

Sentencia al juicio ordinario civil 1040/09 sobre la interseccionalidad entre el género y la discapacidad

*Alejandra Donají Núñez
Mariana Díaz Figueroa*

En México, Distrito Federal a 07 de abril de 2011.

VISTOS para resolver el juicio ordinario civil 1040/09.

I. HECHOS

1. En julio de 2007, una universidad privada publicó en el sitio web de su bolsa de trabajo una oferta laboral a nombre de una empresa hotelera, que estableció, entre los requisitos, que la vacante no contemplaba la contratación de personas con discapacidad.
2. En virtud de lo anterior, y por estimar que con dicha oferta de trabajo se le discriminó, en julio de 2009, Paola García¹ demandó en la vía ordinaria civil de la empresa hotelera la indemnización a que se refiere el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, debido al daño moral que –afirma– le fue causado por la discriminación de la que fue objeto, por motivos de discapacidad.
3. Paralelamente, Paola García inició una queja ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, al estimar que había sido víctima de un acto discriminatorio. Tal procedimiento culminó el 8 de noviembre de 2017 con la celebración de un convenio, en el que la empresa hotelera se obligaba a que su personal, tanto de recursos humanos como del departamento jurídico, tomara un curso de sensibilización respecto a la no discriminación (impartido por el mismo Consejo) y también recibió el *curriculum vitae* de la demandante, comprometiéndose a considerarla en el futuro para ocupar una vacante.

II. COMPETENCIA

4. Este Juzgado es competente para conocer del juicio ordinario civil, en términos de los artículos 82, 86, 87 y 91 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

¹ El nombre de la promovente fue modificado para los propósitos del presente trabajo académico.

III. OPORTUNIDAD Y LEGITIMACIÓN

5. En julio de 2007 la universidad privada publicó una oferta laboral a nombre de una empresa hotelera, que excluía la participación de personas con discapacidad. En este sentido, si la demanda del juicio ordinario civil se presentó en julio de 2009, es posible concluir que se realizó dentro del plazo que contempla el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal.

6. Por otro lado, el recurso ordinario civil se hace valer por parte legitimada, ya que la actora acude por su propio derecho alegando que, al haber sido víctima de un acto discriminatorio, le corresponde la reparación del daño moral.

IV. PROCEDENCIA

7. Antes de analizar el fondo debe precisarse que, contrario a lo alegado por la parte demandada, el presente asunto resulta procedente, independientemente de que Paola García y la empresa hotelera hayan llegado a un convenio en el que la demandada se comprometió a considerar a Paola García para una vacante futura dentro de la empresa y a impartir un curso para capacitar a su personal en el tema de discapacidad, pues ello únicamente implica que la inconforme se dio por satisfecha en cuanto a las pretensiones formuladas en su queja.

8. Además, en ningún momento lo anterior puede considerarse como un agotamiento de su derecho de acceso a la justicia, contemplado tanto en el artículo 17 de la Constitución Federal como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues tal prerrogativa implica la posibilidad de acceder a un tribunal independiente e imparcial, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre una pretensión. Sirve de sustento a lo anterior la tesis jurisprudencial 1a./J. 42/2007, de rubro: "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES".

9. Tales aspectos no se actualizan con lo resuelto en la queja, pues esta fue emitida por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, organismo que no tiene carácter jurisdiccional y que no cuenta con atribuciones para pronunciarse respecto a la existencia o no de un daño moral y mucho menos determinar, en su caso, la sanción respectiva, cuestiones que son precisamente las que se pretenden resolver en este juicio ordinario civil.

V. DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE

10. Es importante considerar que en el caso concreto se alegan posibles violaciones a derechos humanos, y en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Federal, en relación con el numeral 4 de la Ley sobre la Celebración de Tratados, los tratados que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados y que se celebren por el presi-

dente de la República, con aprobación del Senado, serán ley suprema de toda la Unión. Por tal razón, para resolver el asunto que nos ocupa se acudirá tanto a las fuentes nacionales como internacionales ratificadas por México en la materia, sirviendo de sustento a lo anterior la tesis P. LXXVII/99, "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VI. ESTUDIO DE FONDO

11. En el caso concreto, la litis estriba en determinar si la demandante fue víctima de discriminación laboral por motivos de discapacidad por parte de la cadena hotelera y si, en su caso, se actualiza el daño moral reclamado.

12. Debe precisarse que la noción de igualdad deriva directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona. Debido a su importancia, el derecho a la no discriminación ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 18/03, como un principio de *ius cogens*, al tratarse de una norma de derecho imperativo que integra el orden público internacional.

13. La opinión consultiva –solicitada por México– establece que el término "distinción" corresponde a lo "admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo"; por su parte, el término "discriminación" corresponde a "toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos". Por ende, se tiene que es importante verificar en los casos concretos si todos los actos de distinción traen consigo discriminación.

14. La última reforma al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 4 de diciembre de 2006, consistió en homologar el concepto de discapacidad a la normativa internacional suscrita en la materia. Así, el artículo ahora establece, en su párrafo tercero, que está prohibida toda 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, 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.

15. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)² es el instrumento internacional específico en materia de discapacidad y establece la obligación de considerar la misma con base en un modelo social.

16. A efecto de contextualizar lo que implica el modelo social de la discapacidad, es adecuado señalar que Agustina Palacios lo reflexiona como aquel que "considera que las

² Ratificada por el Estado mexicano el 17 de enero de 2008.

causas que originan la discapacidad son sociales [y, por tanto,] las soluciones no deben apuntarse individualmente a la persona afectada, sino más bien que deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad”.³

17. A la luz de lo anterior, la CDPD prevé en su preámbulo, inciso e), que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

18. Además, en su artículo 2, la CDPD establece que la discriminación por motivos de discapacidad es cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o efecto de obstaculizar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones. Esto en todos los ámbitos: político, económico, social, cultural, civil o, como el que ahora nos ocupa, laboral. Además, incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables.

19. En relación con lo anterior, en el artículo 5 del mismo instrumento internacional se establece que está prohibida la discriminación por motivos de discapacidad y que se debe garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

20. De una interpretación sistemática de los artículos 2 y 5 de la CDPD se desprende que, para que un acto genere discriminación por motivos de discapacidad, deben actualizarse tres elementos: a) un trato diferenciado, de exclusión o de restricción, b) motivado por motivos de discapacidad, y c) que dicho acto tenga por objeto obstaculizar, menoscabar o dejar sin efecto el reconocimiento o ejercicio de los derechos humanos o la igualdad real de oportunidades.

21. Específicamente respecto al ámbito laboral, el artículo 27 de la CDPD establece las obligaciones específicas contraídas por los Estados parte a efecto de garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad; entre las que se encuentra la obligación de prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas al ámbito laboral, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el mismo, la promoción profesional y la necesidad de brindar condiciones de trabajo seguras y saludables.

22. Al ser la demandante una mujer con discapacidad, conviene resaltar que la CDPD, en su artículo 6, reconoce que las niñas y mujeres con discapacidad están sujetas a múltiples

³ Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI, 2008, p. 102, <http://www.upla.cl/inclusion/wp-content/uploads/2014/10/El-modelo-social-de-mercado.pdf>

formas de discriminación. En relación con esto, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)⁴ establece en su artículo 11, fracción I, incisos a), b) y c), que el derecho al trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano, que las mujeres tienen derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a ser evaluadas bajo los mismos criterios de selección, a elegir libremente su profesión o empleo, al ascenso, a la estabilidad en el mismo y a todas las prestaciones que derivan del mismo.

23. Por su parte, la Ley General de las Personas con Discapacidad⁵ prevé, en su artículo 9, que “Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo y la capacitación, en términos de igualdad de oportunidades y equidad”, y que, para tales efectos, las autoridades competentes deben establecer, entre otras, medidas que incluyen el promover el establecimiento de políticas en materia de trabajo encaminadas a la integración laboral de las personas con discapacidad. Señala que, en ningún caso, la discapacidad será motivo de discriminación para el otorgamiento de un empleo.

24. Además, a nivel local, la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal⁶ prohíbe que la discriminación se ejerza contra cualquier persona en el Distrito Federal, en términos del artículo 1 constitucional y los tratados internacionales, e incluye, en su artículo 14, fracción XXXII, entre las prácticas discriminatorias, el limitar las oportunidades de empleo por razón de discapacidad o por ser adulto mayor, siempre y cuando esta condición no sea determinante para el buen desempeño de la vacante.

25. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la demandante hizo referencia a su condición de salud, al manifestar ser una mujer diagnosticada con parálisis cerebral infantil que afecta sus facultades motrices. En este sentido, presentó como prueba los certificados médicos correspondientes.

26. Además, argumentó que, en virtud de su discapacidad, se le discriminó en la participación del proceso de selección, ya que la empresa ofrecía el puesto de pasante, pero señalaba que no se contemplaba a las personas con algún tipo de discapacidad.

27. Con base en lo anterior, y a la luz de la CDPD, la cual obliga a aproximarse a la discapacidad desde un modelo social y a dejar atrás el modelo médico,⁷ se tiene que las pruebas ofrecidas por la ahora demandante (certificados médicos) no pueden considerarse

⁴ Ratificada por el Estado mexicano el 23 de marzo de 1981.

⁵ Última reforma publicada el 1 de agosto de 2008.

⁶ Publicada en la *Gaceta Oficial* el 19 de julio de 2006.

⁷ Para Agustina Palacios, en el modelo médico “el énfasis se sitúa en la persona y su ‘deficiencia’, caracterizada como una anomalía patológica [...] criterio exclusivamente científico-médico”. Palacios, Agustina, *op. cit.*, p. 81.

como prueba de discapacidad, sino, en su caso, únicamente como prueba de su esfera íntima en relación con su condición de salud.

28. Lo anterior atendiendo al enfoque social de la discapacidad –mismo que corresponde a las obligaciones internacionales adquiridas– y a lo previsto en el artículo 1 constitucional, que considera que la discapacidad solo puede entenderse en la esfera social, y ya no de manera individual en términos del diagnóstico.

29. Al respecto, cabe enfatizar que la CDPD no establece requisito o prueba alguno para acreditar la discapacidad; por el contrario, tal como se establece en su preámbulo, la misma surge de la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad ejerzan plenamente y sin discriminación, en igualdad de condiciones con las demás, todos los derechos humanos. Por tanto, a efecto de dejar atrás el enfoque médico que observa la discapacidad en la esfera íntima de la persona (con base en el diagnóstico médico, lo patológico), no se podrían valorar las pruebas aportadas correspondientes a la esfera individual de la demandante como pruebas que den cuenta de una situación de orden social, como lo es la discapacidad. En consecuencia, se tiene que las mismas solo corresponden a lo previamente señalado.

30. A partir de la ratificación de la Convención citada, el Estado mexicano se encuentra obligado a dejar de lado otros modelos de la discapacidad, como lo es el médico o el rehabilitador, y a implementar un modelo social de la discapacidad, el cual implica reducir y eliminar las barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad a efecto de que su participación se desarrolle en igualdad de condiciones que los demás.

31. Así, la exigencia de certificados médicos como prueba de la discapacidad constituiría una barrera injustificada para el acceso a la justicia y, por ende, una discriminación por motivos de discapacidad en sí misma.

32. No obstante, el hecho de que la demandante manifestara que es una persona con discapacidad constituye un hecho propio, con base en el artículo 325 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,⁸ que permite considerar que en el caso concreto la demandante es una persona con discapacidad.

33. Además, de las manifestaciones de la demandante se desprende que se identifica como mujer. Entonces, se advierte que manifiesta pertenecer a grupos que cuentan con una historia de desventaja estructural y que, en virtud de los criterios específicamente mencionados como motivos prohibidos de discriminación contemplados en el artículo 1 constitucional, existe la obligación de proteger sus derechos y libertades, esto a través

⁸ Artículo 325.- Se tendrá por confeso el articulante respecto a los hechos propios que afirmare en las posiciones.

de medidas proigualdad, que difícilmente podrían instrumentarse sin recurrir al uso de criterios de identificación de colectivos tradicionalmente discriminados.

34. Luego, resulta imprescindible analizar las circunstancias específicas en el caso concreto a efecto de determinar si existió o no discriminación, y si la misma violó su derecho al trabajo.

35. Lo anterior, en un primer momento, obliga a considerar la intersección de los dos criterios, a efecto de contextualizar la situación de vulnerabilidad que enfrenta la demandante en virtud de las barreras del entorno, sociales y actitudinales que en el caso concreto manifiesta que interfieren con el ejercicio de su derecho de acceso al empleo en igualdad de circunstancias y, en un segundo momento, a la luz de tal contexto, determinar si la demandante fue víctima de discriminación laboral por motivos de discapacidad por parte de la cadena hotelera.

36. En este sentido, resulta importante señalar que las mujeres con discapacidad se enfrentan a múltiples formas de discriminación, tanto por ser mujeres como por su condición de discapacidad; además, se ven sujetas a efectos desproporcionados y diferencias en el acceso a sus derechos, así como a una falta de igualdad de oportunidades y de participación.

37. A efecto de contextualizar la desigualdad relacionada con la intersección y sus efectos, es importante esbozar de manera general la situación de las mujeres con discapacidad en relación con el acceso al empleo en el país. Ello permitirá conocer el contexto al que se enfrenta la demandante, en el cual –refiere– se le discriminó por motivos de discapacidad.

38. Al respecto, en el 2010, en el país, la participación económica⁹ de las mujeres era del 33.3%, y la de su contraparte masculina de 73.4%.¹⁰ Asimismo, las tasas de empleo de las personas con discapacidad usualmente son ligeramente superiores a la mitad de la tasa de empleo que sus pares sin discapacidad y, por su parte, la tasa de empleo

⁹ La tasa de participación económica es un indicador que mide el grado de participación de la población en el mercado de trabajo. Se calcula el cociente entre la población económicamente activa (definida como las personas que trabajan o buscan trabajo) de 15 años y más y la población total de 15 años y más, multiplicado por 100; además, la interpretación estadística de la misma de manera ejemplificativa es que si es un valor de 60 significa que un 60% de la población adulta (de 15 y más años de edad) está inserta en la actividad económica, ya sea trabajando o buscando trabajo, https://celade.cepal.org/redatam/PRYESP/SISPP/Wehelp/tasa_de_participaci_n_econ_mica.htm

¹⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), "Censo de población y vivienda 2010: tabulados del cuestionario básico", elaborados el 8 de febrero de 2011, tasas específicas de participación económica por entidad federativa y grupos quinquenales de edad según sexo, <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/TabuladosBasicos/Default.aspx?c=27302>

de mujeres con discapacidad es menor (menos de la mitad) que la de los varones con discapacidad.¹¹

39. Es decir, las mujeres con discapacidad tienen acceso desigual al ejercicio de su derecho al empleo. Por ejemplo, si la tasa de empleo de las personas sin discapacidad es de 75%, entonces, como un aproximado, la tasa de empleo de las personas con discapacidad oscilará alrededor del 40% y la de las mujeres con discapacidad será menor al 20%. Además, las personas con discapacidad en edad de trabajar se enfrentan a desventajas significativas en el mercado laboral y tienen peores oportunidades de empleo.¹²

40. Lo anterior permite afirmar que si bien el género afecta de manera desproporcionada en el acceso a la participación económica –en perjuicio de las mujeres, en virtud de los roles tradicionales que se les asignan y de las prácticas de discriminación estructurales e institucionalizadas–, lo cierto es que la intersección de género y discapacidad aumenta la disparidad en casi 50% en el acceso a la participación económica en relación con el derecho al trabajo.

41. Si se considera la remuneración, se tiene que la brecha por motivos de género aumenta, dado que afectan otros factores como la segregación ocupacional y la discriminación salarial. Al respecto, a manera de ejemplo, las mujeres tienden a ganar hasta 14% menos que los hombres, una vez que se ha controlado el efecto de las demás variables sobre el ingreso,¹³ situación que se puede suponer que aumenta con la intersección de discapacidad.

42. Con base en lo anterior, se tiene que, en un primer momento, existe desigualdad en el acceso a la participación económica por el hecho de ser mujer, y que además se interseca con el hecho de estar en situación de discapacidad, lo que afecta desproporcionadamente las posibilidades de tener un trabajo remunerado en igualdad de condiciones, solo por el hecho de ser mujer con discapacidad.

43. A la luz de lo anterior, en el acceso al empleo de las mujeres con discapacidad, es claro que no nos encontramos en un escenario de conductas individuales y desvinculadas que se presentan de manera aislada, sino que los escenarios citados se sustentan en prácticas específicas basadas en estereotipos y prejuicios que han sido legitimadas e institucionalizadas y que conllevan a la desigualdad. A su vez, estas prácticas generan barreras del entorno, sociales y actitudinales que repercuten de manera diferenciada y desproporcio-

¹¹ Organización Mundial de la Salud, Informe mundial sobre la discapacidad, resumen, 2011, p. 12, http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf

¹² *Idem.*

¹³ Instituto Nacional de las Mujeres, "Desigualdad de género en el trabajo", septiembre 2008, p. 9, http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100923.pdf

nada en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de condiciones para las mujeres con discapacidad, en virtud de la intersección de género y discapacidad.

44. Por consiguiente, es factible considerar que entre las barreras del entorno, sociales y actitudinales a las que se enfrenta la demandante, en materia laboral, se encuentran prácticas que se consolidan y legitiman a través de medidas institucionales que tienen como resultado la diferencia de la participación referida.

45. A efecto de identificar si la demandante fue víctima de discriminación laboral por motivos de discapacidad por parte de la cadena hotelera, resulta procedente analizar si la distinción realizada en la oferta de empleo de la empresa hotelera fue objetiva, razonable y proporcional.

46. Dicho análisis se efectuará con relación al caso concreto, pero a la luz de la serie de prácticas específicas y de las barreras del entorno, sociales y actitudinales que repercuten de manera diferenciada y desproporcionada en el ejercicio del derecho al empleo en igualdad de circunstancias para las mujeres con discapacidad en el país.

47. La oferta laboral publicada por la empresa hotelera en la bolsa de trabajo de la universidad estableció de manera expresa entre sus requisitos que la vacante no contemplaba la contratación de personas con discapacidad. Cabe señalar que la empresa hotelera, aun como particular, se encuentra obligada a no discriminar. Resulta aplicable, en lo conducente, la tesis aislada 1a. CIV/2010 de la Novena Época, "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS"; asimismo, el criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia de rubro: "IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XX, página 99, octubre de 2004, registro 180345.

48. En este sentido, la obligación de no discriminación rige no solo a las autoridades, sino también a los particulares, pues lo contrario sería tanto como subordinar la supremacía constitucional a los deseos o actos de los particulares. Por lo anterior, estos últimos tienen el deber de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución y, en este sentido, están obligados a respetar los derechos de no discriminación y de igualdad real de oportunidades. Lo anterior implica que la prohibición de no discriminar puede traducirse en una limitación válida a la autonomía de la voluntad de las partes para contratar cuando esté en juego la dignidad de la persona o, en el caso que nos ocupa, el derecho al trabajo digno.

49. No obstante, a través de la vacante, la empresa hotelera materializó una prohibición expresa hacia las personas con discapacidad, impidiéndoles participar en la convocatoria. En este sentido, el distingo realizado por la empresa hotelera fue predefinido hacia un

sector de población específico sin que se realizara justificación o legitimación alguna de la distinción.

50. Tal diferenciación sustentada en motivos de discapacidad no puede ser ni razonable ni objetiva. Por el contrario, se trata de una exclusión injustificada y arbitraria dirigida a todo un colectivo históricamente discriminado, únicamente por el hecho de encontrarse en situación de discapacidad.

51. En este sentido, toda vez que se advierte que la exclusión se dirigió a todo un colectivo, entonces se tiene que su efecto no puede limitarse a la esfera de la universidad.

52. Si bien la convocatoria de oferta de empleo en la que se excluyó a las personas con discapacidad se publicó en la bolsa de trabajo de la universidad, por lo que los y las alumnas con discapacidad de la misma universidad fueron las personas principalmente excluidas, lo cierto es que, además, entre los efectos de la acción que carece de razonabilidad se tienen daños inmateriales hacia todo el colectivo.

53. Así, la acción de exclusión tuvo un impacto negativo en la integración y la cohesión social en el ámbito universitario, pero también hacia un colectivo históricamente discriminado, ya que tal exclusión injustificada, entre otras consecuencias, desincentiva la participación de personas con discapacidad en entornos educativos, en virtud de ver coartado su desarrollo profesional y afectar su acceso a la educación; además, conlleva una afectación al derecho a elegir libremente su profesión y limita su participación en otros procesos de selección, por verse excluidos al establecer condiciones de selección discriminatorias y excluyentes.

54. Por tanto, el efecto de la exclusión emitida en la convocatoria anula y menoscaba los derechos, libertades y la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad; es decir, el detrimento de derechos afecta a todo el colectivo independientemente de si se presentaron más casos específicos, en virtud de que se estigmatiza a las personas con discapacidad como incapaces de participar en procesos similares, al señalar a la discapacidad como una distinción arbitraria en el ejercicio de derechos, lo que entre la población con discapacidad transmite el mensaje de que ejercicios de exclusión y marginación resultan procedentes.

55. El difundir y promocionar que las personas con discapacidad no pueden participar en diversos trabajos les estereotipa y les reduce a roles específicos, lo cual usualmente se vincula con la idea errónea de que son objetos de cuidado y no sujetos de derechos; lo que reafirma el estigma y la discriminación estructural de la que son objeto.

56. En este sentido, es claro que la distinción arbitraria de la convocatoria emitida por la empresa hotelera se sustenta en prejuicios y estereotipos que, entretreídos en el contexto social, jurídico, económico, social, y en virtud de las barreras sociales, físicas y actitudinales

que existen, tienen como efecto la marginación de un grupo social específico mediante formas de discriminación compuestas y simultáneas.

57. Además, la acción no objetiva e injustificable realizada por la empresa hotelera traslada la carga de la reducción de barreras a las personas con discapacidad, dado que fomenta que sean estas quienes busquen mecanismos de inclusión; cuando, por el contrario, la eliminación de las mismas corresponde a obligaciones estatales y a los particulares, e incluye la eliminación de las barreras que enfrentan las personas con discapacidad al obtener un empleo o al asumir su papel en sociedad.

58. El hecho de excluir a las personas con discapacidad (a partir de la propia convocatoria) resulta contrario a lo previsto en el artículo 1 constitucional en relación con el diverso artículo 27, fracción I, inciso a) de la CDPD.

59. Respecto al caso concreto de la demandante, la distinción injustificada, ni razonable ni objetiva, realizada en la convocatoria por parte de la empresa hotelera constituye discriminación por motivos de discapacidad, y conlleva un perjuicio diferenciado y particular en su esfera personal como mujer con discapacidad.

60. Resulta aplicable, en lo conducente, la tesis 2ª. LXXXII/2008, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE", por cuanto se refiere a que, frente a situaciones que requieren, por su naturaleza, un trato diferenciado ante las condiciones particulares, es necesario que este se sustente en la razonabilidad de la medida como criterio básico.

61. La oferta de trabajo tuvo como resultado un trato discriminatorio entre situaciones análogas, al permitir que otros estudiantes de la misma universidad participen en la convocatoria –incluso de la misma carrera o formación académica–, e impidió el acceso de la ahora demandante al proceso de selección, únicamente por su situación de discapacidad. Ello independientemente de las características necesarias que, en su caso y posterior al proceso referido, se requieran para la idoneidad en el puesto.

62. Además, de la convocatoria se advierte que la restricción no tuvo por efecto asegurar que el proceso para participar en la misma se sustentara en condiciones de diseño universal, o que incluyera entre sus principios la inclusión o la garantía de accesibilidad; por el contrario, los efectos fueron limitar la participación de la ahora demandante únicamente en virtud de su discapacidad.

63. Así, la empresa hotelera brindó un trato diverso ante quien no se encontraba en igualdad –en el caso concreto, la demandante–, sin tener como finalidad el respeto de la dignidad ni la construcción de un trato en igualdad. Esto toda vez que no se advierte que la distinción realizada tuviera por objeto proporcionar mecanismos que permitieran garantizar la igualdad de condiciones, sino que, por el contrario, se tiene que la exclusión ex-

presa de personas con discapacidad en la convocatoria fomentaba la individualización de la afectación —en el caso concreto, contra la demandante—, por lo que el daño es mayor.

64. En términos del contexto establecido previamente, en el país el derecho al trabajo se ejerce de manera diferenciada, encontrándose las mujeres con discapacidad en una situación de gran desigualdad, marcada por roles de género y jerarquías sustentadas en prejuicios y estereotipos que se institucionalizan.

65. En virtud de los artículos 1 y 123 constitucionales, y en relación con lo previsto en el artículo 27, inciso I, apartado a), de la CDPD, la CEDAW, y el artículo 9 de la Ley General de las Personas con Discapacidad, es obligación del Estado generar garantías para que las personas con discapacidad tengan oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado, así como que cuenten con entornos laborales abiertos, inclusivos y accesibles. Además, debe prohibir la discriminación por motivos de discapacidad y de género con respecto a las condiciones de selección, contratación y empleo.

66. En relación con lo previsto en el artículo 5 constitucional respecto a la libertad de trabajo, consistente en que no se podrá impedir a ninguna persona que se dedique a profesión, industria, comercio o trabajo que desee, siempre que sea lícito, se tiene la obligación, por parte de particulares y del Estado, de implementar medidas a efecto de que las personas se dediquen al trabajo libremente elegido.

67. Por lo anterior, el Estado y la empresa hotelera se encuentran obligados a tomar en consideración la desigualdad y discriminación estructurales a las que se enfrentan las mujeres con discapacidad respecto a los procesos de empleo que se llevan a cabo y, por ello, a llevar a cabo todas las medidas proigualdad correspondientes.

68. Ello —a la luz del contexto referido previamente de las prácticas específicas basadas en estereotipos y prejuicios que generan barreras del entorno, sociales y actitudinales— repercute de manera diferenciada y desproporcionada en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de circunstancias, en virtud de la intersección de las categorías referidas.

69. Así, las prácticas que se llevaron a cabo en contra de la demandante —mujer con discapacidad— consistieron en actos discriminatorios contrarios al artículo 1 de la Constitución Federal, en los que se vulneró su derecho a la igualdad y no discriminación, así como su derecho al trabajo, al excluirla de manera expresa únicamente por el hecho de ser una mujer con discapacidad.

70. En este sentido, la empresa hotelera no solo realizó un distingo carente de razonabilidad, sino que el mismo se materializó en la negativa hacia la demandante de participar en la oferta de empleo señalada. Además, la restricción en la convocatoria conlleva de manera implícita la ausencia de condiciones y la omisión de la empresa hotelera de llevar a cabo medidas proigualdad, como la garantía de accesibilidad.

71. La ausencia de medidas proigualdad, como lo es la garantía de accesibilidad, conduce a la imposibilidad de la elección libre para grupos sociales que se encuentran sujetos a desigualdades históricas. Las mujeres con discapacidad tienen derecho a las mismas oportunidades de empleo, a ser seleccionadas bajo los mismos criterios y a elegir libremente su profesión y empleo, para lo que se requiere como elemento primordial e indispensable, garantizar –por parte del Estado y los particulares– la accesibilidad, tanto en los procesos y en las cuestiones sociales como en los aspectos físicos.

72. De esta manera, la empresa hotelera estaba obligada a prever y garantizar accesibilidad, así como a brindar los apoyos necesarios para permitir la participación de manera plena y efectiva en el proceso de selección en igualdad de condiciones; situación que no aconteció. Tan es así que, contrario a las obligaciones referidas, la empresa materializó una exclusión expresa en contra de las personas con discapacidad, misma que tiene un efecto desproporcionado en la esfera de la demandante, por ser mujer con discapacidad.

73. La restricción en la convocatoria genera una afectación especial y grave en la esfera de derechos de la demandante, porque se vincula y sustenta en la intersección de las categorías de género y discapacidad; además, deviene en una afectación tanto a su aspiración profesional como a su desarrollo profesional, su dignidad y su calidad de vida. Por este motivo, se advierte que la práctica discriminatoria de la empresa hotelera lesionó sus sentimientos, así como la consideración que de ella tienen los demás.

74. La distinción por motivos de discapacidad realizada por la empresa no fue razonable. Adicionalmente, de las manifestaciones de la ahora demandada se tiene que insistió en la misma y estableció una carga injustificada a la demandante a efecto de que probara que, en su caso, cuenta con las características necesarias para el puesto, sin asumir la obligación de llevar a cabo medidas proigualdad, ni brindar elementos de accesibilidad, ni su posibilidad.

75. Al respecto, se tiene que la oferta laboral negó a la demandante la posibilidad de participar en el proceso de selección con base en criterios injustificados que no se relacionan con finalidad lícita alguna. Debido a ello, no le asiste la razón a la empresa hotelera, dado que la exclusión expresa en la participación en la oferta laboral tuvo como efecto que la propia empresa no pudiera siquiera valorar a la ahora demandante en cuanto a su idoneidad para ocupar el puesto, conforme a las características requeridas para ello.

76. Debe destacarse que el acto discriminatorio se configuró desde el momento en que la empresa realizó la distinción expresa no objetiva ni razonable en su oferta de empleo, y es por esta razón que resulta irrelevante que la demandante no se haya presentado a solicitar el empleo, pues debe tenerse en cuenta que la propia convocatoria se lo impedía desde un inicio. Considerar lo contrario, es decir, que debió haberse presentado a solicitarlo para tener por acreditada la afectación a su esfera jurídica, traería como resultado

una mayor vulneración a sus derechos humanos, al generarle una revictimización, ya que desde el principio se le informó, con la publicación de la vacante, que por motivos de discapacidad no podría participar en el proceso de selección.

77. En atención a estas consideraciones, al acreditarse una afectación a los derechos a la igualdad y no discriminación de la demandante, así como a su libertad de empleo, dado que la restricción materializada por la empresa hotelera repercutió en afectaciones elevadas a sus derechos, se tiene que la convocatoria analizada sí constituye un acto discriminatorio y una violación directa a la Constitución.

78. Por consiguiente, procede decretar la reparación integral del daño en términos del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al encontrarnos ante la existencia de una violación a un derecho protegido por la propia Convención, como lo es el derecho a la no discriminación, en relación con el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

79. Atendiendo a la naturaleza del juicio que nos ocupa, lo procedente es ordenar la indemnización del daño moral, en términos del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, para la determinación de la cantidad líquida que la empresa deberá pagar a la demandante. Debido a la falta de elementos necesarios en el expediente, se ordena abrir un incidente de liquidación, en el cual deberá tomarse en cuenta lo siguiente:

A. La magnitud y gravedad del daño, que deben ser consideradas como altas, pues nos encontramos frente a una discriminación de carácter estructural e institucionalizada y, por tal razón, la cantidad que se determine deberá ser ejemplificativa para disuadir tanto al perpetrador de la discriminación como al resto de las empresas de repetir actitudes discriminatorias en el futuro.

B. Las afectaciones inmateriales –o incluso patrimoniales– que derivaron del hecho discriminatorio, teniendo en cuenta que la demandante sufrió una afectación personal debido a dicho acto, que trascendió en la negativa para tener la oportunidad y aspiración de desarrollarse profesionalmente.

C. La pertenencia a algún grupo vulnerable, ya que la demandante es una mujer con discapacidad y la intersección de ambos aspectos hace necesario que se analice el contexto para que la cantidad determinada pueda ayudarla a disminuir de alguna manera la brecha de desigualdad que enfrenta.

D. La capacidad económica de la empresa demandada.

80. Por otro lado, al ser insuficiente el establecimiento de un monto económico para resarcir las violaciones de este tipo, resulta procedente dictar medidas reparatorias de carácter disuasorio, por lo que se ordena la publicación de esta sentencia a cargo de la

SENTENCIA

AL JUICIO ORDINARIO CIVIL 1040/09
SOBRE LA INTERSECCIONALIDAD ENTRE EL GÉNERO Y LA DISCAPACIDAD

empresa demandada en los dos periódicos de mayor circulación del país. También se ordena dar vista al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación para verificar que las autoridades de la empresa cumplan dicha medida, con miras a que tenga un efecto real en sus políticas de contratación.

VII. DECISIÓN

81. Es procedente y fundado el juicio promovido por Paola García, al haber existido un acto discriminatorio en su contra por parte de la empresa hotelera, lo que conllevó una violación a su derecho al trabajo. Se condena a la empresa demandada en los términos precisados en esta ejecutoria. De igual forma, se ordena abrir el incidente de liquidación respectivo. Dese vista de esta sentencia al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, para los efectos precisados en la misma.

Por todo lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO. Es procedente y fundada la acción intentada por la quejosa.

SEGUNDO. Se condena a la empresa demandada en los términos precisados en esta ejecutoria y se ordena abrir el incidente de liquidación respectivo. Asimismo, dese vista de esta sentencia al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, para los efectos precisados en la misma.