a que no. Este criterio “implica que entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad” (Taruffo, 2005, p. 66). En este caso, la confirmación probatoria no tendría que ser tan alta como, por ejemplo, en un proceso penal. Taruffo también señala que este estándar es racional tomando en cuenta otros elementos, como el de la elección de *policy* y porque el estándar, usado con frecuencia en materia civil, supone que quien afirma algo debe probarlo, y que esta regla “permite que las partes demuestren lo fundado de sus alegatos según criterios racionales, pero sin que esta demostración sea excesivamente difícil. Si se adoptaran estándares de prueba demasiado elevados (que hicieran demasiado difícil, o casi imposible, la demostración probatoria de los hechos que las partes alegan como fundamento de sus derechos) la garantía de la tutela en juicio de los derechos sería sustancialmente negada” (Taruffo, 2005, p. 68).

Esto conduce a otra particularidad en materia de trabajo, en relación con las cargas probatorias. El artículo 784 de la LFT establece que se exime al trabajador de la carga de la prueba “cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al

³⁹ Igualmente coincido con De Paula (2019, pp. 171 y 172) cuando sostiene que (i) “el derecho puede expresamente determinar quién debe ganar y quién debe perder la acción en caso de insuficiencia de corroboración, esto es, si no se alcanzan los estándares probatorios” y que (ii) es la ley la que debe definir con claridad cuál es el estándar de prueba. Sobre esta cuestión, señala: “[q]uien determina la suficiencia del material probatorio es el derecho, que debe definir, por ejemplo, en qué tipo de casos y sobre qué materias el estándar probatorio debe ser más exigente y en qué tipos de casos y sobre qué materias debe ser menos exigente (no los jueces en los casos concretos de acuerdo con criterios personales)”.

Sin embargo, quisiera formular un matiz. Por supuesto que la ley es la que debería determinar el estándar probatorio y en favor de quién se adjudicará el caso si no se alcanza. Pero si resulta que la ley no lo hace y hay una laguna al respecto, me parece que entonces el juez sí debería aclarar ese punto, por seguridad jurídica. Justamente en México eso no ha acontecido, y esta situación conduce a una mayor falta de certeza en cuanto a las reglas aplicables para el razonamiento probatorio.

conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador”. Además, esa misma norma dispone que corresponde al empleador probar su dicho cuando exista controversia sobre la fecha de ingreso del trabajador, su antigüedad, las faltas de asistencia, la causa de rescisión de la relación de trabajo, la terminación de la relación o contrato de trabajo para obra o tiempo determinado, la constancia de haber dado aviso por escrito al trabajador o a la junta de conciliación y arbitraje de la fecha y causa del despido, el contrato de trabajo, la jornada de trabajo ordinaria y extraordinaria, el pago de días descanso y obligatorios y del aguinaldo, el pago de las primas dominical, vacacional y de antigüedad, el monto y pago del salario, el pago de la participación de los trabajadores y la incorporación y aportaciones a los sistemas de seguridad social y ahorro para el retiro. Por otro lado, se precisa que la pérdida o destrucción de esos documentos⁴⁰ (aun si es por caso fortuito o fuerza mayor) no releva al empleador de probar su dicho por otros medios.

Así, se advierte que la LFT (i) no precisa cuál es el estándar probatorio para el procedimiento laboral y (ii) exime al trabajador de la carga probatoria respecto de ciertos hechos y, por el contrario, obliga al empleador a exhibir determinados documentos y probar su dicho cuando exista controversia respecto de determinados hechos. Esto no es más que un reconocimiento de que, por regla general, en la relación entre el empleador y el trabajador hay una relación asimétrica de poder. La LFT, de manera activa, en diversas disposiciones establece protecciones especiales en favor del trabajador, como el principio interpretativo *pro operario* y las cargas probatorias.

⁴⁰ De manera complementaria, en la sección de la LFT relativa a la prueba documental, el artículo 804 establece que el empleador tiene la obligación de conservar y exhibir en el juicio los siguientes documentos: los contratos individuales de trabajo que se celebren (cuando no haya contrato colectivo), las listas de raya o nómina del personal o los recibos de pagos de salarios, los controles de asistencia, cuando se lleven en el centro de trabajo, los comprobantes de pago de participación de utilidades, de vacaciones, de aguinaldos, de primas y de aportaciones de cuotas de seguridad social, así como cualquier otro documento que señale alguna ley.

Lo anterior es especialmente relevante en el caso de las trabajadoras del hogar, pues el hecho de que esta labor se desempeñe en la privacidad de un hogar es determinante en cuanto a los medios de prueba que pueden llegar a ofrecerse.

En ocasiones, puede solo ser el dicho de la persona empleadora frente al de la trabajadora. Esto supone que haya o un testimonio único o el dicho (contrapuesto) de dos personas sobre los mismos hechos (por ejemplo, sobre si hubo o no un despido injustificado). Tomar en cuenta solo un testimonio, o tener dos contrapuestos, no es lo óptimo en un proceso. Como dice Vitor de Paula, la prueba testimonial es débil, debido a errores de percepción, de recepción de recuerdos y causados por mentiras. Esta probanza, en lo individual, “tiene un grado de fiabilidad muy bajo, lo que le confiere, si no es corroborada, casi ningún grado de corroboración de las hipótesis de los hechos (como se ha señalado, cuando es en conjunto, y cuando es corroborada, la prueba testifical podrá servir para aumentar la calidad del conjunto probatorio” (2019, p. 171). Por ello, es sumamente problemático pensar que un testimonio único pueda “formar convicción” sin que tenga corroboración.

Los precedentes de la Suprema Corte se han ocupado de analizar el caso de la valoración del testimonio de mujeres que son víctima del delito. Si bien hay varios precedentes en materia penal, el razonamiento medular podría retomarse para la materia de trabajo. Fundamentalmente, se ha sostenido que los testimonios de las mujeres víctimas e violencia deben analizarse con perspectiva de género “a fin de evitar afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas, que generen en el ánimo del juzgador una inadecuada valoración que reste credibilidad a la versión de las víctimas”.⁴¹ En el mismo precedente se establecieron lineamientos para la valoración del testimonio que están vinculados con la violencia sexual, pero también se abordaron cuestiones más generales que podrían extrapolarse a casos en otras materias. Un ejemplo de esto es la posibilidad de tomar en cuenta: “algunos elementos subjetivos de la víctima, como su edad, condición social, pertenencia a un grupo vulnerable o históricamente discriminado,

⁴¹ Tesis 1a. CLXXXIV/2017, con registro digital 2015634, de rubro: VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER. REGLAS PARA LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO COMO VÍCTIMA DEL DELITO”.

entre otros”, analizar “la declaración de la víctima en conjunto con otros elementos de convicción, recordando que la misma es la prueba fundamental. Entre esos otros elementos se pueden encontrar dictámenes médicos psiquiátricos, testimonios, exámenes médicos, pruebas circunstanciales, indicios y presunciones” y que “las pruebas circunstanciales, indicios y presunciones deben su utilizadas como medios de prueba siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”.

En un sentido similar se pronunció ya el Pleno, en casos de violencia contra la mujer.⁴² Idealmente, no en todos los casos donde haya trabajadoras del hogar involucradas habrá violencia de género, pero es probable que sí esté presente y, por lo tanto, sean aplicables estos estándares para valoración de la declaración de la mujer víctima de violencia, para lo cual se recuerda que la LFT reconoce que esta puede ejercerse en el lugar de trabajo.⁴³ Asimismo, se enfatiza lo ya dicho, en el sentido de que en estos casos debe ponerse especial atención en los factores de desigualdad o asimetría de poder en la relación de trabajo, pues con frecuencia tanto la demandada como la demandante pueden ser mujeres.

Así, para formar convicción en la persona juzgadora, puede recurrirse a la corroboración por otros medios. Según los criterios citados, estos pueden consistir en la prueba circunstancial, las presunciones y los indicios. Esto sin duda requiere de un esfuerzo argumentativo más elaborado, pero sin duda deben considerarse las circunstancias del caso, la actitud procesal de las partes, la voluntad para avenirse, entre otras cuestiones.

Un ejemplo de esta forma de analizar elementos circunstanciales, presunciones e indicios se encuentra en la sentencia de la Segunda Sala de la Corte en el amparo directo 9/2018, al que ya se ha aludido. La trabajadora del hogar (una adulta

⁴² Un extracto del criterio puede consultarse en la tesis aislada P. XVIII/2015 (10a.), con registro digital 2010006, de rubro: “VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. OBLIGACIONES POSITIVAS DE CARÁCTER ADJETIVO QUE DEBE CUMPLIR EL ESTADO MEXICANO”.

⁴³ Por ejemplo, la nueva redacción del artículo 341 de la LFT considera como despido injustificado de las personas trabajadoras del hogar, entre otros casos, el que se da por motivos de violencia de género en el trabajo de manera explícita y discriminación, conforme a lo establecido en el artículo 1o. constitucional.

mayor, de 80 años), demandó a su empleadora original y a sus dos hijas, argumentando que había trabajado con la misma familia desde 1959. En la demanda laboral (donde reclamó el despido injustificado, entre otras cuestiones) manifestó que originalmente la contrató la madre y luego, al crecer sus hijas, éstas la emplearon. La Junta de Conciliación y Arbitraje que resolvió originalmente el asunto consideró que las demandadas acreditaron su excepción, porque en el juicio se exhibió como prueba un escrito de renuncia voluntaria, fechada en 2016, mediante el cual supuestamente se absolvía a las empleadoras demandadas del pago de la indemnización constitucional y los salarios caídos.

La Segunda Sala resolvió que la autoridad responsable (es decir, la Junta) dio valor probatorio pleno al escrito de renuncia exhibido en el juicio. Sin embargo, ese escrito no bastaba para acreditar que la empleada renunció de manera libre y espontánea. Además de esa prueba documental, debieron tomarse en cuenta los testimonios de una de las hermanas, quien declaró que conocía a la empleada porque trabajaba con su hermana desde que nació uno de sus hijos; y que de otra testimonial se desprendía que otra persona conocía a la trabajadora desde que entró a trabajar en casa de sus papás en el año 1960. La Segunda Sala dijo que, al analizar estos testimonios, se advertía que las afirmaciones ahí contenidas eran verosímiles y “susceptibles de generar la convicción de que, en realidad, la quejosa ingresó a laborar desde 1960 y que no renunció, sino que fue despedida” (AD 9/2018, pp. 43 y 44). Independientemente del valor probatorio del escrito de renuncia, éste debió ser ponderado con las diversas testimoniales de las hermanas de la parte demandada. Aunado a ello, al analizar el escrito, la Junta debió tomar en cuenta:

[E]l grado de vulnerabilidad de la trabajadora del hogar, así como el contexto fáctico del presente caso, pues no resulta verosímil que la quejosa, atendiendo a su edad, así como a las manifestaciones respecto a su desconocimiento del empleo de medios tecnológicos, pudiese haber redactado el referido escrito a computadora, ni que, efectivamente, haya sido su manifestación unilateral y voluntaria rescindir la relación de trabajo (AD 9/2018, p. 44).

Es decir, la labor de juzgar este tipo de casos requiere de un ejercicio argumentativo y de un razonamiento probatorio, pero es posible que los asuntos se resuelvan,

como dice el artículo 841 de la LFT, “a verdad sabida y buena fe guardada, y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas”.

Otro punto a considerar en el procedimiento, es el relativo a las cargas probatorias. Como ya se mencionó, el artículo 784 de la LFT exime al trabajador de la carga de la prueba cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos. Para estos efectos, el Tribunal laboral puede requerir al patrón para que exhiba los documentos que, conforme a la propia ley, tiene la obligación de conservar. Si estos documentos no se presentan, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador. Además, en todos los casos el empleador debe probar su dicho cuando la controversia verse sobre diversos hechos.⁴⁴ Es muy poco común, según los datos expuestos al inicio de este capítulo, que las trabajadoras del hogar cuenten con contrato por escrito o que haya recibos de pago. Entonces, ¿qué sucede si la empleadora no exhibe estos documentos en el juicio, por ser inexistentes? Una interpretación acorde con el marco jurídico de los derechos ya analizados, sugiere que debe aplicarse la consecuencia que establece la propia ley: presumir por ciertos los hechos alegados por la trabajadora.

IV. Problemáticas sobre la reparación

Por lo general, en materia de trabajo las formas de reparar a las y los trabajadores es mediante el pago de numerario o a través de la reinstalación en el trabajo, especialmente cuando lo que se demanda es el despido injustificado. En este sentido, el artículo 7.d del Protocolo de San Salvador prevé las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo. Entre otras protecciones, se prevé la estabilidad de los trabajadores en su empleo y, si hay despido injustificado, el trabajador tiene

⁴⁴ La fecha de ingreso del trabajador, su antigüedad, las faltas asistencia, la causa de rescisión de la relación de trabajo, la terminación de la relación o contrato de trabajo por obra o tiempo determinado, la constancia de haber dado por escrito al trabajador o al tribunal de la fecha y de la causa del despido, el contrato de trabajo, la jornada de trabajo ordinaria y extraordinaria, los pagos de días de descanso y obligatorios y del aguinaldo, el disfrute y pago de vacaciones, el pago de las primas dominical, vacacional y de antigüedad, el monto y pago del salario, el pago de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y la incorporación y aportaciones al IMSS, al Fondo Nacional de la Vivienda y al Sistema de Ahorro para el Retiro.

derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo. Esto es acorde a lo que ya establecía la legislación nacional para los trabajadores del Apartado A del artículo 123 constitucional. Sin embargo, la LFT, desde hace décadas, prevé que el caso del trabajo del hogar es una excepción a la obligación de reinstalar a la persona trabajadora del hogar.⁴⁵ La lógica detrás de esta norma tiene que ver con la naturaleza de la prestación del servicio, que se lleva a cabo en el lugar más íntimo para las personas: su hogar. Entonces, no se considera razonable que se condene al empleador a reinstalar a una persona a quien probablemente ya le perdió la confianza y con la cual hay diferencias irreconciliables. De esta manera, solo procede el pago de indemnizaciones previsto en el artículo 50 de la LFT para las trabajadoras del hogar.

En cuanto al cumplimiento de sentencias, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió la Recomendación General 41/2019,⁴⁶ dirigida a diversas autoridades federales y estatales por incumplir laudos laborales firmes, cuando éstas son condenadas. Aunque esta recomendación se expidió considerando en especial los casos de trabajadores burocráticos, cuyo empleador condenado es una dependencia gubernamental, lo cierto es que en ella se hacen afirmaciones genéricas, relativas a la dificultad en ejecutar las resoluciones emitidas por los tribunales del trabajo. Sobre el tema, la CNDH dijo:

187. Así, el proceso laboral se convierte en el instrumento por el cual los derechos laborales enunciados en las leyes laborales se plasman en derechos efectivos. Al respecto, es importante referir que no solo basta con que el Estado garantice un efectivo derecho de acceso a la justicia, en el que existan sistemas legales mediante los cuales las autoridades competentes emitan resoluciones o la existencia formal de recursos, sino que se debe también garantizar el cumplimiento de las resoluciones, es decir, la ejecución de las sentencias, fallos y resoluciones firmes y éste debe darse en un plazo razonable.

⁴⁵ El artículo 49 de la LFT dispone que se exime a la persona empleadora de la obligación de reinstalar a la persona trabajadora, mediante el pago de la indemnización correspondiente, en varios casos, entre los cuales se encuentra el de las y los trabajadores del hogar, así como los trabajadores de confianza.

⁴⁶ El texto puede consultarse en el vínculo: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-10/Rec-41-gral.pdf>.

188. Como se mencionó anteriormente, según el Diagnóstico de Justicia Laboral realizado por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social publicado el 12 de febrero de 2016, uno de los problemas en impartición de justicia en México es la dificultad en la ejecución de laudos. Lo que evidencia que en el país el proceso laboral está lejos de ser eficaz al incurrir en dilaciones indebidas que ocasionan su extensa duración durante el juicio o en la dificultad de ejecutar los laudos firmes, lo cual impide en consecuencia que se logre el trabajo decente (CNDH, 2019, pp. 91 y 92).

Dado que el eficaz cumplimiento de las sentencias es fundamental para una reparación adecuada, esta cuestión se consideró en las reformas a la LFT publicadas el 1 de mayo de 2019.⁴⁷ Por ello, se modificaron varios artículos del Título Quince (Procedimientos de Ejecución), en aras de hacer más expedito y eficaz el proceso de ejecución de las sentencias laborales. Ya se verá en la práctica si este ajuste en el marco normativo cumple con el objeto de que la persona trabajadora obtenga de manera más eficiente el pago de la condena.

Finalmente, vale la pena hacer una breve mención a las reparaciones en el juicio de amparo. A la fecha, todavía no hay criterio jurisprudencial vinculante sobre los alcances del artículo 77, fracción I, de la Ley de Amparo, cuando dice que “cuando el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado en que guardaban antes de la violación”. Sobre el tema, hasta ahora hay dos posturas identificables:

- (i) La plasmada en la tesis con registro digital 2014342, de rubro: “MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL ANTE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. POR REGLA GENERAL NO ES POSIBLE DECRETAR EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO MEDIDAS NO PECUNIARIAS DE SATISFACCIÓN O GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN PARA REPARAR AQUÉLLAS”. Conforme a este criterio, se considera que en amparo solo se puede restituir al quejoso (aunque “bajo un entendimiento amplio del concepto de restitución y admitiendo la procedencia sub-

⁴⁷ Este decreto de reformas se emitió en el marco del cumplimiento de obligaciones derivadas del T-MEC. Abarca el nuevo sistema de justicia laboral y el fortalecimiento de la libertad y la democracia sindical, entre otros temas.

sidiaria y extraordinaria de medidas compensatorias bajo la figura del cumplimiento sustituto”). Sin embargo, las y los jueces no pueden decretar medidas de satisfacción o garantías de no repetición similares a las de la doctrina interamericana.

- (ii) La postura conforme a la cual, en amparo, pueden decretarse reparaciones integrales, con la misma amplitud de las del sistema interamericano.⁴⁸

Hasta ahora, no hay criterio definido sobre el tema. La tendencia de la Corte es a decretar algunas reparaciones, a manera de restitución y después determinar que la propia sentencia es una declaración de violación de derechos humanos que permite a la víctima (a la quejosa) acudir al esquema de reparaciones previsto en la Ley General de Víctimas. De esta manera, se puede acceder a una compensación económica y a otras reparaciones.⁴⁹

Ante este panorama, llama poderosamente la atención los efectos que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia imprimió al amparo directo 9/2018. Aquí ya se reseñó que la Sala consideró inconstitucional el artículo 13, fracción II, de la LSS. Sin embargo, consideró que no podía obligarse al IMSS ni a las demandadas (empleadoras) al pago retroactivo de cuotas de seguridad social, porque ello “implicaría una clara violación al principio de legalidad y seguridad jurídica, al pretender dotar de efectividad en el pasado una obligación que, conforme a las normas vigentes y bajo la presunción de constitucionalidad de leyes, no era exigible para

⁴⁸ Para profundizar sobre esta postura, puede consultarse a QUINTANA, K., “La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano”, en *Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día?* (2016), disponible en el vínculo: <https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/2018/000292972/000292972.pdf>.

⁴⁹ Esta es la decisión por la que se decantó la Primera Sala en el caso de *Mariana Lima* (amparo en revisión 554/2013). Ahí determinó que el agente del Ministerio Público debía investigar el feminicidio de Mariana Lima con perspectiva de género y que se dejaba a salvo el derecho de la quejosa (es decir, de Irineá Buendía, madre de Mariana Lima) para acceder a la Ley General de Víctimas. En el mismo sentido, la Segunda Sala determinó reparaciones en el amparo en revisión 601/2017. Este asunto trata sobre una menor de edad que fue violada y, con motivo de la agresión sexual, resultó embarazada. Las instancias de salud pública le negaron la posibilidad de acceder a un aborto seguro y legal, a pesar de que se informó que el producto tenía hidrocefalia severa. En la sentencia se concluyó que hubo violaciones graves de derechos humanos en contra de la menor, por lo que se ordenó que se le reconociera el carácter de víctima y que se le diera acceso al esquema integral de reparaciones de la Ley General de Víctimas.

sujeto de derecho alguno”. Enseguida, se afirmó que la Corte podía emitir directrices para orientar a la autoridad estatal sobre el deber de cumplir con la protección del derecho a la seguridad social. Además, estimó necesario que se emprendieran medidas para modificar de manera estructural las normas y políticas públicas que afectan a las trabajadoras de hogar.

Con base en estos razonamientos, se puso en conocimiento del IMSS el problema de discriminación detectado. Aunque la única autoridad responsable era la Junta que resolvió el laudo laboral, se informó al IMSS del problema de discriminación detectado, para que determinara, acorde con sus capacidades técnicas, operativas y presupuestarias, las medidas y políticas públicas concretas “para solventar, en un plazo prudente, la discriminación de la cual son víctimas las trabajadoras del hogar, respecto al goce de su derecho humano a la seguridad social”. En esta lógica, se planteó que en un plazo prudente se instrumentara una política de inclusión, materializada a través de un programa piloto de régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, con ciertas particularidades y requisitos. De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decretó medidas transformadoras y estructurales de reparación, cuyo objeto era reparar un sistema injusto y excluyente de seguridad social. Esta determinación fue la piedra angular que posteriormente dio sustento a la modificación de la ley que preveía esa exclusión. Ahora falta recorrer el camino para hacer efectivos en la realidad esos derechos que ya reconoce la ley.

Bibliografía

Centro Nacional para la Capacitación Profesional y Liderazgo de las empleadas del Hogar, A.C. (Caceh), “Nombre Digno y Convenio 189”. Disponible en: <https://caceh.org.mx/wp-content/uploads/2019/01/Folleto-3-nombredignocare.pdf> [última fecha de consulta: 11 de octubre de 2021].

COOK, R. y CUSACK, S. (2010), *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, University of Pennsylvania Press, [trad. Andrea Parra].

CONAPRED, “Bautista, Marcelina. Biografías Trabajadoras del Hogar”. Disponible en: http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=488&id_opcion=44&op=79 [última fecha de consulta: 11 de octubre de 2021].

_____, (Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación) (2014), “Condiciones laborales de las trabajadoras domésticas”. Disponible en: http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/TH_completo_FINAL_IN-ACCSS.pdf [última fecha de consulta: 11 de octubre de 2021].

_____, (2014), “Día internacional de las Trabajadoras del Hogar, 30 de marzo”, disponible en: http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/DI_TdelHogar_INACC.pdf, [última fecha de consulta: 11 de octubre de 2021].

CNDH (Comisión Nacional de los Derechos Humanos) (2019), Recomendación General 41/2019, Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-10/Rec-41-gral.pdf> [última fecha de consulta: 4 de octubre de 2021].

De Paula Ramos, Vitor (2019), *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, Marcial Pons.

GUEVARA, J.A. (2012), “¿Qué implica para México la ratificación del Convenio 189 de la OIT sobre los derechos de las personas trabajadoras del hogar?”, *DFensor*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, número 1, disponible en: https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_01_2012.pdf.

GUTIÉRREZ GÓMEZ, L. (2012), “Mujeres indígenas trabajadoras del hogar”, *DFensor*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, número 1, disponible en: https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_01_2012.pdf.

INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía) (2021), “Estadísticas a propósito del Día Internacional del Trabajo Doméstico (22 de julio). Datos nacionales”. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/Eap_TrabDom21.pdf [última fecha de consulta: 4 de octubre de 2021].

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (En línea). Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)

Taruffo, Michele, “Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial” (2005), en *Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, número 20.

VALENZUELA, M.E. y MORA, C. [editoras] (2009), *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*, Santiago, OIT.

Páginas de internet

OIT, “Notas OIT. El trabajo doméstico remunerado en América latina”, <https://www.ilo.org/americas/publicaciones/notas-trabajo-dom%C3%A9stico-remunerado/lang-es/index.htm>, [última fecha de consulta: 11 de octubre de 2021].

———, “Trabajadores domésticos”, <http://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/lang-es/index.htm>, [última fecha de consulta: 11 de octubre de 2021].

———, “Trabajo decente”, www.oit.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm, [última fecha de consulta: 11 de octubre de 2021].

———, “Quiénes son los trabajadores domésticos”, https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS_211145/lang-es/index.htm.

Legislación Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, México.
- Ley Federal del Trabajo, *Diario Oficial de la Federación*, reformada el 02 de julio de 2019, a través del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y de la Ley del Seguro Social, en materia de las personas trabajadoras del hogar, México.
- Ley del Seguro Social
- Ley General de Víctimas

Legislación Internacional

Convenio sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, número 189, Organización Internacional del Trabajo, 2011.

Tesis aisladas

“TRABAJADORES DOMÉSTICOS. NO EXISTE OBLIGACIÓN DEL PATRÓN DE INSCRIBIRLOS AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL NI AL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO”, Tesis: I.6o.T.407 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXX, Agosto de 2009, página 1737, Registro digital: 166537.

“TRABAJADORES DOMÉSTICOS. CUANDO RECLAMAN EL PAGO DE LA PRIMA DOMINICAL Y EL PATRÓN LO NIEGA A ELLOS LES CORRESPONDE PROBAR QUE LABORARON EN DOMINGO”, Tesis: I.13o.T.125 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXII, Julio de 2005, página 1559, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 177759.

“TRABAJADORES DOMÉSTICOS. DADA LA NATURALEZA DE SU TRABAJO NO EXISTE FUNDAMENTO LEGAL PARA RECLAMAR EL PAGO DE

TIEMPO EXTRA”, Tesis: I.13o.T.124 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXII, Julio de 2005, página 1560, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 177758.

“JUNTAS, ESTIMACION DE LAS PRUEBAS POR LAS.”, *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo CII, página 1769, Instancia: Cuarta Sala, Registro digital: 373442.

“VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. OBLIGACIONES POSITIVAS DE CARÁCTER ADJETIVO QUE DEBE CUMPLIR EL ESTADO MEXICANO”, Tesis: P. XVIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I , página 241, Instancia: Pleno, Registro digital: 2010006.

Tesis de jurisprudencia

“CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO.”, Tesis: P/J. 10/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, página 8, Registro digital: 2012589.

“TRABAJADORES DOMÉSTICOS. SALARIOS DEVENGADOS Y NO CUBIERTOS, PACTO DE LOS”, *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio-Diciembre de 1989, página 560, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 227544.

“TRABAJADORES DOMÉSTICOS DENOMINADOS ‘DE ENTRADA POR SALIDA’. PROCEDENCIA DEL PAGO DE TIEMPO EXTRAORDINARIO”, Tesis: 2a./J. 3/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro IV, Enero de 2012, Tomo 4, página 3745, Registro digital: 2000172.

“ACCIÓN DE REINSTALACIÓN O DE INDEMNIZACIÓN. EL HECHO DE QUE EL TRABAJADOR DEMANDE EL PAGO DE SALARIO CORRESPONDIENTE AL DÍA EN QUE ADUJO FUE DESPEDIDO, NO CONLLEVA DE MANERA NECESARIA LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN”,

Tesis: 2a./J. 107/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, página 1056, Instancia: Segunda Sala, Registro digital: 2007933.

“VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER. REGLAS PARA LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO COMO VÍCTIMA DEL DELITO”, Tesis: 1a. CLXXXIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 48, Noviembre de 2017, Tomo I, página 460, Instancia: Primera Sala, Registro digital: 2015634

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Segunda Sala

Amparo Directo 9/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2018.

Amparo en revisión 601/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 04 de abril de 2018.

Los sindicatos

Alma Ruby Villarreal Reyes*

* Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es Secretaria de Estudio y Cuenta en la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los sindicatos. I. Introducción; II. Demanda en contra del sindicato por representación proporcional en la directiva del gremio; III. Marco constitucional y convencional; IV. Marco legal.

I. Introducción

¿Por qué es importante la perspectiva de género?

Los sindicatos tienen género¹ y sí, es masculino.

El mundo del trabajo opera en una realidad desigual. Su historia se ha escrito desde el género masculino y sus normas se han construido alrededor del paradigma del “hombre trabajador”. Las leyes laborales y los sindicatos surgieron en un entorno en el que la participación de las mujeres era excepcional y, si bien esto ha cambiado, el derecho a la igualdad no ha logrado plena eficacia.

En este contexto, el derecho al trabajo digno de las mujeres y su tutela son el pilar para la democratización de las relaciones laborales en el país, la cual sólo se concibe si ellas están incluidas. De ahí la importancia de erradicar la marginación y discriminación que permean en las organizaciones sindicales como consecuencia de estereotipos y prejuicios que en principio están ocultos, porque se parte de una

¹ María Rigat Pflaum, *Los sindicatos tienen género* Fundación Frederick Eberth Stiftung, junio 2008, cita la frase de Johan Acker, *Hierarchies*.

aparente neutralidad de género y una óptica que considera a la clase trabajadora como un grupo homogéneo, ignorando las necesidades de las trabajadoras, tanto en la acción sindical como en la negociación colectiva.²

Una herramienta fundamental para cumplir esta meta es la perspectiva de género, que permite, primeramente, reconocer la realidad sociocultural en que se desenvuelven las mujeres, para después eliminar las barreras y obstáculos que las colocan en una situación de desventaja. En ese contexto, la representación proporcional³ de las mujeres en los altos cargos de las dirigencias sindicales, obligatoria expresamente conforme a la reforma de 2019 en la fracción IX bis del numeral 371 de la Ley Federal del Trabajo, es una pieza clave, si bien no suficiente, para transformar y lograr una garantía real y efectiva de sus intereses y derechos, pues la precariedad laboral las afecta en mayor medida a ellas, así como a otros contingentes que por lo general han quedado fuera del radar de los sindicatos, como a las personas jóvenes, los adultos mayores o las personas que trabajan en el campo (Bensusán Areous, 2019, p. 87).

1. La larga travesía en su construcción

La arquitectura de la perspectiva de género ha sido un proceso a contracorriente, que “*se disemina por el mundo y no se trata, desde luego, de un fantasma: es una parcela de la creatividad de las mujeres y, como tal, es real, tópico, existente*” (Lagarde, 1996, p. 5); que tuvo que superar la imagen de “*muchas, bonitas y baratas*”, de meros instrumentos de reproducción (Maestre Serrano, 1997), escatimando el reconocimiento de los derechos de las trabajadoras (López García, 2012); asimismo debió combatir discriminaciones, burlas incluso, y todo ello para avanzar y posicionarse en distintos espacios. En ocasiones se impulsó desde la academia, el

² Lo que está presente en las diversas mesas de negociación en las que participan las mujeres, entre otras, en la minería, como lo destaca Hilda Salazar Ramírez y Maritza Rodríguez Flores, en *Miradas en el Territorio, Cómo mujeres y hombres enfrentan la minería*, Henrich Böll Stiftung, México, Centroamérica y El Caribe, 2015, pp. 28 y 29.

³ Es un criterio bajo el cual se asegura la participación en la directiva sindical en correspondencia al número de hombres o mujeres que laboran en un centro de trabajo. Concepto que es distinto a la paridad de género, en donde opera el principio de igualdad entre hombres y mujeres en dicha representación.

poder legislativo,⁴ organizaciones civiles, periodistas, el foro y hasta trabajadoras que en el seno de sus gremios y de sus hogares demandaban respeto a su calidad como mujeres, quizá no con los términos que actualmente se usan para describir el fenómeno, pero sí con la esencia del reclamo que era el reconocimiento a su dignidad como personas que las hacía igual que cualquier otra, aun cuando la sociedad y las leyes las hubieran colocado en una jerarquía diferente.

No hay duda de que se han hecho grandes esfuerzos por impulsar reformas y en los años recientes potenciarlos, como fue la *Campaña de Trabajo Digno, Derecho de las Mujeres*, en la que las sindicalistas se dieron a la tarea de convocar a un seminario, impulsado por la idea de que “*si no somos las mujeres quienes luchemos por las mismas mujeres, no hay quién lo haga*” (Heredia Figueroa, 2010).

Así se ha ido construyendo la agenda de género y con mayor dificultad en el mundo del trabajo que está sustentado en paradigmas particulares. La lucha de estas guerreras fundadoras tuvo una doble carga, por un lado, los puntos relacionados con su condición de género, y por el otro, la necesidad de demostrar que en el espacio cotidiano de las relaciones de trabajo debían reflejarse sus reclamos.

Al respecto, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral⁵ tiene un papel protagónico. Su principal objetivo es el de ceder a las personas trabajadoras “*tiempo*” de su vida laboral para atender a sus obligaciones familiares, y si bien implica la reducción de las horas de trabajo para trasladarlo a las responsabilidades familiares, enfoque que invita a “*salirse*” del mercado laboral, no debe perderse de vista que bajo esa protección subyace la intención de no afectar la continuidad y permanencia de la mujer trabajadora en el ámbito laboral, quien ante su rol social de “*cuidadora*” es la principal titular de las medidas de conciliación, “*y que el papel del sindicato con la presencia femenina en los órganos de dirección tiende a replantear y corregir frente al silencio legal*” (OIT, 2013, pp. 70-71).

⁴ Chapa Hernández, María Elena, ex senadora de la República, ex diputada local y ex directora del Instituto Estatal de la Mujer en Nuevo León.

⁵ Derecho que se encuentra consagrado en el artículo 10 B, punto 5, inciso g), de la Constitución de la Ciudad de México (2017), cuya mitad de integrantes de la Asamblea Constituyente fueron mujeres por primera vez en la historia de nuestro país.

Si bien el trabajo es el nexo entre la persona y la sociedad, “ese vínculo debe ser justo y decente” (Furtado de Oliveira, 2021) por lo que, para continuar con el impulso de la histórica reforma laboral de 2019, entre otros aspectos, para el mejoramiento del salario, la agenda para atender las diversas brechas de género en el trabajo “será —en toda su especificidad— un área indispensable para pasar de los discursos a los hechos” (Mercado Castro, 2019, p. 42).

Por su parte, las restricciones sanitarias derivadas del Covid-19 indudablemente han agudizado esta desigualdad, resorte impulsor del teletrabajo en el que la inclusión de la perspectiva de género es fundamental, pues aunque este enfoque diferenciado no se ocupa únicamente de las mujeres, sino de las personas o grupos de personas en situación de vulnerabilidad, lo cierto es que la pandemia ha demostrado que la desigualdad estructural se dirige primordialmente hacia las trabajadoras, ya que algunas han perdido su fuente de ingresos, mientras que otras deben cumplir con “la doble o triple jornada laboral que merma la salud, genera ansiedad, fatiga crónica y tensión generalizada” (López Benítez, 2021). Como ha dicho la Organización de Naciones Unidas, el Covid-19 es una crisis con rostro de mujer (Guterres, 2021), pero es hora de construir un futuro de igualdad.

2. ¿Por qué son importantes los sindicatos?

Los sindicatos son las instituciones encargadas de la defensa de los intereses de las personas trabajadoras frente a sus empleadoras. Tienen como objetivo la mejora de las condiciones de trabajo mediante procesos de negociación colectiva, cuyos resultados se reflejan en la celebración de contratos colectivos de trabajo.⁶

⁶ Al respecto, la OIT ha dicho que “...los convenios colectivos están llamados a cumplir una función individualizadora, adaptando las leyes a las realidades de los centros de trabajo. Esta función de “acercar” el principio de igualdad de género a los protagonistas de la relación laboral ha sido, probablemente, el recurso más utilizado por los convenios que se analizarán de seguido. La importancia de esta función no es nada desdeñable, porque incluso cuando las cláusulas relacionadas con la igualdad se han limitado a reiterar lo que ya disponen las leyes, como sucede con frecuencia, produce un importante efecto pedagógico y legitimador de la paridad de género en el centro de trabajo. Por último, los convenios colectivos cumplen la clásica función compensadora que justifica la totalidad del ordenamiento laboral para equilibrar la posición de los trabajadores frente a la superioridad del empresario, en las relaciones individuales de trabajo.” Lo anterior en el Libro *La igualdad de género en la negociación colectiva. Análisis desde la perspectiva de género de los convenios colectivos vigentes en Centroamérica y República Dominicana*, OIT, pag. 40, 2013.

Lamentablemente, las organizaciones gremiales son espacios principalmente ocupados y dirigidos por hombres, lo cual trae aparejado que, en la gran mayoría de los estatutos y de los pactos contractuales, no existan cláusulas que abatan fenómenos como el *techo de cristal*⁷ o el *suelo pegajoso*⁸ a los que están expuestos las mujeres y todas aquellas personas que no cumplan con el modelo del “trabajador” implícito en la legislación laboral.

Con la finalidad de posicionar a las trabajadoras en los ámbitos de toma de decisiones dentro de los espacios de trabajo y sindicales, organizados bajo una agenda de género, inclusiva y democrática, desde la década de los noventa, diversas organizaciones sindicales de mujeres cuestionaron que el modelo laboral mexicano estaba estructurado sobre lo que ahora se denomina paradigma androcéntrico.⁹

⁷ Véase el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 38, concepto que se define como el conjunto de obstáculos que impiden que las mujeres alcancen puestos de alto nivel en las organizaciones, o posiciones de poder en sus lugares de trabajo, aun cuando cuentan con la capacidad, estudios y experiencia necesaria.

<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion/para-juzgar-con-perspectiva-de-genero>

⁸ *Ibidem*, que se relaciona con las dificultades que las mujeres tienen que sortear al iniciar su carrera laboral, ya que se encuentran *adheridas* al ocupar sistemáticamente puestos inferiores de baja responsabilidad y de menor salario, lo que implica menos oportunidades de movilidad, p. 38.

⁹ Cabe señalar con carácter enunciativo algunas organizaciones que coadyuvaron a la construcción de lo que ahora se denomina agenda con perspectiva de género en el mundo sindical, como son Mujeres en Acción Sindical (MAS), Frente Auténtico del Trabajo (FAT), Red de Mujeres Sindicalistas, Sindicato de Trabajadores del INCA Rural (STINCA), Sindicato de Telefonistas de la República Mexicana (STRM), Grupo de Educación Popular con Mujeres (GEM), Fundación Frederick Eberth Stiftung (FES), Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SNTE), Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional Autónoma de México (STUNAM), Sindicato de Trabajadores de la Industria Metálica, Acero Hierro, Conexos y Similares, (STIMAHCS), Coalición Pro Justicia de las Maquiladoras, Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de la Costura, Confección, Vestido, Similares y Conexos 19 de Septiembre, Sindicato Belisario Domínguez, Asociación Sindical de Sobrecargos de Aviación (ASSA), MetLife, Sindicato Nacional de Trabajadores, Coordinadora Nacional de Trabajadores Democráticos del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), y Trabajadoras del Hogar (SINACTRAHO), así como diversas mujeres en las Legislaturas LXII y LXIV tanto de la Cámara de Diputados como de Senadores en 2012 y 2019, respectivamente.

A nivel internacional: Robin Alexander del Sindicato United Electric Worker (UE), Fer Valin y Laura Ramírez de Steelworkers de Canadá, Lynda Yanz de la Red de Solidaridad con las Maquilas (RSM Canadá), Helenn Bonoud de la Confederación General del Trabajo (CGT) de Francia, CSN de Quebec, Sheila Katz del Congreso Laboral Canadiense (CLC), Fondo de Solidaridad y Apoyo Mutuo (FOSAM), Nana Corossacz de la Confederación General Italiana del Trabajo (CGIL), Luisa Caselman, de la Alianza de Trabajadores Públicos de Canadá; Cooperación Internacional al Desarrollo (NOVIB Holanda) ahora OXFAMNOVIB, Sindicato de Alimentación, y Daina Z. Green del Centro Internacional de Solidaridad Obrera (CISO) Quebec.

La subordinación de las mujeres en los sindicatos viene de larga data, entre otras razones, por los límites derivados de la doble jornada, de ahí la importancia de su lucha de impulsar talleres de formación sindical y exigir la igualdad de oportunidades de ingreso al empleo, en salario, prestaciones de ley y seguridad social, aunque esta presencia se haya silenciado históricamente.¹⁰

Con todo, ha habido batallas en las que las mujeres, haciendo frente al desprestigio, malos tratos e inscripción en “*listas negras*” que buscaban impedir su contratación en las fábricas del país, lucharon codo a codo con los hombres,¹¹ como fue el caso en 1974 en la huelga a la empresa Cinsa Cifunsa en Saltillo, por lo que a pesar del machismo imperante se ganaron un lugar.¹²

Si bien las mujeres entraron masivamente a la vida laboral en los años 70, no hubo un cambio en las empresas y centros laborales que les diera cobijo,¹³ como tampoco ese cambio profundo se dio a nivel de la ley como ocurrió en 2019, por lo que “*ahora lo que necesitamos es que haya más mujeres ahí para que sus demandas se escuchen*” (González Nicolás, 2021).

Es de recordarse que las mujeres pueden ser portadoras de valores y comportamientos innovadores del funcionamiento político, pero “*para ello se requiere algo imprescindible, pensar como mujeres. Esto nos ubica en el meollo del problema: el compromiso no es cuestión de cuerpo sino de pensamiento*” (Lamas, 2000, p. 41).

¹⁰ En entrevista esencialmente coincidieron en señalarlo tanto Bertha Luján, María Adela Oliveros, Matilde Artega, Beatriz Luján e Hilda Ramírez, entre otras, del Frente Auténtico del Trabajo, en el XI Congreso Nacional en Oaxtepec, Morelos, el 27 de noviembre de 1997.

¹¹ De aproximadamente 6,000 personas trabajadoras, el 40% eran mujeres.

¹² Según lo refiere Neli Herrera Rodríguez, quien junto con Margarita, Magdalena y Chelo, eran parte del Equipo de Saltillo- FAT. En el artículo Cinsa-Cifunsa, Saltillo, 1974.

¹³ Lo mismo ocurrió en el ámbito público, en el que destacan las trabajadoras de la educación, quien a pesar de pertenecer al sindicato mas grande en América Latina, con más de un millón de personas afiliadas al gremio, y que en los ‘90 fueron las principales protagonistas del primer movimiento de masas nacional con el que se inauguró el sexenio salinista, se les hacían comentarios como “siendo mujeres andaban en esos borlotes, no parecían ser maestras”, o el lugar en las asambleas o congresos era el de “edecanes”, asistentes dando el café, agua, ceniceros, fotocopias o ser objetos decorativos pues tenían que presentarse bien vestidas, entre otros, y de ahí a dar el salto a los puestos de poder, ha sido una larga travesía, a pesar de que su líder sindical era mujer, pues Elba Esther Gordillo ocupó el cargo de 1989 hasta el 2013, cuyo equipo de asesores estaba formado exclusivamente por hombres, según lo refiere Ana Alicia Solís de Alba, en El movimiento sindical pintado de magenta, Editorial Itaca, 2002, pags. 252-255.

La igualdad sustantiva no se puede alcanzar en lo individual, sino a través del trabajo en conjunto para construir y compartir un mundo igualitario, “*cada quien que haga su tarea pues como dice el poeta, en esto no hay suplentes*” (Micher Camarena, 2020, No. 1554).

Sin mujeres en puestos de liderazgo, concluye la Organización Internacional del Trabajo, se imposibilita lograr la equidad de género. Así, las mujeres sindicalistas plantean que es la hora de superar la imagen exclusiva del *trabajador* como “un hombre, blanco, proveedor económico, de tiempo completo, con sistema de apoyo en casa, sin discapacidades, con liderazgo para desempeñar puestos de mando y dirección, predominantemente ubicado en ramas industriales”, por el de una persona trabajadora, con “capacidades y habilidades diferentes, con un proyecto de vida, que realiza trabajo productivo y reproductivo, que tiene derechos laborales y responsabilidades familiares”, recordando que “cada vez somos más, pero no somos muchas” (Ortiz Magallón, 2008).

a. Diagnóstico y datos básicos

Para desmitificar la “*homogeneidad del mundo del trabajo*” (Rigat Pflaum, 2008, p. 5) es necesario atender a algunos datos y estadísticas. De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda 2020 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), la tasa de participación de las mujeres en el mercado de trabajo ascendió al 49% de la población económicamente activa (PEA). No obstante, aún está rezagado respecto del 75.8% de participación masculina.

La baja participación laboral en México implica que menos de la mitad de las mujeres mexicanas en edad de trabajar se integran en el mercado laboral, a pesar de que el INEGI reportó que de las 126 millones 14 mil 24 personas que habitan el territorio, 51.2 % corresponden a mujeres, es decir, 64 millones 540 mil 634, en tanto la población de hombres es de 48.8 %, es decir, una cifra de 61 millones 473 mil 390. Lo anterior obedece al rol que histórica y culturalmente se les ha impuesto a las mujeres respecto al cuidado de las y los hijos, cónyuges, personas con discapacidad y adultos mayores.

El citado aspecto se refleja en la participación sindical. Por ejemplo, en cuanto al porcentaje de mujeres que han ocupado el cargo de la secretaría general es solo del 8.67% del total de sindicatos, conforme a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (Boletín 127/2019), aunque su elección ha variado en los últimos años, pues pasaron de tres mujeres electas en 2010, a veintisiete en 2017.

Por lo que atañe a las entidades federativas, sólo en veinticinco las mujeres son líderes de sindicatos, destacando la Ciudad de México, con ciento setenta y tres secretarías generales, seguido del Estado de México, con cuarenta y cuatro. En cuanto a las federaciones, cuatrocientos noventa y tres secretarios generales son hombres, es decir, 92.61%, y treinta y nueve son mujeres (*Idem*), es decir, 7.39%. En las Confederaciones, que aglutinan federaciones y sindicatos en todo el país, sólo hay una secretaria general (2.12%), mientras que son cuarenta y seis hombres (97.88%) (*Idem*).

Lo anterior, no obstante que el porcentaje de las mujeres afiliadas a los sindicatos es más alto, ya que ronda alrededor del 14.1 % frente al 10.8% de los hombres, según datos del 2018 (Guzmán Gallegos, 2018).¹⁴ Sin embargo, esta proporción no se refleja en la composición de las cúpulas y comités sindicales, ni en los equipos negociadores de los contratos colectivos. La presencia de otros grupos que también están en situación de desigualdad como personas con discapacidad, con orientación o identidad sexual o de género diversa, migrantes, etc., aparece aún menos evidenciada.

Cabe destacar que ya desde la Ley Federal del Trabajo de 1931 se liberó a la mujer de la obligación de obtener la autorización del esposo tanto para celebrar un contrato de trabajo¹⁵ como para ingresar a un sindicato y participar en su administración y dirección,¹⁶ obteniendo el derecho a ejercer el “voto activo”, o sea, a

¹⁴ Por su parte, en 2017 Rubio Campos, J., en *Sindicalización y precariedad laboral en México. Región y Sociedad*, <https://doi.org/10.22198/rys.2017.68.a247> afirma que las mujeres afiliadas eran del 16% frente al 12% de los hombres.

¹⁵ Ley Federal del Trabajo de 1931, artículo 21, “La mujer casada no necesitará consentimiento de su marido para celebrar el contrato de trabajo, ni para ejercitar los derechos que de él derivan”.

¹⁶ Ley Federal del Trabajo de 1931, artículo 241, “Las mujeres casadas que ejerzan una profesión u oficio, pueden, sin autorización de su marido, ingresar a un sindicato y participar en la administración y dirección de aquél.”

votar. Y es hasta la reforma a la ley laboral en 2019 cuando se impone el derecho a la representación proporcional del cupo femenino en los órganos de dirección sindical¹⁷ lo que conlleva el derecho al “voto pasivo”, es decir, el derecho a ser votada, lo que debería implicar también la extensión de este principio a los demás órganos colegiados, así como en las instancias de la negociación colectiva.

Tuvieron que transcurrir casi nueve décadas para que en el código obrero se reconociera expresamente que la mujer debe encabezar órganos de dirigencia y así participar en las decisiones de su centro de trabajo, sin pasar por alto que con una visión amplia tal derecho tiene asidero en nuestra Carta Magna, cuyo punto de partida en el artículo 1º es el derecho a la igualdad y no discriminación, así como los principios de libertad sindical y valores democráticos para las mujeres, sustentados en el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

3. ¿Por qué es importante la democracia de género en los sindicatos en el entorno de la reforma laboral?

En ese arar para remover los obstáculos de género en la representación sindical, se modificó el sistema laboral en 2017 y se reformó el apartado A del artículo 123 constitucional en torno a dos grandes ejes: el sistema de acceso a la justicia y la democracia real en las organizaciones sindicales, además de que al año siguiente se ratificó el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo. El segundo eje relativo a la democracia del gremio se desdobló en la reforma de 2019 a la Ley Federal de Trabajo en diversas disposiciones para cerrar las brechas de género, entre otras, el reconocimiento de las diferencias entre hombres y mujeres para obtener su igualdad (art. 3) y el mandato para que los procedimientos de elección de las directivas sindicales se ajusten a reglas democráticas y de igualdad de género (art. 358, fracción II), proceso en el cual participaron muchas sindicalistas (Nolasco Cano, 2021, p. 2).

¹⁷ Ley Federal del Trabajo de 2019, artículo 371, fracción IX Bis, “En la integración de las directivas sindicales se establecerá la representación proporcional en razón de género”.

Para garantizar la participación proporcional de las mujeres en las directivas de las organizaciones gremiales (art. 371, fracción IX Bis), se dispuso la obligación de que en los estatutos se establezca que en su integración exista proporcionalidad entre mujeres y hombres. Esto se extiende a las Comisiones de Seguridad e Higiene, Comisión Mixta, Comisión Revisora contractual o de Condiciones de Trabajo, Comisión Electoral, etc., pues el mandato es incorporar la igualdad sustantiva en todos los órganos de decisión y poder (Alcalde, Villarreal y Narcia, 2019, p. 145), aunado a la prohibición de los sindicatos de obstaculizar la participación de las trabajadoras para ejercer el derecho a votar y ser votadas (art. 378, fracción VII). A la par, se les prohibió explícitamente a los sindicatos ejercer actos de violencia, discriminación, acoso u hostigamiento en contra de las personas agremiadas (art. 378, fracción IV).

A este contexto normativo habría que sumar el hecho de que los ocho convenios fundamentales,¹⁸ así como la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa (2008) de la Organización Internacional del Trabajo, son *la carta de navegación* (Cobarrubias, 2020, p. 40) de la triada de derechos que conforman el derecho colectivo, a saber, de sindicación, contratación colectiva y huelga, y del Tratado Comercial entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), así como del capítulo 23 y el anexo 23-A, acabándose así las excusas (Vela Barba, 2021).

Bajo este escenario queda claro que, jurídicamente hablando, el presente toma otros aires y que no habrá democracia laboral si no hay democracia de género en las relaciones laborales (Hernández Cervantes, 2020).¹⁹

¹⁸ a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (C 87 y 98); (b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio (C 29 y 105); (c) La abolición efectiva del trabajo infantil (C 138 y 182); y d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (C 100 y 111).

¹⁹ Señala que el T-MEC no cuenta con un capítulo de equidad de género, sin embargo, el tema se incluye transversalmente en varios apartados como es el capítulo 23 sobre derechos laborales, el que cobra particular importancia al incorporar disposiciones de igualdad de género con la finalidad de integrar y lograr la permanencia de mujeres en el mercado laboral. Así, México se compromete a implementar políticas que protejan a las trabajadoras contra la discriminación, además de promover prácticas para eliminar el acoso u hostigamiento sexual y medidas de corresponsabilidad entre la vida laboral, familiar y personal., se mandata la igualdad de género y los derechos de las mujeres trabajadoras, poniendo el acento en lo relativo a la no discriminación en el empleo y ocupación, promoción de la igualdad de género y la no violencia.

Además, está la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que realizó una interpretación conjunta de varias normas interamericanas clave sobre las obligaciones de los Estados en relación con el ejercicio de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga desde un enfoque de género, ante prácticas de discriminación o violencia en el trabajo y para asegurar la participación efectiva de las mujeres como integrantes y lideresas sindicales en el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación a través de la adopción de medidas positivas que permitan el ejercicio de sus derechos sindicales.²⁰

Tampoco podemos soslayar que los avances de nuevas tecnologías en el mercado de trabajo pueden potencializar las desigualdades de género que se identifican en los locales de trabajo. Por este motivo, en el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo se ha recomendado la creación de una agenda transformadora para lograr la igualdad de género, que incluya políticas que promuevan que hombres y mujeres compartan los cuidados y las responsabilidades domésticas, medidas para garantizar la rendición de cuentas con el fin de impulsar la igualdad de género y potenciar la voz, la representación y el liderazgo de las mujeres (OIT, 2019, pp 12 y 34-36).

4. Objetivo: facilitar el acceso a la justicia

Desde la independencia e imparcialidad que guía la impartición de justicia, el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación propone vías para detectar las circunstancias estructurales que perpetúan las violaciones a los derechos humanos de las personas en virtud de su identidad sexo-genérica y sus preferencias sexuales, enfatizando la importancia de que la labor jurisdiccional tome en cuenta la complejidad del contexto social, económico y cultural.

²⁰ En el marco del 135 Periodo Ordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 31 de julio de 2020, virtualmente se desarrolló la audiencia pública, presidida por la Jueza Elizabeth Odio Benito, de la Solicitud de Opinión Consultiva sobre los citados alcances, donde participaron la presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, y una integrante del Sindicato Nacional de la Educación, OC- 27/21 resuelta el 5 de mayo de 2021, pag. 69.

A ello se suma que en la reforma laboral del 1 de mayo de 2019 se introdujo la obligación de las juezas y los jueces de tener un papel más activo en el proceso,²¹ sumado al de atender el principio de realidad durante el proceso y al dictar sentencias,²² aquél por el cual, en caso de divergencia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos, con lo que se logra la protección real a las personas trabajadoras.

Entonces, “juzgar con perspectiva de género” se convierte en un aliado contra la desigualdad (Hernández Chong Cuy, 2021), pues si bien todos los procesos de cambio generan tensiones y producen conflictos, también generan resistencias y miedos válidos, pero en este contexto necesitamos más que nunca un árbitro creíble, legítimo e imparcial (Magaloni Kerpel, 2019).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de las y los operadores jurídicos encargados de integrar y resolver los juicios que se les presentan, pues limitan las oportunidades de las personas con base en cuestiones de género, por lo que la ruta para enfrentarlos es nombrarlos y evidenciarlos. Lo siguiente es impugnarlos, lo que requiere que el juez o la jueza lo combata o al menos establezca las bases al efecto (SCJN, 2020, p. 49).

Ya se ha dicho, no se puede hablar de una sociedad civilizada y democrática mientras no se respete a sus mujeres (Esquivel Mossa, 2020), ya que sin perspectiva de género en la justicia fracasa el ideal de la lucha por la igualdad (Buenrostro Martínez, 2021, p. 315) máxime que dicha perspectiva beneficia a toda la sociedad, ya que libera de estereotipos a las mujeres y también protege a los hombres de las

²¹ Artículo 873-K de la Ley Federal del Trabajo. (...) Atendiendo a la naturaleza y fines del derecho laboral, el juez deberá asumir un desempeño proactivo, en el que impulse permanentemente el procedimiento, evitando que las deficiencias o inconsistencias formales cometidas durante su desarrollo trasciendan en perjuicio de las partes provocando su dilación a futuro, por lo que de advertirlas podrá subsanarlas. En todo momento se fomentará la conciliación como la vía privilegiada para la solución del conflicto.

²² Artículo 685 de la Ley Federal del Trabajo. (...) Los Tribunales deben garantizar el cumplimiento de los principios y condiciones citados. El juez deberá atender el principio de realidad sobre los elementos formales que lo contradigan. Asimismo, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, sin afectar el debido proceso y los fines del derecho del trabajo. (...).

fuertes cargas de masculinidad que las costumbres les han impuesto (Luna Ramos, 2021).

Las obligaciones específicas en el cambio del modelo laboral a fin de garantizar el acceso real a la justicia implican, para las personas juzgadoras, “*destejer el tejido contemporáneo*” y, al analizar los conflictos laborales, no asumir una “objetividad aséptica” sino tomar en cuenta el impacto diferenciado en hombres, mujeres y las personas de la diversidad sexual en la vida gremial²³ y en la toma de decisiones, a fin de que exista una real y efectiva democracia en los sindicatos, sin discriminación ni exclusión.

A continuación, a manera de ejemplo, y toda vez que por lo reciente de la reforma laboral no existe hasta ahora ninguna sentencia en torno al cupo femenino en materia sindical, como tampoco se encontró algún caso internacional que aborde el tópico en comento, se expondrá un caso hipotético con el fin de cumplir con los fines del Manual para juzgar con perspectiva de género.

II. Demanda en contra del sindicato por representación proporcional en la directiva del gremio

En este caso hipotético se reclama la representación proporcional de las mujeres en la directiva del gremio. Una trabajadora alega una violación por parte del sindicato del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de género y al de ser votadas para puestos en las dirigencias sindicales (arts. 358, frac. II y 378, frac. VII), cuya protección se estima obligatoria de manera expresa a partir de la reforma a la Ley Federal del Trabajo del 1 de mayo de 2019.

Para resolverlo, se establece el marco constitucional y convencional aplicable, así como el marco legal específico. Luego se aborda la problemática procesal relativa

²³ Ver al respecto *Los sindicatos tienen género*, María Rigat Pflaum, Fundación Frederick Eberth Stiftung, junio 2008.

a la admisión, particularmente dos cuestiones: i) si la trabajadora debe acudir previamente a la conciliación, conforme al artículo 685 Ter de la Ley Federal del Trabajo, y ii) la procedencia de medidas cautelares ya sea de oficio o a petición de parte, de acuerdo con lo previsto en el numeral 857 de la ley laboral en materia federal.

Enseguida se analiza la problemática de fondo, que necesariamente incluye el contexto al tratarse de un problema de igualdad y no discriminación, así como los estereotipos, la defensa de la demandada, el estándar de la prueba y la presencia de discriminación directa e indirecta, estableciendo una serie de principios que los sindicatos están obligados a observar al emitir sus convocatorias, durante el proceso electoral y su integración.

Finalmente se aborda la reparación del daño y las sanciones respectivas, como a continuación se observa.

Demanda. En el entorno de un proceso de elección para elegir al comité ejecutivo de un sindicato y, emitida la convocatoria, una trabajadora afirma que en ésta no se hace mención alguna a la obligación de respetar el principio de representación proporcional entre hombres y mujeres en la integración de los órganos de dirección sindical. En consecuencia, presenta una demanda ante los juzgados laborales del Poder Judicial de la Federación reclamando tanto la nulidad de la convocatoria como del proceso que derivó de ella, alegando que se violaron sus derechos de libertad sindical y del reconocimiento efectivo en la negociación colectiva.

Alega que, de las cien personas agremiadas al sindicato, cuarenta y tres son mujeres y, sin embargo, dados los lineamientos en la convocatoria, únicamente se eligieron dos mujeres para formar parte del comité ejecutivo, integrado por diez miembros, a pesar de que se presentaron como candidatas cinco mujeres. Plantea que en la convocatoria debió señalarse que, en la ocupación de las carteras —o planillas— de la Secretaría General, Secretaría de Organización, Secretaría del Trabajo y Secretaría de Finanzas, al menos una de ellas debería ser ocupada por una

trabajadora, con el fin de hacer efectivo en la realidad material el citado principio de representación proporcional. También reclama que, en el resultado de la elección, las mujeres que fueron designadas ocupan las carteras de la Secretaría de Actas y de Acción Femenil, que en el día a día no toman decisiones trascendentes para sus derechos como trabajadoras, y que, si bien en los estatutos dichas secretarías tienen una jerarquía similar, en los hechos las decisiones se concentran en las carteras de la Secretaría General, la Secretaría de Trabajo y Conflictos, la Secretaría de Finanzas y la Secretaría de Organización. Asegura que, apoyada en la ley, el proceso electoral de la directiva debió ajustarse a reglas democráticas y de igualdad de género y respetar el principio de proporcionalidad, fundamental para velar por la incorporación real y genuina de las mujeres en los espacios de decisión de los sindicatos y hacer efectivo el derecho de incidir en la toma de decisiones de la institución que representa los intereses de los y las trabajadoras en la negociación colectiva y la consecuente celebración del pacto contractual.

En el capítulo de hechos de la demanda refiere laborar en una empresa dedicada a la fabricación de partes electrónicas para automotores, que desempeña el puesto de operadora de línea de producción desde hace diez años y que en la fecha de su ingreso se constituyó el sindicato demandado y se afilió a éste, en el cual durante todo este periodo la Secretaría General, Secretaría de Organización, Secretaría del Trabajo y Secretaría de Finanzas, siempre han sido ocupadas por hombres.

En primer lugar, señala que en la convocatoria para elegir el Comité Ejecutivo durante el bienio 2020-2022, emitida y publicada en las oficinas del sindicato y en diversos puntos del centro de trabajo, se dispuso que el principio de representación proporcional se observaría en la medida de lo posible. Concretamente, establecía que *[...] de ser posible se respetará el principio de representación proporcional entre hombres y mujeres en el proceso de elección*. Al respecto, la trabajadora mantiene que no es optativo para el sindicato el cumplimiento de este principio y que tampoco estaba sujeto a “posibilidades” no especificadas. En segundo lugar, apunta que, dado ese vicio de origen, el principio de representación proporcional tampoco se observó en la integración de las diez carteras inscritas, ya que únicamente figuraron dos candidatas mujeres. Es decir, el 80% de los conten-

dientes eran hombres y sólo el 20% eran mujeres. En tercer lugar, aduce que en la suplencia tampoco se respetó la proporción de ley, ya que los suplentes de las candidatas mujeres eran hombres y, a su juicio era imperativo que fueran del mismo sexo. En cuarto lugar, sostiene que, conforme al resultado de la elección, las dos mujeres contendientes fueron electas para las carteras de la Secretaría de Actas y la Secretaría de Acción Femenil, las cuales, a su decir, tienen roles marginales en los procesos de negociación colectiva. Destaca que la importancia de ocupar la Secretaría General reside en que las carteras tienen una fuerte dependencia respecto a su titular o superior, ya que existe una regla no escrita que prescribe que todas las decisiones deben ser consultadas con la persona que ocupa la Secretaría General y su anuencia es condición necesaria para el éxito de cualquier propuesta realizada. En quinto lugar, señala que en la convocatoria no se empleó lenguaje incluyente.

Finalmente, la trabajadora destaca que en las asambleas es común que los hombres les silben a las mujeres cuando hacen uso de la palabra; sus propuestas son ignoradas por la dirigencia; se ríen de ellas y no las escuchan con seriedad. Por ende, asegura que las trabajadoras no logran posicionar sus temas de interés ni hacer propuestas que respondan a sus necesidades y propuestas, prueba de ello es que solicitaron que las asambleas se realizaran durante el horario laboral y no fuera del mismo, porque imposibilitaba la asistencia de las mujeres que desempeñan labores domésticas y de cuidado al finalizar la jornada laboral, sin embargo, no se atendió a dicha solicitud. También señala la inequidad en las asambleas en el uso del micrófono y el hecho de que son ignoradas en la designación de comisiones especiales, tales como las de higiene y seguridad y capacitación. En particular, subraya que en la comisión negociadora del comité ejecutivo no se había considerado ninguna mujer, por lo que las trabajadoras no pudieron posicionar temas que les afectan por motivos de género, como la brecha salarial, la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, la violencia de las que son objeto en los centros de trabajo o que la principal causa de despido es hallarse embarazadas, aunado al acoso sexual de que son objeto. Además, hace referencia a una serie de obstáculos que de manera indirecta afectan a las mujeres trabajadoras para ocupar puestos en la directiva sindical, entre ellos, la imposición de

requisitos como el número desproporcionado de años de antigüedad para ocupar una cartera; pertenecer a una determinada adscripción en el centro de trabajo; o la exigencia de ocupar determinadas categorías laborales que son ocupadas predominantemente por hombres, aunado a que las sanciones sindicales no sean aplicadas por una comisión autónoma a la dirigencia sindical y que no haya una resolución definitiva, o la sanción no tenga un carácter grave, como impedir a la persona infractora participar en los puestos de dirigencia sindical.

Capítulo de derecho. La trabajadora funda su acción en lo dispuesto en el artículo 123, Apartado A, fracción XXII Bis, de la Carta Magna²⁴ que contiene el principio de representatividad vinculado con las estipulaciones de los artículos 358, fracción II y 371, fracción IX Bis, de la Ley Federal del Trabajo,²⁵ que imponen la obligación de respetar el principio de representación proporcional en razón de género.

²⁴ **Artículo 123 constitucional.** Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley. El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo: [...]

XXII Bis. Los procedimientos y requisitos que establezca la ley para asegurar la libertad de negociación colectiva y los legítimos intereses de trabajadores y patrones, deberán garantizar, entre otros, los siguientes principios:

a) Representatividad de las organizaciones sindicales, y

b) Certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo.

Para la resolución de conflictos entre sindicatos, la solicitud de celebración de un contrato colectivo de trabajo y la elección de dirigentes, el voto de los trabajadores será personal, libre y secreto. La ley garantizará el cumplimiento de estos principios. Con base en lo anterior, para la elección de dirigentes, los estatutos sindicales podrán, de conformidad con lo dispuesto en la ley, fijar modalidades procedimentales aplicables a los respectivos procesos.

²⁵ **Artículo 358 de la Ley Federal del Trabajo.** Los miembros de los sindicatos, federaciones y confederaciones, cuentan con los derechos de libre afiliación y de participación al interior de éstas, los cuales implican las siguientes garantías: [...]

II. Los procedimientos de elección de sus directivas deberán salvaguardar el pleno ejercicio del voto personal, libre, directo y secreto de los miembros, así como ajustarse a reglas democráticas y de igualdad de género, en términos del artículo 371 de esta Ley. El periodo de duración de las directivas no podrá ser indefinido o de una temporalidad tal que obstaculice la participación democrática de los afiliados, y tampoco podrá ser lesivo al derecho de votar y ser votado; [...]

Artículo 371 de la Ley Federal del Trabajo. Los estatutos de los sindicatos contendrán: [...]

IX Bis. En la integración de las directivas sindicales se establecerá la representación proporcional en razón de género; [...]

También hace referencia a que la OIT ha insistido que la perspectiva de género es una cuestión transversal a todos los derechos laborales.

Pruebas. Como elementos de convicción aporta: **a)** el listado de las cien personas afiliadas al sindicato demandado; **b)** la convocatoria sindical a elecciones del Comité Ejecutivo por el bienio 2020-2022; **c)** las actas de registro de las dos planillas contendientes, en donde aparece el registro de tan solo dos mujeres en las planillas, y los suplentes conforme a los hechos señalados en la demanda, **d)** el acta de escrutinio donde aparecen las personas que resultaron electas y las carteras que ocuparían las dos trabajadoras electas, y **e)** la testimonial de dos trabajadoras sindicalizadas, compañeras en la empresa, a fin de acreditar los actos de discriminación alegados.

Contestación del sindicato demandado. Niega los hechos alegando que en todo momento cumplió con lo estatuido en la ley. Solamente acepta como ciertos los hechos aducidos por la accionante relativos a la empresa para la cual labora la trabajadora, las actividades que desempeña, el puesto que ostenta, la antigüedad, la fecha de ingreso al sindicato, la constitución del mismo desde hace 10 años y que hasta ahora las carteras de la Secretaría General, Secretaría de Organización, Secretaría del Trabajo y Secretaría de Finanzas, han sido ocupados por hombres.

Opuso como excepción que nunca se negó a que las mujeres fueran candidatas y que no fue su responsabilidad el que ellas no hubieran acudido a registrarse durante los diez años desde su constitución, pues no se les puede obligar. Aduce que tampoco es verdad que la ley ordene a la organización gremial a invocar en la convocatoria el referido principio de representación proporcional, pues es opcional, aunado a que tampoco existe ninguna disposición que estatuya la obligación de que las suplencias deban ser del mismo sexo para cumplir con la cuota sindical y menos que sean mujeres quienes deban tener presencia en las carteras que la actora caracteriza como “*principales*”.

Ofreció como pruebas de su parte: **a)** la testimonial de la accionante, y **b)** los estatutos del sindicato.

III. Marco constitucional y convencional

1. Constitución Federal

La base constitucional de la obligación de que las mujeres tienen derecho a la representación proporcional en los sindicatos está contenida en el párrafo quinto del artículo 1, que comprende el derecho de todas las personas a la igualdad y no discriminación, sin importar el género o las preferencias sexuales; y 4, párrafo primero, que señala: “*El varón y la mujer son iguales ante la ley...*”; en relación con la fracción XXII Bis del Apartado A del artículo 123 que regula las relaciones laborales y que indica que los procedimientos y requisitos que establezca la ley para asegurar la libertad de negociación colectiva y los legítimos intereses de trabajadores y patrones deberán garantizar el principio de “*Representatividad de las organizaciones sindicales*”.

La reforma de 2011 estableció en el numeral 1 de la Carta Magna que es obligatorio el cumplimiento de los derechos humanos de todos los convenios internacionales en los que nuestro país sea parte, incluyendo los referidos a los derechos laborales de las mujeres y a la igualdad de género.

2. Normativa Internacional

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. El derecho a la igualdad de género y no discriminación se incorporó a las normas internacionales de los derechos humanos mediante este documento que marca un hito en la historia al reconocer que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esa declaración, sin distinción alguna, entre otros supuestos, por sexo. También ahí se estableció el derecho de libertad de asociación y libertad sindical (arts. 1 y 16).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976. El artículo 2.2 establece que los Estados deberán adoptar cualquier tipo de medidas, incluidas las legislativas, para respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, incluido el

de igualdad y no discriminación, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Además, en el artículo 22 se estatuyó el derecho de libertad de asociación y libertad sindical.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976. El numeral 2.1 consagra el principio de no discriminación entre otros motivos, en razón del sexo de las personas, además que garantizan a los hombres y a las mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos (art. 3).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, 1998. El artículo 3 consagra la obligación de no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Convenio 87 sobre la libertad de asociación, OIT, 1948. Protege la libertad de las personas trabajadoras y empleadoras, sin distinción alguna, a organizarse para fomentar y defender sus intereses, a elegir libremente a sus representantes, a redactar sus estatutos, a la no intervención de las autoridades que tiendan a limitar estos derechos, entre otros principios.

Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, OIT, 1949. Instrumento que protege el derecho de las personas trabajadoras a la no intromisión patronal, no discriminación por razones de empleo y obligación del Estado de impulsar la negociación colectiva. Junto con el Convenio 87 están formalmente codificados como los derechos que conducen a la realización de un trabajo decente o digno para todas y todos.

Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), OIT, 1958. Alude al principio de que todas las personas, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condicio-

nes de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades y su Recomendación (núm. 111) sobre la Discriminación (empleo y ocupación).

Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, OIT, 2008. Manifiesto sobre la ayuda para crear un mundo en el que la justicia social se encuentre en el corazón de la economía global, y el trabajo decente sea la herramienta para lograrlo, además de resaltar la igualdad de género y la no discriminación.

Convenio 190 sobre la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo, OIT, 2019. Si bien no ha sido ratificado por México, al ser nuestro país miembro, es un instrumento orientador cuyo articulado estipula que la violencia y el acoso en el ámbito laboral privan a las personas de su dignidad; son incompatibles con el trabajo decente, y ponen en peligro los derechos a la igualdad de oportunidades y a un entorno laboral sano y productivo.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969. El artículo 2 obliga a todos los Estados que soberanamente se han impuesto la obligación de cumplir con ella y con el estándar de su jurisprudencia, por lo que todos ellos se ven compelidos a ajustar su legislación para cumplir con dicha obligación. A ello hay que sumarle el hecho de que un Estado no se puede eximir de la obligación internacional por lo que se oponga en su ley interna. Así, en caso de que haya una ley nacional de un Estado en un conflicto que no permita las obligaciones que soberanamente se ha comprometido a cumplir, este tiene un problema de armonización de su legislación con los estándares interamericanos.

Por su parte, el artículo 63 que habla sobre la reparación, ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien enmarca la obligación de que aquélla debe ser integral.

Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sustentados en la Opinión Consultiva OC-4/84 y al resolver los casos Castañeda Gutman vs. México; y de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, se advierte que las medidas afirmativas constituyen una medida compensatoria para situaciones de desven-

taja, que tienen como propósito revertir escenarios de desigualdad histórica y de facto que enfrentan ciertos grupos humanos en ejercicio de sus derechos y, con ello, garantizarles un plano de igualdad sustancial en el acceso a los bienes, servicios y oportunidades de que disponen la mayoría de los sectores sociales.

González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 2009. La Corte Interamericana en sentencia encontró al Estado mexicano responsable de la violación de diversos derechos estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, estableció que las autoridades tienen el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra las mujeres. Recordó a nuestro país que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación de fuente convencional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Esa obligación se regula por el derecho internacional, basándose en el artículo 63.1 del Pacto de San José. Reiteró que aquellas que han sido declarados víctimas de una violación de un derecho reconocido en la Convención son consideradas “*parte lesionada*”. Explicó que el concepto de “*reparación integral*” implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fuere conocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, declaró la Corte que no era admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, recordó que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que se consideren una doble reparación. Conforme a ello, valoró las medidas de reparación solicitadas por la Comisión y los representantes de forma que: **i)** se refirieran directamente a las violaciones declaradas por el Tribunal; **ii)** repararan proporcionalmente los daños materiales e inmateriales; **iii)** no significaren enriquecimiento ni empobrecimiento; **iv)** restablecieran en la

mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiriera con el deber de no discriminar; **v)** se orientaran a identificar y eliminar los factores causales de discriminación; **vi)** se adoptarían desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres, y **vii)** considerarían todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ONU, 1979. Establece que los Estados parte adoptarán medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, y para asegurar a la mujer los mismos derechos en cuanto a oportunidades; elección libre de profesión y empleo; ascensos laborales; prestaciones y seguridad social; igual remuneración para trabajo de igual valor; protección a la salud; seguridad en el trabajo, entre otros.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 23. Vida Política y Pública, 1997. A fin de garantizar la igualdad de las mujeres en la vida pública, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los sindicatos y organizaciones de trabajadores no discriminen a las mujeres y respeten los principios de igualdad contenidos en la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, así como implementar medidas temporales especiales para garantizar la igualdad de representación de las mujeres dentro de los sindicatos (párrafos 42 y 43).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), OEA, 1994. Los Estados parte convienen en los numerales 1 y 4, párrafo 1, en adoptar, por todos los medios apropiados, políticas y medidas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra las mujeres. Es enfática sobre la obligación de prevenir, investigar y sancionar la discriminación y la violencia contra las mujeres, cuando ocurre tanto en espacios públicos como privados; y que se deben considerar a mujeres en especial riesgo a la discriminación y a la violencia por diversos

factores combinados con su sexo, como su raza, etnia, edad, o situación económica desfavorable.

En el artículo 7, inciso b), se establece que las autoridades tienen el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra las mujeres. En otras palabras, un mensaje claro y conciso: que las mujeres tienen también el derecho inalienable de vivir una vida libre de violencia en el ejercicio de su labor sindical, así como a recibir el apoyo de los sindicatos y de los Estados para la creación de espacios laborales y sindicales libres de violencia y para la prevención, sanción y erradicación de la violencia en el mundo del trabajo y sindical.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N°18: El derecho al trabajo, 2006. En el subtema *Las mujeres y el derecho al trabajo*, se estatuye que los Estados Parte se comprometen a “13 (...)asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales”. El Comité subraya la necesidad de contar con un sistema global de protección para luchar contra la discriminación de género y garantizar igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en relación con su derecho al trabajo, asegurando igual salario por trabajo de igual valor.

En el punto relativo a *Recursos y responsabilidades*, señala:

48. Toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. A nivel nacional, los sindicatos y las comisiones de derechos humanos deben jugar un papel importante en la defensa del derecho al trabajo. Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una **reparación adecuada**, que pueden adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición

Aunado a que sostiene en el punto “50. Se invita a los jueces y a otros miembros de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a que presten mayor atención a las violaciones del derecho al trabajo en el ejercicio de sus funciones”.

Tratado Comercial entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), 2020.²⁶

Se basa en los ocho convenios fundamentales²⁷ y en la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa (2008) de la Organización Internacional del Trabajo. Además, en el capítulo 23 y el Anexo 23-A estatuye la igualdad de género y los derechos de las mujeres trabajadoras, poniendo el acento en lo relativo a la no discriminación en el empleo y ocupación, promoción de la igualdad de género, la no violencia y cooperación (Hernández Cervantes, 2020).

Opinión Consultiva OC- 27/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre los alcances de los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos fundamentales en el marco de la protección de los derechos de las mujeres, ante prácticas de discriminación o violencia en el trabajo y para asegurar su participación efectiva como integrantes y lideresas sindicales.

²⁶ DICE: Artículo 23.2: Declaración de Compromiso Compartido 1. Las Partes afirman sus obligaciones como miembros de la OIT, incluidas aquellas establecidas en la Declaración de la OIT sobre los Derechos en el Trabajo y la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa (2008). ... 23-10 sistemas de inspección del trabajo y ayudar a garantizar el cumplimiento de las leyes laborales; (i) los sistemas de remuneración y mecanismos para el cumplimiento de las leyes laborales concernientes a jornada laboral, salarios mínimos y horas extra, y condiciones laborales; (j) abordar cuestiones relacionadas con género en el ámbito del trabajo y el empleo, incluyendo: (i) la eliminación de la discriminación basada en el sexo con respecto al empleo, la ocupación y los salarios; (ii) el desarrollo de herramientas analíticas y de cumplimiento relacionadas con salario igual por trabajo igual o por trabajo de igual valor; (iii) la promoción de prácticas laborales que integren y logren la permanencia de las mujeres en el mercado laboral, y la construcción de capacidad y habilidades de mujeres trabajadoras, incluso sobre los retos en el lugar de trabajo y sobre la negociación colectiva; (iv) la consideración de cuestiones de género relacionados con la seguridad y salud en el trabajo y otras prácticas en el lugar del trabajo, incluyendo la promoción del cuidado infantil, las madres lactantes, y programas y políticas relacionados, y en la prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales; y (v) la prevención de violencia y hostigamiento basados en género en el lugar de trabajo; (k) la promoción de la productividad, innovación, competitividad, capacitación y el desarrollo de capital humano en el lugar de trabajo, particularmente respecto a Pequeñas y Medianas Empresas; (l) abordar las oportunidades de una fuerza de trabajo diversa, incluyendo: (i) la promoción de la igualdad y la eliminación de la discriminación con respecto al empleo en razón de la edad, discapacidad, raza, etnia, religión, orientación sexual, identidad de género, y otras características no relacionadas con los méritos o los requisitos de empleo; y (ii) la promoción de la igualdad, la eliminación de la discriminación con respecto al empleo, y protección de trabajadores migrantes y otros.

²⁷ a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (C 87 y 98); (b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio (C 29 y 105); (c) La abolición efectiva del trabajo infantil (C 138 y 182); y d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (C 100 y 111).

IV. Marco legal

Ley Federal del Trabajo. Determina en el artículo 2 que el trabajo digno requiere que no exista discriminación por género, mientras que el artículo 3 señala que el trabajo digno o decente debe prestarse y efectuarse en condiciones basadas en el principio de igualdad sustantiva o de hecho, reconociendo las diferencias entre hombres y mujeres, con la garantía de un ambiente de trabajo libre de discriminación y violencia, en cuyos supuestos las autoridades jurisdiccionales deben actuar con la debida diligencia ante este tipo de hechos que se desprendan de las demandas de las cuales conocen, obligación que se desprende de lo establecido en los numerales 685 y 857, fracciones II y IV.

Además, a partir de la reforma laboral de 2019, se hicieron diversas modificaciones o adiciones, entre otras, al artículo 358, fracción II, que dispone que los estatutos de cada organización gremial velarán por la igualdad de género en el procedimiento de elección.

En el numeral 371, fracción IX Bis, se establece que en la integración de las directivas sindicales debe existir la representación proporcional en razón de género, para así asegurar que las mujeres estén presentes en los equipos de negociación colectiva.

En el artículo 378, fracción IV, se dispone que los sindicatos tienen prohibido ejercer actos de violencia, discriminación, acoso u hostigamiento en contra de sus integrantes; y en la diversa fracción VII se establece la prohibición a los sindicatos de obstaculizar la participación de las personas trabajadoras para ejercer el derecho a votar y ser votadas.

En los preceptos 685, segundo párrafo, 782, segundo párrafo y 873-K, segundo párrafo, establece la obligación de las juezas y los jueces de atender al principio de realidad y asumir un papel proactivo en el proceso.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 2003. El precepto 2 dice que se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición

social, económica o de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

De acuerdo con su artículo 9, son conductas discriminatorias: prohibir la libre elección de empleo o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo, así como establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales; entre otras.

En el artículo 83 establece medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación, tales como la impartición de cursos o talleres que promuevan el derecho a la no discriminación y la igualdad de oportunidades; 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; 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; la difusión de la versión pública de la resolución en el órgano de difusión del Consejo, y la publicación o difusión de una síntesis de la resolución en los medios impresos o electrónicos de comunicación.

Ley General de Igualdad entre Mujeres y Hombres, 2006. El artículo 34 reza que las autoridades respectivas garantizarán el principio de igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo, entre otros aspectos, en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales, aunado a que la plantilla laboral se debe componer de al menos el cuarenta por ciento de un mismo género, y el diez por ciento del total corresponda a mujeres que ocupen puestos directivos.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, 2007. En el artículo 11 se señala que constituye violencia laboral contra las mujeres:

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 y todo tipo de discriminación por condición de género. Es toda acción u omisión del Agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral.

Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y No Discriminación, 2015. Es un mecanismo de adopción voluntaria para reconocer a los centros de trabajo que cuentan con prácticas en materia de igualdad laboral y no discriminación, para favorecer el desarrollo integral de las y los trabajadores. 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.

Esta certificación está dirigida a todos los centros de trabajo públicos, privados y sociales establecidos en la República Mexicana, de cualquier tamaño, sector o actividad. Para obtenerlo, los centros de trabajo deberán recibir una auditoría para verificar que sus políticas y prácticas cumplen con los requisitos de igualdad laboral y no discriminación, con lo cual se busca implementar acciones para prevenir y atender la violencia laboral mediante la corresponsabilidad entre la vida laboral, familiar y personal de sus trabajadoras y trabajadores.²⁸

Estatuye en su artículo 23-10 la obligación de abordar cuestiones relacionadas con género en el ámbito del trabajo y el empleo, incluyendo la eliminación de la discriminación basada en el sexo, la ocupación y los salarios; el desarrollo de herramientas analíticas y de cumplimiento relacionadas con salario igual por trabajo

²⁸ De 2009 a 2012 se certificaron con la anterior Norma NMX-R-025-SCFI-2009: 1,082 centros de trabajo del sector privado y 443 instituciones de gobierno con un total de 19,534 trabajadoras y 24,523 trabajadores. En 2013 se certificaron con la Norma NMX-R-025-SCFI-2012 695 centros, y 66 instituciones, con un total de 39,159 trabajadoras y 41,651 trabajadores. Durante 2014 se certificaron 9 centros de trabajo del sector privado y 11 instituciones con 51 dependencias y unidades administrativas con un total de 8,162 trabajadoras y 13,969 trabajadores. De enero a septiembre de 2015 se certificaron 9 centros del sector privado y 5 instituciones del sector público con un total de 1,177 trabajadoras y 1,261 trabajadores. Norma Mexicana vigente NMX-R-025-SCFI-2015 en Igualdad Laboral y no Discriminación. Consultable en: http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/NMX_R_025_SCFI_20152015_DGN.pdf. (Antecedentes, p. 2 Fecha de consulta: 15/12/2020).

igual o por trabajo de igual valor; la promoción de prácticas laborales que integren y logren la permanencia de las mujeres en el mercado laboral, y la construcción de las capacidades y habilidades de las mujeres trabajadoras, incluso sobre los retos en el lugar de trabajo y sobre la negociación colectiva, entre otras.

Norma Mexicana NMX-035-STPS-2018: factores de riesgo psicosocial, 2020.

Su propósito es establecer los elementos para identificar, analizar y prevenir los factores de riesgo psicosocial y promover un entorno organizacional favorable en los centros de trabajo. Dentro de las obligaciones de los centros de trabajo está el que las y los empleadores deben establecer, implantar, mantener y difundir en el centro de trabajo una política de prevención de riesgos psicosociales que contemple: i) la prevención de los factores de riesgo psicosocial; ii) la prevención de la violencia y discriminación laboral, y iii) la promoción de un entorno organizacional favorable. Asimismo, como acciones de prevención se ubica, entre otros, el establecimiento de lineamientos para prohibir la discriminación y fomentar la equidad y el respeto.

AR 955/2019 resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por primera vez en materia laboral, en el caso de parto prematuro, ante la imposibilidad de restituir a la madre trabajadora y a su hijo en el goce del descanso prenatal y no disfrutado, dada la violación al derecho fundamental de la salud de madre e hijo y de la discriminación en el empleo por razones de embarazo y maternidad, se condenó al demandado a otorgar una compensación económica como medida de reparación para indemnizar el daño inmaterial causado.²⁹

1. Aspectos procesales

Admisión. La trabajadora actora no tiene que acudir a la etapa conciliatoria porque conforme al artículo 685 Ter, fracción IV, de la Ley Federal del Trabajo, queda exceptuada de agotar esta instancia toda vez que se trata de la tutela de derechos fundamentales relacionados con la libertad sindical. Lo anterior en razón de que

²⁹ Sentencia presentada por la ponencia del Ministro Javier Laynez Potisek.

con las pruebas acompañadas a la demanda y la narración congruente de los hechos, se estima que acredita la existencia de indicios que generan al Tribunal la razonable sospecha de que se está vulnerando el derecho invocado.

Providencias cautelares. Aun cuando el artículo 857 de la ley laboral establece que a petición de parte, la secretaría instructora podrá decretar las medidas cautelares que están ahí enunciadas, esto no es limitativo, toda vez que conforme a lo dispuesto en el artículo 7, inciso b), de la Convención Belém Do Pará, y el párrafo 258 de la sentencia Campo Algodonero, las autoridades tienen el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra las mujeres (Alcalde, Villarreal y Narcia 2019, p. 327), y de la narrativa de la demanda se aprecian hechos que dan lugar a tomar tales medidas atento a la discriminación alegada.

Conforme a lo anterior, se dará **aviso a la directiva sindical** que, al tratarse de un conflicto intra-sindical, es decir, de una integrante del sindicato en su contra, se adopta como medida precautoria que la trabajadora goce de la especial protección de este Tribunal, por lo que cualquier represalia del sindicato se tomará como un acto contrario a la libertad sindical y será sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 378, fracciones IV y VII y 1002 de la Ley Federal del Trabajo.

Asimismo, se hace saber **a la empresa** que, en virtud de la protección otorgada, cualquier medida disciplinaria o acto de despido se presumirá como acto de injerencia, por lo que de considerar necesario imponer alguna de esas medidas, lo deberá informar a este Tribunal, toda vez que se demanda la violación a un derecho fundamental como lo es la libertad sindical. Ello con fundamento en lo dispuesto en el artículo 133, fracciones IV y V, en relación con el 944, fracción VI, de la ley laboral.

2. Estudio de fondo

Se estima procedente la acción ejercida en virtud de que se acreditaron los hechos fundatorios de la demanda relativos a que no se garantizó el principio de representación proporcional de género en la composición de las carteras del comité ejecutivo. Se considera demostrado que, de las diez carteras, sólo dos fueron postuladas

y asignadas a mujeres a pesar de que el sindicato cuenta con cien personas trabajadoras, de las cuales cuarenta y tres son mujeres y cincuenta y siete son hombres, y que se intentaron registrar como candidatas tres mujeres más y no se les permitió hacerlo. También se estima fundado el reclamo dirigido a las suplencias y a las carteras más importantes en las cuales debería existir representación de las mujeres trabajadoras, pues durante los diez años de constitución del sindicato, siempre han sido ocupadas por hombres, aunado al uso del lenguaje incluyente en la convocatoria.

Contexto. La función del derecho al trabajo es precisamente establecer la igualdad de derechos para todas las personas trabajadoras, pero reconociendo que las asimetrías que viven las mujeres forman parte de una problemática generalizada y de carácter estructural que se reproduce en las organizaciones gremiales y en las directivas sindicales, al ser espacios de decisión hasta ahora ocupados en más de un 90% por los hombres. De acuerdo con la estadística publicada por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, sólo 8.67% de los sindicatos tienen secretarías generales encabezadas por mujeres, lo que dificulta la incidencia de la participación y adecuada representación igualitaria de las trabajadoras en el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva de forma equitativa y representativa.

Aunado a ello, si bien existen estudios que aseveran que hay más mujeres afiliadas a los sindicatos que hombres (14.1% de las mujeres frente al 10.8% de los hombres) (Guzmán Gallegos, 2018), que fueron las mujeres quienes mayoritariamente salieron a enfrentar la pandemia del COVID-19 y que al 2018 el 28.7% de los hogares mexicanos son encabezados por mujeres,³⁰ esta proporción no se refleja en la composición de las cúpulas y comités sindicales ni en los equipos negociadores de los contratos colectivos. Es menos evidente la presencia de otros grupos como personas con discapacidad, de la diversidad sexual, migrantes, etcétera.

El hecho de que las mujeres no tengan una adecuada presencia en las instancias de decisión efectiva del sindicato impide que sus intereses se tomen en cuenta en la

³⁰ Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares 2018 (ENIGH) que revela que en México hay 34,744,818 hogares encabezados por mujeres.

contratación colectiva y en cada uno de los procesos de orden laboral complementarios, como las reglas de ingreso, promoción o ascenso, capacitación o en la política de remuneración, en donde comúnmente se registran asimetrías y discriminación.

Como se sabe, el tema salarial es un componente fundamental que acredita el grado de desigualdad en la materia,³¹ por lo que es fundamental lo declarado por la representante de la ONU Mujeres en México, quien señaló que la brecha salarial en México es del 16.5%.³² Esta desigualdad se refleja en distintas políticas públicas. La discriminación en el trabajo repercute en otros ámbitos como seguridad social, la capacitación, los ascensos, las pensiones, el acceso a la propiedad de la vivienda y otros renglones derivados de la relación laboral, como es el acoso sexual o el hecho de que el embarazo siga siendo la principal causa de despido en los centros de trabajo (El Economista, 2021).

La representación proporcional se encuentra orientada a restablecer la igualdad material o sustantiva entre los géneros en el ejercicio de los derechos político-electorales sindicales, y se erige como un principio laboral tendiente a alcanzar la participación proporcional de las mujeres en la vida sindical. Su observancia no sólo es un deber de las autoridades sino de los sindicatos, los cuales se encuentran obligados a garantizar esa proporcionalidad y asegurar condiciones más igualitarias entre los géneros. Lo anterior deriva del criterio aplicado de manera analógica a lo resuelto por el Tribunal Electoral en el recurso de reconsideración SUP-REC-936/2014.³³

Estereotipos. Reconocer si en la controversia el sexo o género es el elemento central para el ejercicio de mayor poder es una de las cuestiones fundamentales para identificar la existencia de asimetrías o desigualdades (SCJN, 2020, pp. 160 y 161).

³¹ La infravaloración del trabajo de las mujeres es una discriminación directa o indirecta, como lo destaca José Fernando Lousada Arochena, en *Igualdad retributiva de mujeres y hombres en la acción de Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo*, p. 45.

³² Así lo destacó Belén Sanz Luque, al encabezar la firma del Pacto He For She con el Tecnológico de Monterrey, una iniciativa de la Organización de las Naciones Unidas para involucrar a los hombres en la igualdad de género a nivel nacional (2019).

³³ En analogía de lo resuelto en el Recurso de Reconsideración SUP-REC-936/2014 y sus acumulados.

En el caso que nos ocupa subyace el prejuicio de que las mujeres no tienen interés en participar en los comicios sindicales porque lo que se discute es un *tema de hombres*. El hecho de que durante sus diez años de vida el sindicato no haya sido dirigido por ninguna mujer, que en las asambleas sindicales sus opiniones no sean tomadas en cuenta, hagan mofa de sus intervenciones y presencia (hacer comentarios y silbidos), no se les permita el uso de la palabra, no atiendan la petición de que el horario de las asambleas considere las responsabilidades familiares, principalmente a cargo de la mujeres, deja ver que prevalecen los estereotipos de género y redundan en actitudes de discriminación y desigualdad.

Valoración de pruebas. Como se ha visto, el artículo 1º, último párrafo, de la Constitución Federal establece que queda prohibida toda discriminación motivada, entre otras, por cuestiones de género, que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. Así, al juzgar con perspectiva de género, lo que se pretende es detectar y eliminar obstáculos considerando las situaciones de desventaja que impiden la igualdad por cuestión de género; asimismo, cuando en un juicio se reclama un hecho por una trabajadora que tuvo como origen un acto de esta naturaleza y el derecho a ser votada, debe aplicarse ese método analítico por la sola circunstancia de su categoría, pues la discriminación que lleva implícita vulnera derechos fundamentales.

A pesar de que el artículo 4 constitucional establece la igualdad entre los hombres y las mujeres ante la ley, debido a factores socio-culturales muy arraigados, históricamente el género femenino se ha ubicado en situación de desventaja para practicar sus derechos político-sindicales frente al masculino, sobre todo en lo que hace al ejercicio del voto pasivo y, por tanto, al acceso al desempeño del poder sindical.³⁴

³⁴ “DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. El derecho humano a la igualdad jurídica ha sido tradicionalmente interpretado y configurado en el ordenamiento jurídico mexicano a partir de dos principios: el de igualdad ante la ley y el de igualdad en la ley (los cuales se han identificado como igualdad en sentido formal o de derecho). El primer principio obliga, por un lado, a que las normas jurídicas sean aplicadas de modo uniforme a todas las personas que se encuentren en una misma situación y, a su vez, a que los órganos materialmente jurisdiccionales no puedan modificar arbitrariamente sus decisiones en casos que compartan la misma litis, salvo cuando consideren

Conforme a la herramienta de juzgar con perspectiva de género, y en observancia a los principios de primacía de la realidad y de conciencia en la apreciación de los hechos, que rige la actuación de los Tribunales en términos de los artículos 685 y 841 de la Ley Federal del Trabajo, emerge el deber de realizar una valoración probatoria de especial naturaleza, que implica:

- atender al contexto en que se aduce la violación al derecho a la representación proporcional en la directiva sindical y el derecho a ser votada;
- examinar el caso bajo un escrutinio más riguroso y un estándar probatorio más elevado, a fin de determinar si se justificó la carga procesal de la directiva sindical, por lo que el problema jurídico no debe ser visto desde una óptica tradicional, sino que, dada la condición de desventaja de la accionante, se requiere de parámetros más altos para colocar a las partes en la misma posición, lo que se refleja en la exigencia al sindicato de mayores elementos de convicción; y
- llevar a cabo un estudio de razonabilidad para el supuesto de que el sindicato o su directiva aduzca como defensa que no es imputable a él que la actora no se haya registrado para la elección.

que deben apartarse de sus precedentes, momento en el que deberán ofrecer una fundamentación y motivación razonable y suficiente. Por lo que hace al segundo principio, éste opera frente a la autoridad materialmente legislativa y tiene como objetivo el control del contenido de la norma jurídica a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio. No obstante lo anterior, debe destacarse que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es ciega a las desigualdades sociales, por lo que contiene diversas protecciones jurídicas a favor de grupos sujetos a vulnerabilidad, a través, por ejemplo, de manifestaciones específicas del principio de igualdad, tales como la igualdad entre el varón y la mujer (artículo 4o., párrafo primero) y la salvaguarda de la pluriculturalidad de los pueblos indígenas de manera equitativa (artículo 2o., apartado B). Así, la igualdad jurídica en nuestro ordenamiento constitucional protege tanto a personas como a grupos. De ahí que se considere que el derecho humano a la igualdad jurídica no sólo tiene una faceta o dimensión formal o de derecho, sino también una de carácter sustantivo o de hecho, la cual tiene como objetivo remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impiden a ciertas personas o grupos sociales gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos humanos en condiciones de paridad con otro conjunto de personas o grupo social. Jurisprudencia 1a./J. 125/2017 (10a.).

De cualquier manera, debe analizarse si, en los hechos, a pesar de que las trabajadoras representaran el 43% de las personas afiliadas al sindicato y de que se presentaron cinco candidatas mujeres, sólo el 20% de los cargos en la directiva sindical se asignaron a éstas.

En consecuencia, corresponde al sindicato la carga probatoria, ya que al plantearse una violación al derecho fundamental de libertad sindical se genera la presunción en favor de la accionante. En este contexto, si el sindicato no cumple el débito procesal, el deber de juzgar con perspectiva de género implica apartarse de resultados formalistas y, paralelamente, llevar a cabo la apreciación de los hechos y pruebas en conciencia, conforme a un estándar probatorio más elevado.

Empero, como esa situación de desventaja no necesariamente está presente en todos los casos, debe atenderse a las circunstancias de cada asunto para determinar si el ordenamiento jurídico o las prácticas institucionales tienen un efecto discriminatorio (directo o indirecto) hacia las mujeres (o los hombres o personas con orientación sexual diversa). Sin que sea necesaria petición de parte, en tanto que la obligación para la autoridad jurisdiccional proviene directamente de la Constitución Federal y del derecho convencional.

En ese sentido, como parte de la metodología de juzgar con perspectiva de género, al establecer los hechos y valorar las pruebas en un asunto la autoridad jurisdiccional debe procurar desechar cualquier estereotipo o prejuicio que impida el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad, y considerar que el método exige, en todo momento, evitar el uso de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios para impartir justicia de manera completa e igualitaria.

En el caso, no resultó necesario para aclarar la situación de discriminación alegada ordenar la práctica de diligencias adicionales para visibilizarla, al no existir controversia en cuanto a los hechos aducidos por la accionante relativos a la empresa para la cual labora, las actividades que desempeña, el puesto que ostenta, la antigüedad o la fecha de ingreso al sindicato.

Tampoco hubo controversia en relación a que desde la constitución del sindicato desde hace diez años hasta ahora las carteras de la Secretaría General, Secretaría

de Organización, Secretaría del Trabajo y Secretaría de Finanzas han sido ocupadas únicamente por hombres, de ahí que deben tenerse por ciertos los mismos.

Además, de un análisis histórico se advierte que durante toda la existencia del sindicato las principales carteras del órgano de dirección no han sido ocupadas por mujeres, evidenciando una notoria desventaja entre éstas y los hombres que arroja como resultado que aquéllas se encuentran subrepresentadas en la conformación de ese órgano.

Las pruebas que la trabajadora acompañó a la demanda fueron debidamente perfeccionadas en su totalidad, y son las que a continuación se indica:

- El listado de las cien personas afiliadas al sindicato demandado, el cual tiene pleno valor probatorio para acreditar el número de personas afiliadas al sindicato, así como el hecho de que cuarenta y tres de ellas son mujeres, lo que implica una proporción del 43% de integrantes en el sindicato.

En ese tenor, es claro que las mujeres debieron ocupar cuando menos cuatro de las diez carteras que conforman la directiva sindical, en términos de lo dispuesto en el numeral 371, fracción IX Bis, de la Ley Federal del Trabajo.

- La convocatoria sindical a elecciones del Comité Ejecutivo por el bienio 2020-2022, que acredita que efectivamente se señaló que: [...] *de ser posible se respetará el principio de proporcionalidad entre hombres y mujeres en la elección.*

La citada documental pone de manifiesto que se actuó en contravención a la obligación mandatada por el citado artículo 371, fracción IX Bis, en tanto no es opcional para el sindicato el cumplimiento del cupo femenino. Aunado a ello, de su lectura se aprecia que la convocatoria no fue emitida en lenguaje incluyente, pues en todo momento se refirió a “los candidatos”, a los “trabajadores”, a ocupar el puesto de “secretario general”.

- Las actas de registro de las dos planillas contendientes, en donde aparece el registro de tan solo dos mujeres en las planillas, y los suplentes son hombres.

Medio de prueba que evidencia que únicamente dos mujeres participaron en las planillas en lugar de cuando menos cuatro, sumado al hecho de que sus suplentes también son del género masculino, lo que demuestra un factor adicional de discriminación y que no se garantizó el cupo femenino como lo exige la ley laboral.

- El acta de escrutinio en la que consta que las personas que resultaron electas y las carteras que ocuparán las dos mujeres son la Secretaría de Actas y la Secretaría de Acción Femenil respectivamente, dentro del comité ejecutivo.

Documento que acredita el reclamo relativo a que no se cumple la cuota de género de manera proporcional en el sindicato y a lo cual estaba obligado, en contravención a los principios de igualdad sustantiva, representación proporcional por género y el derecho a ser votada, como se desprende de lo estipulado por los numerales 56, 358, fracción II, 371, fracción IX Bis, y 378, fracciones IV y VII, de la Ley Federal del Trabajo.

- Las declaraciones de dos trabajadoras sindicalizadas, compañeras en la empresa, quienes son contestes en señalar que en las asambleas gremiales no se atendían sus reclamos, se burlaban de ellas cuando pedían el uso de la palabra, les silban, no aceptaban modificar la hora en que llevaban a cabo sus asambleas y que fueron cinco las mujeres que intentaron registrarse en la planilla, pero sólo se les permitió participar a dos.

Ello viene a demostrar el hecho de que los reclamos de las mujeres no son atendidos en el seno del gremio y no existe una igualdad sustantiva entre hombres y mujeres trabajadoras.

Las pruebas ofrecidas por el sindicato, son:

- La declaración de la propia accionante, quien reiteró que en las asambleas no se tomaba en cuenta la agenda de género, se reían de ellas cuando participaban, les silbaban, que nunca aceptaban realizar las asambleas en otro horario como tampoco se les permitió registrarse a ella y a otras dos mujeres.

Deposado que constata la discriminación alegada en la demanda en el seno del gremio.

- El Estatuto del sindicato, que acredita que en su diverso clausulado no se establece la representación proporcional de género en las directivas sindicales.

Sin embargo, carece de eficacia probatoria para relevar al sindicato de la obligación de convocar y elegir la mesa directiva con representación proporcional de las mujeres y respetando el derecho a ser votada, en razón de que la autonomía sindical de que goza el gremio no lo exime de cumplir con los mínimos normativos que establece el derecho nacional y convencional.

Fundamentación y motivación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el estudio de casos como el presente, en donde la trabajadora alega haber sido objeto de discriminación por ser mujer, exige a quienes imparten justicia aplicar la herramienta de perspectiva de género, teniendo en cuenta que no hacerlo constituye un acto discriminatorio prohibido por la última parte del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.³⁵

³⁵ **IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL ESTADO MEXICANO EN LA MATERIA.** El reconocimiento de los derechos de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación y de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, exige que todos los órganos jurisdiccionales del país impartan justicia con perspectiva de género, que constituye un método que pretende detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, es decir, implica juzgar considerando las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impiden la igualdad. De ahí que los juzgadores deben cuestionar los estereotipos preconcebidos en la legislación respecto de las funciones de

Posteriormente, se sostuvo que la perspectiva de género es una obligación intrínseca a la labor jurisdiccional, de carácter oficioso, y cuya metodología consiste en: **a)** identificar desequilibrios de poder por cuestiones de género; **b)** cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género; **c)** en caso de que el material probatorio no sea suficiente, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; **d)** cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta; **e)** aplicar los estándares de derechos humanos, y **f)** evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, procurando un lenguaje incluyente. Lo anterior encuentra sustento en la jurisprudencia 1a./J. 22/2016 de rubro: *ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO*.³⁶

uno u otro género, así como actuar con neutralidad en la aplicación de la norma jurídica en cada situación, toda vez que el Estado debe velar por que en toda controversia jurisdiccional, donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta se tome en cuenta, a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria. Así, la obligación de impartir justicia con perspectiva de género debe operar como regla general, y enfatizarse en aquellos casos donde se esté ante grupos de especial vulnerabilidad, como mujeres y niñas indígenas, por lo que el juzgador debe determinar la operabilidad del derecho conforme a los preceptos fundamentales consagrados tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, procurando en todo momento que los paradigmas imperantes de discriminación por razón de género no tengan una injerencia negativa en la impartición de justicia; por el contrario, atendiendo precisamente a tales prejuicios o estereotipos, el juzgador debe considerar las situaciones de desventaja que tienen las mujeres, sobre todo cuando es factible que existan factores que potencialicen su discriminación, como lo pueden ser las condiciones de pobreza y barreras culturales y lingüísticas. Registro 2009998, Tesis P. XX/2015.

³⁶ Cuyo texto dice: Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje

Atendiendo a lo anterior, las juezas y los jueces deben considerar las situaciones de desventaja en que se pueden encontrar las mujeres, sobre todo cuando es factible que existan factores que potencialicen su discriminación, máxime que en los numerales 685, segundo párrafo, 782, segundo párrafo y 873-K, segundo párrafo, de la Ley Federal del Trabajo, les mandata atender al principio de realidad y asumir un papel proactivo en el proceso.

Los sindicatos, como muchas otras instituciones laborales y económicas del país, han sido espacios mayoritariamente ocupados y dirigidos por hombres. Esto tiene distintas implicaciones para la garantía de los derechos laborales de las mujeres, ya que no solo tienen que enfrentar la discriminación en el trabajo, sino la que ocurre al interior de las instituciones creadas para defenderlas. A partir de la reforma de 2019 a la Ley Federal del Trabajo, los sindicatos tienen el mandato expreso de la representación proporcional entre mujeres y hombres en los órganos de dirección. De manera adicional se les prohibió ejercer actos de violencia, discriminación, acoso u hostigamiento en contra de sus miembros.

La Organización Internacional del Trabajo sostiene que la igualdad de género es fundamental para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible y la reconoce como un objetivo transversal dentro de la agenda de Trabajo Decente; y en la Agenda 2030 plantea diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible, y el que ocupa el quinto lugar se dedica específicamente a lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, pero la igualdad de género también se integra en los otros dieciséis objetivos.³⁷

Uno de los objetivos de la reforma laboral, atendiendo a la realidad que impera en el mundo laboral y en particular en las organizaciones sindicales, es combatir la desigual relación de poder e incrementar la presencia de las mujeres en los puestos de dirección en todos los órganos de decisión con la finalidad de lograr las mismas condiciones de trabajo sin importar el género, en un ambiente libre

basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género”.

³⁷ Véase: ILOSTAT Temas Mujeres, Estadísticas laborales de la mujer. Disponible en: ilostat.ilo.org/topics/women.

de violencia. De ahí que para asegurar que las mujeres gocen de las mismas posibilidades de ocupar los cargos que los hombres en los sindicatos y, por ende, en la negociación colectiva, es necesario acatar los principios de la representación proporcional, y establecer las condiciones adecuadas ajustando la forma de celebrar las elecciones sindicales hasta ahora utilizadas y acelerar la disminución en la brecha de género, en suma, construir *nuevas rutas desde abajo*.

La reforma al modelo laboral iniciado en la Carta Magna en 2017 al artículo 123, apartado A y en particular la relativa a la Ley Federal del Trabajo de 2019, la cual adiciona entre otras disposiciones a los artículos 358, la fracción II, al 371, la fracción IX Bis, y al 378, las fracciones IV y VII, conforman un triángulo virtuoso para erradicar las prácticas discriminatorias en la participación laboral hacia el género femenino y garantizar el derecho tanto a votar como a ser votada.

El respeto a la igualdad y no discriminación conlleva la aceptación de que el género, sin duda, implica ciertas diferencias, mismas que lejos de verse como aspectos negativos, deberán convertirse en alicientes para asumir acciones o medidas para subsanar las situaciones generadoras de la desigualdad, así como sus consecuencias nocivas. Lo anterior en el entendido de que la situación de desigualdad no deriva del género en sí, sino del trato que han recibido las personas pertenecientes al género históricamente discriminado, lo que justifica la implementación de la medida compensatoria para contrarrestar la desventaja social, pues la igualdad formal no basta (*Ibidem*).

Hay que tener presente que el hecho de que en los Estatutos del gremio no se establezca la representación proporcional por género no exime de la obligación mandataada por la norma constitucional, convencional o legal, puesto que la autonomía sindical no ampara medidas que limiten el ejercicio de tales derechos de las mujeres dentro del gremio, y por el contrario obliga a adoptar acciones positivas que permitan a aquéllas gozar de una igualdad formal y material en el espacio laboral y sindical, en particular las que combatan los factores estructurales que subyacen a la persistencia de estereotipos y roles de género, y que no permiten a las mujeres el pleno goce de sus derechos sindicales.³⁸

³⁸ Razonamientos similares están asentados en la Opinión Consultiva OC 27/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 78.

En ese mismo tenor se inscribe la serie de obstáculos que en los gremios se practican para controlar los procesos electorales en beneficio de aquéllos que los diseñan e implementan. Algunos ejemplos lo constituyen el número desproporcionado de años de antigüedad que se exige para contender en los comicios; el no estar sancionado por una comisión autónoma a la dirigencia sindical cuando no haya una resolución definitiva, o la sanción sindical no tener un carácter grave y aun así ello les impide registrarse como candidatas en alguna planilla; el pertenecer a una determinada adscripción; la exigencia de ocupar determinadas categorías laborales que típicamente no son ocupadas por mujeres, etcétera.

Por otra parte, la alternancia es la providencia óptima a favor del acceso igualitario de ambos géneros al ejercicio del poder, ya que sus alcances van mucho más allá de permitir la inclusión de candidaturas de ambos géneros intercaladas e incluso, de garantizar que éstos consigan integrar la directiva sindical electa. La auténtica y más relevante meta de la alternancia radica en crear posibilidades reales para que personas de ambos géneros puedan llegar a presidir las carteras de decisión, entre ellas, la Secretaría General, la Secretaría de Organización, la Secretaría del Trabajo y la Secretaría de Finanzas. Lo anterior con apoyo en la Sentencia de la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la Cuarta Circunscripción Electoral Plurinominal, con sede en esta ciudad.³⁹

Este derecho y su ejercicio debe estar invariablemente regido por las normas y los principios establecidos en la Constitución Federal y en los tratados que tutelan derechos fundamentales suscritos por el Estado mexicano, entre los cuales está el de garantizar de manera sustantiva la participación de las mujeres en condiciones de igualdad jurídica frente a los hombres.

En este contexto, las normas del derecho deben promover y respetar el derecho de voto de las mujeres tanto en su vertiente activa como pasiva. Lo anterior aplicado por analogía la jurisprudencia de la Sala Regional con sede en Xalapa en relación con elecciones de mujeres y hombres indígenas electorales (Tesis 1a./J. 22/2016 (10a.)).

³⁹ Dictada en los Expedientes SDF-JRC-17/2015, SDF-JRC-18/2015 y SDF-JRC-19/2015 acumulados, a través de la cual modifica la sentencia emitida por el Tribunal Electoral de Morelos.

Las medidas que los sindicatos pueden tomar para cerrar la brecha salarial van desde luchar contra la discriminación de género en general, a propiciar un proceso inclusivo de establecimiento de salarios, favorecer medidas específicas de igualdad salarial de género, y aumentar la representación de las mujeres en órganos de toma de decisiones. Lo anterior con apoyo por razones similares en lo resuelto por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.⁴⁰

El carácter interdependiente, es decir, de dependencia recíproca de los derechos humanos, exige que el principio de representación proporcional de género se ajuste a la realidad social, en conjunción con otras libertades y derechos que el propio orden jurídico reconoce a la ciudadanía, por lo que es necesario interpretar el derecho a ser votada en condiciones de igualdad en conjunto con otros derechos.

Aunado a ello, uno de los avances de la reforma laboral en torno a la representación proporcional tiene que ver con visibilizar y reconocer a la mujer a través del lenguaje. El lenguaje incluyente por sí solo no va a cambiar la desigualdad entre hombres, mujeres o personas con preferencia sexual diversa, pero constituye una de las vías para reconocer y abordar el problema de la violencia simbólica y la discriminación. Su importancia deriva del principio de igualdad el cual se configura como un valor superior del sistema jurídico nacional, que impone a la persona operadora jurídica efectuar un ejercicio de análisis con perspectiva de género dentro de su ámbito de competencia, sobre posibles desequilibrios que puedan presentarse a través de formas indirectas o veladas de discriminación, en el caso, hacia la mujer, a fin de detectar y contrarrestar los tratamientos desproporcionados de poder y los esquemas de disparidad que se han perpetuado por la práctica consuetudinaria. Lo anterior deriva del criterio aplicado de manera analógica por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.⁴¹

⁴⁰ Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Sentencia SUP-JDC-1862-2019, Caso: *PARIDAD DE GÉNERO EN DELEGADOS DEL PRI. LA PARIDAD DE GÉNERO CONSTITUYE UN MANDATO QUE EN LA DEMOCRACIA GARANTIZA DE MANERA EFECTIVA EL ACCESO DE LAS MUJERES A LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN POPULAR, A LOS ESPACIOS DE TOMA DE DECISIONES, ASÍ COMO A INTEGRAR CUALQUIER FORMA COLEGIADA DE ORGANIZACIÓN PARTIDISTA, EN UN MISMO PLANO DE OPORTUNIDADES QUE LOS HOMBRES.*

⁴¹ “*LENGUAJE INCLUYENTE. COMO ELEMENTO CONSUSTANCIAL DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA PROPAGANDA ELECTORAL. De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 1º, 4º,*

En ese tenor, las autoridades electorales sindicales deben utilizar un lenguaje incluyente como elemento consustancial del principio de igualdad en su propaganda institucional dirigida a sus agremiadas y agremiados para promover su participación política por medio del voto, tanto en los conceptos que utilicen, como en los propios contenidos de la propaganda,⁴² a fin de que en la cotidianidad se emplee el lenguaje no sexista para transformar las palabras y las ideas,⁴³ a lo cual exhorta también la jurisprudencia 1a./J.22/2016 antes invocada, y que la propia Ley Federal del Trabajo avala, como se pone de manifiesto en la adición del capítulo XII Bis relativo al “Teletrabajo”⁴⁴ y el capítulo XIII reformado denominado “Personas Trabajadoras del Hogar”,⁴⁵ en las que en todo momento se habla de “la persona trabajadora”.

Recapitulando, de lo dispuesto en los artículos 2, 3, 358, fracción II, 364, 371, fracción IX Bis, y 378, fracciones IV y VII, en concatenación con lo establecido

35 y 41, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 2, 3 y 26, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2, 3, 5, inciso a), y 7, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 4, inciso j) y 6, inciso b), de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; 1, párrafo 2, y 6, de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia; 36, fracción VI, de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres; y 2, 9, fracciones VIII y XIII, 15 bis y 15 ter, fracción I, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, resulta dable colegir que el principio de igualdad se configura como un valor superior del sistema jurídico nacional, que impone a la persona operadora jurídica efectuar un ejercicio de análisis con perspectiva de género dentro de su ámbito de competencia, sobre posibles desequilibrios que puedan presentarse a través de formas indirectas o veladas de discriminación hacia la mujer, a fin de detectar y contrarrestar los tratamientos desproporcionados de poder y los esquemas de disparidad que se han perpetuado por la práctica consuetudinaria. En ese contexto, la propaganda electoral debe promover el empleo de un lenguaje que no aliente desigualdades de género, a las que históricamente se han visto sujetas las mujeres, para garantizar el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, a través de la utilización de un elemento consustancial de ese principio, como es el uso de un lenguaje incluyente. Ello encuentra consonancia con la obligación constitucional y convencional de garantizar de forma efectiva la participación política de las mujeres en condiciones de equivalencia con los hombres, y lograr su inclusión plena en la vida democrática del país, a través de mecanismos eficaces e idóneos, como es la utilización del lenguaje incluyente, en todos los órdenes de la sociedad”.

⁴² Tesis XXVII/2016, Ana Teresa Aranda Orozco y otra vs. Consejo General del Instituto Electoral del Estado de Puebla. La Sala Superior en sesión pública celebrada el primero de junio de dos mil dieciséis, aprobó la citada tesis por unanimidad de votos, con la ausencia de la Magistrada María del Carmen Alanís Figueroa y del Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar.

⁴³ Tener presente que la RAE se fundó en 1713, la han integrado 486 personas, de las cuales sólo 11 han sido mujeres.

⁴⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 2021.

⁴⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de julio de 2019.

en los numerales 1, 4 y 123, apartado A, fracción XXII Bis, de la Carta Magna, el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Campo Algodonero, se desprende que, para respetar el derecho humano a la igualdad y no discriminación, así como a los principios de igualdad sustantiva, democracia y representación proporcional (decisión real en los cargos de poder), y el derecho a ser votada, antes de llevar a cabo las elecciones, los sindicatos se encuentran obligados a realizar acciones tendientes a lograr el cupo femenino de manera proporcional en la elección de la directiva sindical y, consecuentemente, modificar sus estatutos.

Para ello pueden implementar diversas modalidades, siempre teniendo presente que los derechos de representación proporcional de género y el de ser votada coexisten con otros principios constitucionales que también deben ser respetados, tales como legalidad, certeza, imparcialidad y objetividad,⁴⁶ sin soslayar que también deben atenderse a factores históricos, sociales, culturales y políticos

⁴⁶ Aplicado por analogía el criterio sustentado en Contradicción de tesis 275/2015 de la que derivó la jurisprudencia “PARIDAD DE GÉNERO. EL PRINCIPIO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 41, FRACCIÓN I, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TRASCIENDE A LA INTEGRACIÓN DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. De la interpretación gramatical, teleológica, sistemático-funcional e histórica del artículo 41, fracción I, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que el principio de paridad entre los géneros trasciende a la integración de los órganos representativos de las entidades federativas y, por lo tanto, no se agota en el registro o postulación de candidaturas por parte de los partidos políticos antes de la jornada electoral. En esta tesitura, las entidades federativas se encuentran constitucionalmente obligadas a establecer en su normativa local acciones tendientes a la paridad de género para la asignación de diputaciones por el principio de representación proporcional a los partidos políticos con derecho a escaños. Ciertamente pueden existir múltiples variantes en la implementación de tales medidas correctivas en el ámbito local, pues la distribución específica entre legisladores locales de mayoría relativa y representación proporcional forma parte de la libertad configurativa de las entidades federativas. Además, en los procesos electorales locales la paridad de género necesariamente coexiste con otros principios constitucionales que también deben ser respetados (por ejemplo: legalidad, certeza, imparcialidad y objetividad). No obstante, lo cierto es que garantizar —a través de la acción estatal— que mujeres y hombres tengan las mismas posibilidades de acceder a los congresos locales no es optativo para las entidades federativas. Por lo tanto, en sistemas electorales con modalidades de “listas abiertas” de candidaturas —es decir, donde los candidatos de representación proporcional no se definen sino hasta después de la jornada electoral, como sucede con las listas de “mejores perdedores” de mayoría relativa— o de “listas cerradas no bloqueadas” —es decir, donde el orden de prelación de los candidatos de representación proporcional se determina en función de la votación recibida en la elección de mayoría relativa—, la prohibición de reacomodos por razón de paridad de género en las listas definitivas de candidatos con que los partidos políticos finalmente participan en la asignación de escaños es inconstitucional.

Acción de inconstitucionalidad 45/2014 (mayoría de 6 votos en contra de aquellos de los ministros Franco González Salas, Cossío Díaz, Pardo Rebolledo y Pérez Dayán).

que han contribuido a la discriminación estructural de las mujeres en todos los ámbitos de participación, razón por la cual se debe maximizar sus derechos y generar dinámicas que aceleren la representación proporcional en el ámbito sindical,⁴⁷ pues *lo que no se nombra no existe, y si no existe, no vale*.

Así, para garantizar sustancialmente que las personas trabajadoras pertenecientes a un gremio tengan las mismas posibilidades en la representación proporcional en la postulación e integración de las directivas sindicales, los sindicatos al emitir sus convocatorias, durante el proceso electoral y su integración, según sea el caso, están obligados a observar, entre otros, los siguientes **principios**:

- En el registro de las candidaturas a los cargos de la directiva, los sindicatos deberán garantizar los principios de igualdad sustantiva, representación proporcional por género y el derecho a ser votada o votado, esto es, que no deberán existir obstáculos que impidan el ejercicio de este derecho.
- La representación proporcional de género deberá darse en dos momentos: i) en la integración de las planillas nacionales, y en su caso 2) en la integración de las directivas seccionales.
- Las fórmulas de candidaturas deberán considerar suplentes del mismo género que la persona propietaria.
- La correcta interpretación de la representación proporcional no se agota solamente en el número de posiciones, sino que implica también el que las mujeres participen en las carteras de decisión en las relaciones laborales más importantes como la contratación, los aumentos salariales, los ascensos, las prestaciones, etc. Este principio aplica tanto a nivel de directiva como de comisiones mixtas u otras instancias, en el orden sindical y también en la relación bilateral con la persona empleadora.

⁴⁷ En analogía a lo resuelto en el SUP-JDC-1044/2021 por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

- Atender al principio de igualdad sustantiva para postular preferentemente la candidatura de una persona de sexo distinto a la registrada en la elección anterior tratándose de la Secretaría General, Secretaría de Organización, Secretaría del Trabajo, Secretaría de Finanzas o cargos homólogos, pues son los cargos que menos han ocupado las mujeres.
- Tratándose de sindicatos de nueva creación, deberá considerarse como un valor importante el promover el respeto al derecho a la igualdad sustantiva a favor de las mujeres en los distintos órganos de los sindicatos.
- El principio de igualdad sustantiva entre hombres, mujeres o personas con identidad sexual diversa, deberá estar reflejado en el estatuto, en tanto que es la norma que regula la vida del sindicato, pues tales principios devienen de los ordenamientos constitucionales, convencionales y en la ley, como se ha visto en párrafos precedentes, en los que se establece el derecho a la igualdad y no discriminación.
- La convocatoria para la celebración de elección de los órganos sindicales y la propaganda electoral sindical debe promover el empleo de un lenguaje que no aliente desigualdades de género, a las que históricamente se han visto sujetas las mujeres para garantizar el principio de igualdad, a través de la utilización de un elemento consustancial de ese principio, como es el uso de un lenguaje incluyente.

3. Reparación del daño

El artículo 1º de la Carta Magna establece la obligación de garantizar los derechos humanos de los tratados internacionales de los que el estado mexicano forma parte. Uno de ellos es la Convención Americana de Derechos Humanos que prevé la reparación en el artículo 63, la cual debe ser integral y con vocación transformadora para tener efecto correctivo y no solo restitutivo, conforme ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Campo Algodonero. En consecuencia, subrayó que las medidas de reparación deben ser

garantía de no repetición, ya que si bien tiene la función de conocer de violaciones individuales de derechos humanos, cuando la vulnerabilidad está ligada a una discriminación estructural se enfrenta a un problema colectivo y no solo individual.

Así, el Tribunal Interamericano ha desarrollado una especial consideración por el contexto cuando los casos tienen lugar en escenarios de discriminación estructural, supuesto en el cual ha dictado medidas de reparación correctivas y transformadoras pioneras para el derecho internacional de los derechos humanos que se han convertido en modelos para los tribunales (La Barbera y Wences, 2020).

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General 18, específicamente en el punto 48, si bien no es obligatoria, orienta en torno a que toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. A nivel nacional, los sindicatos y las comisiones de derechos humanos deben jugar un papel importante en la defensa del derecho al trabajo. Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una **reparación adecuada**, en sus modalidades de restitución, indemnización, compensación y garantías de no repetición.

De acuerdo con el Máximo Tribunal,⁴⁸ corresponde al Estado tomar las medidas necesarias para asegurar que cualquier violación a los derechos fundamentales ocasionada por particulares sea reparada por el causante del daño. El estudio del daño y su reparación implica la formulación de algunas preguntas básicas, las cuales impactarán en la forma en la que se construye la verdad: 1) ¿cuál fue el daño?; 2) ¿quién lo cometió?; 3) ¿contra quién se cometió?; 4) ¿cuál fue su impacto específico y diferenciado? y 5) ¿cuáles fueron sus impactos primarios y secundarios? Lo anterior tiene como finalidad generar los remedios necesarios para hacer frente a un hecho victimizante derivado de una discriminación por razones de género

⁴⁸ Véase la tesis 1a. CXCIV/2012 (10a.) de rubro: *REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO O JUSTA INDEMNIZACIÓN. ESTE DERECHO FUNDAMENTAL QUEDÓ INCORPORADO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO A RAÍZ DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL*, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, ubicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, con número de registro digital: 2001744.

o que puede haber tenido repercusiones agravadas con motivo del sexo, género u orientación sexual de la víctima. Criterio que encuentra sustento en lo establecido en la tesis 1a. CXCII/2018, de rubro “*PERSPECTIVA DE GÉNERO. FORMA EN LA QUE EL JUZGADOR DEBE APLICAR ESTA DOCTRINA AL DICTAR LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN*”.⁴⁹

Una vía importante para prevenir la discriminación es que exista un derecho colectivo fuerte que dé lugar a condiciones democráticas donde sean escuchadas las necesidades y exigencias de grupos en situación de desventaja. Las nuevas reglas que introduce la ley laboral en las instituciones del derecho colectivo tienden a facilitar que tanto las trabajadoras como los trabajadores participen de manera directa y efectiva en las elecciones de sus directivas, en los conflictos intergremiales, en la firma del contrato colectivo. Asimismo, tienden a combatir la simulación que excluye a personas y grupos de las decisiones gremiales que atañen al conjunto (o a todas y todos).

En ese contexto, dado el derecho a la no discriminación en el empleo en el caso de parto prematuro y no disfrute del descanso prenatal, destaca la compensación económica como medida de reparación para indemnizar el daño inmaterial

⁴⁹ Texto: “De conformidad con la tesis aislada 1a. XCI/2015 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de título y subtítulo: “ALIMENTOS. SU OTORGAMIENTO DEBE REALIZARSE CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, la obligación de juzgar con perspectiva de género se actualiza de oficio, pues se encuentra implícita en las facultades jurisdiccionales de quienes imparten justicia, y su cumplimiento exige la aplicación de una metodología centrada en la necesidad de detectar posibles situaciones de desequilibrio de poder entre las partes —mas no necesariamente presentes— como consecuencia de su género, seguida de un deber de cuestionar la neutralidad de las pruebas y el marco normativo aplicable, así como de recopilar las pruebas necesarias para visualizar el contexto de violencia o discriminación y, finalmente, resolver los casos prescindiendo de cualquier tipo de cargas estereotipadas que resulten en detrimento de mujeres u hombres. Al trasladar esta doctrina al contexto de las reparaciones, es evidente que la perspectiva de género exige partir de la idea de que la exclusión de género preexiste a las violaciones a derechos humanos y, desafortunadamente, se agrava durante y después de éstas. Así, la aplicación de dicha doctrina, al momento de dictar medidas de reparación, exige formular algunas preguntas básicas, que impactarán la forma en la que se construye la verdad detrás de un asunto: i) ¿cuál fue el daño?; ii) ¿quién lo cometió?; iii) ¿contra quién se cometió?; iv) ¿cuál fue su impacto específico y diferenciado?; y, v) ¿cuál fue su impacto primario y secundario? Lo anterior tiene como finalidad generar los remedios necesarios para hacer frente a un hecho victimizante cuyo surgimiento puede ser por razones de género o que puede haber tenido repercusiones agravadas con motivo del sexo, género u orientación sexual de la víctima”.

causado a una mujer trabajadora, como se aprecia del AR 955/2019 resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya invocado.

Por otro lado, también existe criterio de que la calificativa que se realice respecto de un acto, en el sentido de que el mismo ha resultado discriminatorio, no necesariamente implicará que se haya generado algún daño y que proceda por tanto una indemnización, con independencia de que sí proceda la nulidad del acto y, en su caso, la imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio y la actualización de sanciones penales. Tiene aplicación la tesis 1a. III/2015, de rubro: *DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL. LA FIJACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN POR PARTE DEL JUZGADOR ESTARÁ CONDICIONADA A LA EXISTENCIA DE UN DAÑO*.⁵⁰

⁵⁰ Texto: “La indemnización constituye la consecuencia tradicional en contra de actos que han generado un daño. En el caso de los actos discriminatorios, al contener una violación constitucional directa, es posible que el juzgador correspondiente establezca una cantidad monetaria que deberá ser cubierta para resarcir a la persona que ha resentido el daño en cuestión. En tal supuesto, resulta claro que el criterio de imputación atiende a una responsabilidad objetiva, en la medida en que la eventual culpa o negligencia en la conducta de la persona que llevó a cabo la discriminación no es relevante a efecto de calificar la situación, pues el dato clave es la producción de un escenario en el cual no se respetaron los principios de igualdad y no discriminación. Sin embargo, a consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que nazca la consecuencia de indemnización, es imprescindible la existencia de un daño, al tratarse del elemento constitutivo de la misma y presupuesto ineludible en cualquier sistema de responsabilidad civil, por lo que una pretensión indemnizatoria no podría prosperar a menos de que exista un daño por el cual se deba responder. En el caso de que concurra un riesgo de discriminación, que constituye una amenaza, pero que no ha llegado a producir un daño efectivo, no existirá obligación de indemnizar, pues un simple riesgo no puede tener el alcance que sí tiene la existencia de daños materiales y morales, toda vez que ante la ausencia de un daño el juzgador no contaría con un dato objetivo a partir del cual se pueda fijar un monto indemnizatorio, cuestión que se traduciría en la improcedencia de tal consecuencia respecto del acto discriminatorio. En otras palabras, la calificativa que se realice respecto de un acto, en el sentido de que el mismo ha resultado discriminatorio, no necesariamente implicará que se haya generado daño alguno y que proceda por tanto una indemnización, con independencia de que sí proceda la nulidad del acto y, en su caso, la imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio y la actualización de sanciones penales. En efecto, el alcance del resarcimiento debe responder a una reparación integral del daño generado y probado, mismo que sea consecuencia directa del acto discriminatorio, esto es, deberá advertirse una reparación efectiva y proporcional a la afectación sufrida, sin que exista un límite máximo al que pueda responder la compensación, ya que el monto dependerá de las circunstancias específicas del caso, esto es, deberá existir una adecuación entre monto y menoscabo sufrido. Al hablar de una adecuación, la indemnización otorgada debe ser comparable con la gravedad del daño sufrido a consecuencia del acto discriminatorio, compensando íntegramente tal situación, sin que la previa nulidad declarada respecto del acto cuestionado implique de manera necesaria y forzosa que se deba imponer una indemnización monetaria, pues ello será una consecuencia directa de las constancias que obren en el expediente y que sean valoradas por el juzgador competente”.

Dicho de otro modo, no existen razones suficientes para sostener que las juezas o los jueces laborales no puedan brindar una reparación integral en la que se pague una indemnización justa, equitativa y razonable⁵¹ a la demanda por violación o discriminación a un derecho fundamental demostrado en juicio, o por un despido antisindical, discriminación por cualquier razón o un evento de desigualdad salarial, tomando en cuenta la naturaleza y extensión del daño causado, además de buscar disuadir las conductas transgresoras y propiciar un cambio cultural que mejore las relaciones sociales.⁵²

En atención a este marco normativo y demostrado que un sindicato infringió el derecho a la igualdad y no discriminación al no permitir a las mujeres pertenecientes a una organización sindical participar de manera proporcional en la contienda de los órganos de poder del comité directivo y, por ende, posicionar la agenda de género en la negociación colectiva como lo son la capacitación, brecha salarial, conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, violencia en los centros de trabajo o que la principal causa de despido sea el embarazo, se pueden adoptar, entre otras, las siguientes reparaciones:

Medidas administrativas. Las y los integrantes del Comité Ejecutivo del sindicato pueden tomar un curso de sensibilización sobre el derecho a la no discriminación y el respeto a los principios en materia de género, con fundamento en el artículo 83, fracción I, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Publicidad de la resolución. En el portal o sitio web institucional del sindicato, en el local sindical, o al menos en lugares visibles del centro de trabajo o lugar de reunión de sus integrantes, se puede publicar el contenido de la sentencia durante un plazo razonable.

Garantía de no repetición. Mediante una circular, transmitir al comité ejecutivo el compromiso y obligación de no realizar actos, omisiones o prácticas de discrimi-

⁵¹ Como se sostiene en la jurisprudencia 31/2017 de rubro “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE”, registro 2014098.

⁵² Como se sostiene en la tesis CLXV/2015, de rubro “VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. DEBER DE REPARAR”, registro 2009095.

minación que vulneren el derecho de representación proporcional de las mujeres en la directiva sindical y, por ende, su participación en la negociación colectiva, visibilizando así sus reclamos.

Daño inmaterial. Dado el acreditamiento del citado daño, como indemnización puede proceder la compensación económica.

Estatutos. Al ser la ley interna del sindicato, debe respetar las normas mínimas establecidas tanto en el derecho nacional como convencional; en tanto se cumple con dichos ajustes puede emitirse una circular.

Estimar una postura contraria implicaría el mantenimiento de la doctrina judicial anterior, lo que llevaría nada mas y nada menos que a impedir la efectividad del derecho a la igualdad y no discriminación en la representación proporcional de las mujeres en la directiva de sus gremios.

a. Efectos

La sola sentencia implica un avance en el reconocimiento del derecho humano de igualdad y no discriminación de las mujeres trabajadoras pues más allá de su ejecutabilidad, el que éstas conozcan y reconozcan sus derechos en dicho fallo las alentará a participar en la vida sindical que necesariamente traerá como consecuencia mejoras a sus condiciones de trabajo.

Sin embargo, dados los principios de igualdad y no discriminación, representación proporcional y el derecho de ser votada en las elecciones gremiales, atendiendo a las pruebas ofrecidas por las partes, es dable concluir que en el caso que nos ocupa existe discriminación en materia sindical por razón de sexo al quedar demostrado que desde la convocatoria y en la elección de la mesa directiva del sindicato no se respetaron los mismos, como tampoco en las suplencias de las dos carteras contempladas en la convocatoria se hace previsión sobre el género, en el registro específico de las planillas no se autorizó que éstas fueran del género femenino, menos se convocó y eligió a mujeres en las principales carteras, como tampoco se utilizó lenguaje incluyente, lo que requiere una reparación integral, en consecuencia:

- Se declara nula la elección del Comité Ejecutivo para el bienio 2020-2022;
- Se ordena la reposición del proceso electoral desde la emisión de la convocatoria;
- La convocatoria deberá: a) señalar expresamente que las candidaturas cumplirán con el principio de representación proporcional y, por ende, en el registro de planillas deberán postularse como mínimo cuatro mujeres; b) dentro de estas cuatro carteras al menos una corresponderá a aquellas que tengan poder de decisión real, que en la especie les corresponden a la Secretaría General, Secretaría de Organización, Secretaría del Trabajo, Secretaría de Finanzas o cargos homólogos; y c) la convocatoria deberá emitirse en lenguaje incluyente;
- Las personas que integren la directiva sindical deberán tomar un curso de sensibilización sobre el derecho a la igualdad y no discriminación y el respeto a los principios en materia de género contenidos tanto en la Constitución, Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, Ley Federal del Trabajo, la jurisprudencia y los convenios internacionales y sus diferentes órganos de aplicación;
- Se colocará el contenido de la resolución en el portal o sitio web institucional del sindicato, en el local sindical o al menos en lugares visibles del centro de trabajo o lugar de reunión de las trabajadoras y trabajadores afiliados al sindicato, en un plazo no mayor a treinta días hábiles;
- Mediante una circular, la directiva sindical deberá asumir el compromiso público de no repetir conductas, omisiones o prácticas de discriminación que vulneren los derechos de las mujeres en torno a la representación proporcional y de las condiciones prácticas para garantizar el derecho de ser votada en las elecciones, el cual deberá ser notificado a todas las personas afiliadas al sindicato.

- Deberán adecuarse los estatutos del sindicato a fin de respetar el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres en sus derechos sindicales, en específico, en torno a la representación proporcional en la directiva sindical y demás órganos de decisión. En tanto se cumple, deberá emitir una circular.

Puntos resolutivos

PRIMERO. La trabajadora probó su acción y el demandado no demostró sus excepciones y defensas.

SEGUNDO. Se condena al Sindicato demandado a restituir a la parte actora en los derechos laborales y sindicales violados en los términos de esta sentencia.

Bibliografía

ALCALDE, A., VILLARREAL, A. R. y NARCIA, E., *Ley Federal del Trabajo, Reforma 2019 comentada*, Editorial Porrúa, Tercera Edición.

BENSUNSÁN AREOUS, G., en el *Boletín internacional de investigación sindical. El futuro del trabajo: los sindicatos en transformación*, “La transformación de los sindicatos en América Latina: contextos, ideas y agendas”, 2019/Volumen 9/ Número 1-2, OIT.

BUENROSTRO MARTÍNEZ, A., (2021) “Juzgar con perspectiva de género ¿Por qué, cómo y para qué?”, Editorial Porrúa.

COBARRUBIAS V., A., (2020) *La inspección del trabajo en México: El largo camino hacia un modelo laboral basado en el Imperio de la Ley*, Red de Mujeres Sindicalistas.

El Economista, *Despido por embarazo sigue a la cabeza como principal denuncia de discriminación*, 21 de junio de 2021. <https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/Despido-por-embarazo-sigue-a-la-cabeza-como-principal-denuncia-de-discriminacion-20210619-0023.html>

FURTADO DE OLIVEIRA, P. A., (2021) Director de la Oficina de la OIT en México, en “Reforma de outsourcing, Lección de consenso para futuros cambios laborales” en *El Economista*, 31 de mayo de 2021.

GUTERRES, A., (2021) Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, *El Universal*, 8 de marzo de 2021.

GONZÁLEZ NICOLÁS, I., (2021), Red de Mujeres Sindicalistas, en entrevista con La Silla Rota, junio 01, 2021. <https://www.masreformasmejortrabajo.mx/index.php/lyt/item/7192-presenta-red-de-mujeres-sindicalistas-6-iniciativas-laborales>

GUZMÁN GALLEGOS, F., (2018), “Género y trabajo”, basado en ENOE, II, trimestre 2018.

HEREDIA FIGUEROA, M., (2010) en entrevista en su calidad de Vicepresidenta de Equidad y Género de la Unión Nacional de Trabajadores (UNT), 7 de octubre de 2010, en el *Día Mundial del Trabajo Digno*.

HERNÁNDEZ CERVANTES, A., (2020), “T-Mec, reforma laboral e igualdad de género”. Red de Mujeres Sindicalistas.

HERNÁNDEZ CHONG CUY, M. A., (2021) Presentación del Libro Juzgar con perspectiva de género, ¿Por qué, cómo y para qué? 24 de junio de 2021.

HERRERA RODRÍGUEZ, N., (1974) *Cinsa-Cifunsa*, Saltillo. Disponible en: <https://austedeslesconsta605148754.wordpress.com/2018/01/27/cinsa-cifunsa-salttillo-1974/>

LA BARBERA, M. C. Y WENCES, I., (2020) “La discriminación de género” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Andamios, vol. 17, no. 42, México, ene./abr. 2020, E pub.

- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, M., Lectura 3. (1996) ‘La perspectiva de género’, en Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia, Ed. horas y HORAS, pag 5. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj8NmT2qzxAhULQ60KHWU4CWsQFnoECAIQAA&url=https%3A%2F%2Fcatedraunescodh.unam.mx%2Fcatedra%2FCONACYT%2F08_EducDHyMediacionEscolar%2FContenidos%2FBiblioteca%2FLecturas-Complementarias%2FLagarde_Genero.pdf&usg=AOvVaw2lqgnalBUrWnUZbAs07nzp
- LÓPEZ GARCÍA, A., (2012), “Una mirada sororal al PRD”, 2012.
- LÓPEZ BENÍTEZ, L. M., (2021) Magistrada federal, “Teletrabajo”, *La Jornada*, 21 de enero de 2021.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “Igualdad retributiva de mujeres y hombres en la acción de Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo”.
- LUNA RAMOS, M. B., (2021) Ministra en Retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al impartir la conferencia “La mujer en el siglo XXI”, en Mérida, Yucatán, 1 de julio de 2021. <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/?page=iblog&n=3108>
- MAESTRE SERRANO, A., (1997) del Frente Auténtico del Trabajo, en entrevista en el XI Congreso Nacional en Oaxtepec, Morelos, el 27 de noviembre de 1997.
- MERCADO CASTRO, P., Senadora, Primer Informe de Actividades LXIV Legislatura, Imaginar y Crear respuestas pag. 42. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwix_G336zxA-hVOXKwKHagkBvwQFnoECBUQAA&url=https%3A%2F%2Fsenadoresciudadanos.mx%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Finforme_patricia_mercado.pdf&usg=AOvVaw3WBnLXM-gqtX3voucmvsgG
- MAGALONI KERPEL, A. L., (2019) “La justicia constitucional: del escritorio al territorio”, CIDE. Disponible en: <https://derechoenaccion.cide.edu/la-justicia-constitucional-del-escritorio-al-territorio/>

RIGAT PFLAUM, M., (2008), Los sindicatos tienen género Fundación Frederick Eberth Stiftung, cita la frase de Johan Acker, Hierarchies. <https://www.milenio.com/politica/numero-hombres-mujeres-mexico-censo-inegi-2021>

NOLASCO CANO, A. M., integrante del STUNAM, en “Guía para un plan de igualdad sustantiva en los sindicatos”, Alma Clarisa Rico e Inés González Nicolás, por la institución Friederich Ebert Stiftung. <https://www.google.com/search?client=firefox-b d&q=guia+para+un+plan+de+igualdad+sustantiva+ines+gonzalez>

ORTIZ MAGALLÓN, R., (2008) en su calidad de diputada federal, integrante de la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara de Diputados, en Cimacnoticias, 17 de noviembre de 2008. <https://cimacnoticias.com.mx/>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2019) Trabaja para un futuro más prometedor—Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Ginebra.

_____, (2013) La igualdad de género en la negociación colectiva. Análisis desde la perspectiva de género de los convenios colectivos vigentes en Centroamérica y República Dominicana.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* (En línea). Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)

VELA BARBA, E., *Red de Mujeres Sindicalistas*, 16 de abril de 2021.

Boletines y comunicados

Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Boletín 127/2019 publicado en el Comunicado de 3 de julio de 2019.

MICHER CAMARENA, M. L., Senadora, lo destaca en el Foro internacional Logros del Senado en materia de Paridad, publicado en el Boletín el 21 Julio 2020 Número-1554. <https://www.masreformasmejortrabajo.mx/index.php/sindicatos/itemlist/user/44-gabinojimenez?start=4768>

ESQUIVEL MOSSA, Y., (2020), Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Boletín UNAM-DGCS-179 Ciudad Universitaria, 27 de febrero de 2020.

Legislación nacional

- Ley Federal del Trabajo (2019)
- Ley Federal Del Trabajo (1931)

Tesis Jurisprudenciales

“SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS. EN SUS ELECCIONES SE DEBE GARANTIZAR LA IGUALDAD JURÍDICA SUSTANTIVA DE LA MUJER Y EL HOMBRE (LEGISLACIÓN DE OAXACA)”. Registro: 2011430. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1a./J. 22/2016 (10a.) Abigail Vasconcelos Castellanos vs. Sala Regional correspondiente a la Tercera Circunscripción Plurinominal, con sede en Xalapa, Veracruz.

Otros Órganos Jurisdiccionales

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Sentencia SUP-JDC-1862-2019, Caso: PARIDAD DE GÉNERO EN DELEGADOS DEL PRI. LA PARIDAD DE GÉNERO CONSTITUYE UN MANDATO QUE EN LA DEMOCRACIA GARANTIZA DE MANERA EFECTIVA EL ACCESO DE LAS MUJERES A LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN POPULAR, A LOS ESPACIOS DE TOMA DE DECISIONES, ASÍ COMO A INTEGRAR CUALQUIER FORMA COLEGIADA DE ORGANIZACIÓN PARTIDISTA, EN UN MISMO PLANO DE OPORTUNIDADES QUE LOS HOMBRES.

Tesis XXXI/2016. De rubro: “LENGUAJE INCLUYENTE. COMO ELEMENTO CONSUSTANCIAL DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA PROPAGANDA ELECTORAL. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 9, Número 18, 2016, páginas 95 y 96.

Tesis XXVII/2016, Ana Teresa Aranda Orozco y otra vs. Consejo General del Instituto Electoral del Estado de Puebla. La Sala Superior en sesión pública celebrada el primero de junio de dos mil dieciséis, aprobó la citada tesis por unanimidad de votos, con la ausencia de la Magistrada María del Carmen Alanís Figueroa y del Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Noviembre de 2021.

