

# Medidas contra la discriminación: ¿leyes sin efecto?

## Alternativas legales para una mejora de la regulación vigente

Dra. Michelle Suárez Bertora

### Introducción

La lucha de las organizaciones de la sociedad civil uruguaya por la inclusión social ha tenido eco en instrumentos legales como la Ley de Lucha contra el Racismo, la Xenofobia y la Discriminación (L17817) y la Comisión Honoraria contra el Racismo, la Xenofobia y toda otra forma de Discriminación.<sup>1</sup> La Comisión reúne en un único ámbito a integrantes de distintos sectores de la sociedad y el Estado (representantes de ministerios de Educación, Interior, RR.EE., y de ANEP y ONG), y cuenta con la infraestructura y los recursos humanos necesarios (aunque escasos) para su funcionamiento.

Además la Comisión tiene la potestad jurídica de crear Comisiones Departamentales y locales que permitan la conformación de un proceso más capilar y descentralizado para abordar los problemas de discriminación en todo el país.

La Ley 17 817 define a la discriminación como : 1- Toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o ejercicio de violencia física o moral, 2-Basada en motivos de raza, color de piel, religión, origen nacional o étnico, discapacidad, aspecto estético, genero , orientación e identidad sexual, 3- Que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. Por ejemplo, cuando no se le permite a una chica trans el ingreso a un liceo se la estaría al mismo tiempo excluyendo: 1) por razones de identidad sexual y hasta de aspecto estético y 2) perjudicando su derecho a la educación en condiciones de igualdad, ya que quienes no son chicas trans pueden ingresar sin problemas a la institución.

Producida la situación de discriminación y agotada la instancia en donde se gestionó el reclamo ante la institución o persona causante de la discriminación la ley establece que el paso siguiente es presentar denuncia, en lo posible con asesoramiento letrado, ante la Comisión. Pero, ¿qué competencias posee esta Comisión? Responder esta pregunta es clave para poder evaluar sus capacidades de actuación y la eficacia real de la norma vigente. La Comisión tiene, por ley, entre sus cometidos:

1-Tareas de diagnóstico: analizar la realidad nacional en materia de discriminación, elaborar informes, recopilar y mantener actualizada la información sobre el derecho internacional y extranjero en la materia; establecer vínculos de colaboración con organismos nacionales o extranjeros, que tengan similares objetivos; celebrando en lo posible convenios con estos.

2- Elaborar una serie de estándares que permitan presumir alguna forma de discriminación, sin que ello implique un prejuicio sobre los hechos resultantes en cada caso.

3- Medidas Educativas y de difusión: proponer políticas nacionales y medidas concretas para prevenir cualquier forma de segregación, incluyendo normas de discriminación positiva, plantear al Poder Ejecutivo la creación de normas jurídicas específicas o modificación de las ya existentes en su área de competencia. Así mismo, debe difundir la información de que quienes promuevan, constituyan, organicen o dirijan asociaciones, entes, instituciones o secciones tendientes a provocar o imponer la lucha o el odio de razas serán castigados con penas de diez meses de prisión a cinco años de penitenciaría (según determinan los artículos 149 bis y 149 ter del Código Penal). La Comisión podrá diseñar e impulsar campañas educativas tendientes a

---

<sup>1</sup> Nos referiremos a ella como la Comisión.

la preservación del pluralismo social, cultural o religioso, a la eliminación de actitudes discriminatorias y el respeto a la diversidad. Y promover la realización de estudios, concursos e investigaciones relacionadas con sus competencias y discernir un premio anual a favor de la persona o institución que se haya destacado en la lucha contra la discriminación.

4- Recibir y centralizar información sobre conductas discriminatorias; llevar un registro de las mismas y formular la correspondiente denuncia judicial si eventualmente correspondiere.

5- Brindar un servicio de asesoramiento integral y gratuito para personas o grupos que se consideren discriminados, proporcionar al Ministerio Público y a los Tribunales Judiciales el asesoramiento técnico especializado que fuere requerido por estos en los asuntos referidos a la temática.

6- Informar a la opinión pública sobre actitudes y conductas discriminatorias o que pudieren manifestarse en cualquier ámbito de la vida nacional, especialmente en las áreas de educación, salud, acción social y empleo; provengan ellas de autoridades públicas o entidades o personas privadas.

Como se ve con claridad, las funciones de la Comisión son exclusivamente persuasivas y amistosas en la medida que su único instrumento susceptible de generar cierta coercibilidad es la revelación a la opinión pública de los autores de actos discriminatorios. Recurso bastante inocuo si se toma en cuenta la actuación en los últimos 5 años de la Comisión, plagada de vacilaciones y pésimos manejos estratégicos de este recurso (la censura a la campaña de comunicación del Colectivo Ovejas Negras, **Un beso es un beso**, y la falta de intervención de la Comisión es un claro ejemplo)<sup>2</sup>, así como si se toma en cuenta los posibles efectos de rápida naturalización social de incurrirse sistemáticamente en denuncias de este tipo.

La Comisión a su vez carece de potestades sancionatorias (multas) a diferencia de lo que ocurre con varias divisiones de organismos públicos como las pertenecientes al MTSS o al BPS, que están capacitados legalmente a aplicar medidas de este tipo en áreas de su competencia.

Tampoco puede realizar conciliaciones administrativas como las que realiza el MTSS cuando existen casos de conflictos individuales de trabajo, ni cuenta a su vez con vías judiciales expeditivas y adaptadas al objeto de controversia. Todas estas limitaciones vuelven a la Comisión una herramienta jurídica y social inoperante y de muy baja eficacia social y jurídica.

### **Hacia un sistema eficiente: propuestas y aportes legales**

En la última década el Parlamento uruguayo sancionó normas que incluyeron mecanismos de gran efectividad para resolver problemas similares, los que con adaptaciones son perfectamente trasladables al área de la discriminación. También en este trabajo se mencionarán en forma breve otros instrumentos jurídicos como los conciliatorios y sancionatorios, sobre los cuales no es necesario profundizar en la medida que su aplicación ya es casi tradicional en nuestro medio.

Un primer antecedente del que se pueden trasladar herramientas jurídicas para el problema de discriminación y para una reforma de la ley 17 817 son los mecanismos que establece la Ley 18561 (Acoso Sexual) ante Instituciones Públicas o Privadas. Precisamente la primera

---

<sup>2</sup> En 2009 el Colectivo Ovejas Negras realizó la campaña de bien público “Un beso es un beso”, la que fue censurada por los canales privados 4 y 10, pese a que se ofreció pagar los montos exigidos en el mercado para ponerla en el aire. La denuncia presentada por Ovejas ante la Comisión no tuvo efectos de ningún tipo, ya que la Dra. Elena Martínez, entonces directora de la Dirección de Derechos Humanos del MEC, desistió en judicializar la denuncia presentada y dejó pasar los plazos legales para presentar un recurso de amparo. La campaña se puede ver en [www.ovejasnegras.org](http://www.ovejasnegras.org)

propuesta de modificación para la ley antidiscriminación es tomada de los arts 7, 8 y 9 de la L. 18561. El acoso sexual y las situaciones de discriminación en general en Uruguay, coinciden en ser situaciones de difícil prueba. La ley 18561, consciente de este problema en el acoso sexual, estableció oficinas administrativas (Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social - IGTSS) para recibir las denuncias y se le reconoció además amplias facultades de investigación. De forma análoga podría a la estructura administrativa ya instalada de la Comisión agregarse la figura de inspectores y recursos para funciones específicas en la temática.

Entre las tareas específicas de los inspectores tiene especial relevancia la inspección en el lugar de trabajo y las entrevistas realizadas en el lugar que se crea más conveniente, para interrogar al denunciante, denunciado y testigos y recoger todas las pruebas que resulten pertinentes. El número de testigos a presentar por cada una de las partes no puede superar las cinco personas. Cuando la inspección procede a interrogar personas que por su vinculación con los implicados puedan tener un conocimiento directo de los hechos denunciados, lo hace individualmente, en forma reservada, sin presencia de representantes de la persona denunciada ni de los denunciantes y sin identificar en el expediente los datos de los deponentes. Sus datos son relevados en documentos que no integran el expediente y permanecen a resguardo de la IGTSS por el plazo de cinco años, para el caso que sean solicitados por la sede judicial. En caso que la inspección se lleve a cabo en un organismo estatal o empresa que no disponga las condiciones indicadas para el interrogatorio y se decida interrogar a las personas vinculadas con los hechos denunciados fuera del local de la empresa, el tiempo que insuma el traslado al mismo y el interrogatorio será considerado tiempo trabajado, debiendo considerarse en todo caso las necesidades que se acrediten del ciclo productivo.

Las audiencias que convoque la IGTSS son obligatorias para los citados siendo pasible de sanciones la omisión no justificada. Las conclusiones de la investigación son notificadas a las partes aplicándose sanciones a los jefes cuando correspondiere, en tanto responsables, tal como las consagra el artículo 293 de la Ley Nº 15.903. Además, la IGTSS puede intimar a la empresa, jefe, denunciante o denunciado a adoptar y cumplir medidas de prevención y difusión de políticas institucionales contra el acoso sexual, a fin de disminuir los riesgos a que están expuestos los/las trabajadores/as, así como de contención y protección de la integridad psico-física y dignidad del/las víctimas y de quienes participaron en la investigación. La omisión del intimado en la adopción de estas medidas también es pasible de sanciones. Todo este mecanismo sancionatorio administrativo, de obligatoriedad de medidas formativas y de contención al damnificado son perfectamente aplicables y trasladables para realizar una modificación de la ley 17817.

Esta primera modificación permite resolver en forma eficaz problemas de discriminación cuando se producen en instituciones ya sean públicas o privadas, pero queda sin ofrecerse una solución para los funcionarios/as que son víctimas de actos discriminatorios que exigen una solución reparatoria de mayor profundidad. Para estos casos proponemos –con algunas adaptaciones- el procedimiento conciliatorio administrativo que en la actualidad utiliza el MTSS ante cualquier conflicto individual de trabajo.

Si las situaciones de discriminación aparecen en contextos en los cuales los denunciados son individuos donde apenas se podrá conseguir una identificación mínima o cuando el denunciante está en relación laboral de dependencia con la institución pública o privada, puede ser una buena alternativa la conciliación administrativa a desarrollarse en la dependencias de la Comisión si se le dan los medios y personal suficiente.

El procedimiento implicaría: presentar una solicitud escrita o por formulario ante la Comisión en la que debería constar: A) la identificación del solicitante, su domicilio y forma de contacto; B) la descripción de la situación agravante; C) y una breve y clara exposición de cómo se consideraría subsanada la situación:

I- Resarcimiento económico, estableciendo el monto exacto y cuando existiese relación laboral la elección por un despido indirecto y especial (de diez mensualidades) y acumulable al ordinario, además de los rubros que correspondiesen.

II-Anulación del acto discriminatorio de ser posible y la compensación de los daños (cuestión que analizaremos en otro pasaje del presente trabajo).

La Comisión al recibir las solicitudes mencionadas deberá comunicarse con quien se considere presuntamente el autor del acto discriminatorio (ya sea una persona física, jurídica, privada o pública, estatal o no estatal), notificándole en el mismo acto la fecha de presentación a la Audiencia de Conciliación a celebrarse. Esta tendrá naturaleza administrativa siendo llevada a cabo por un funcionario de la Comisión formado en técnicas de conciliación y acuerdo.

Para hacer de esta instancia una etapa seria las partes (reclamado y reclamante) serán asistidos por patrocinio letrado obligatorio y solo podrán solicitar la prórroga de la audiencia por razones fundadas y con anticipación, o caso fortuito o fuerza mayor.

El reclamante que no asistiese a la conciliación sin razón justificante solo podrá reiterar el pedido por la misma causa y contra el mismo individuo o entidad una vez más. Y si el reclamado en forma injustificada no compareciera en tiempo y forma a la citación, será sancionado con una multa equivalente al importe de 10 UR a 30 UR por cada individuo involucrado, duplicándose en caso de reincidencia. A su vez, se debería producir una presunción simple en contra del presunto autor de actos discriminatorios que no se hubiese presentado.

Labrada el acta de la audiencia, esta constituirá título ejecutivo en caso de consagrar un acuerdo monetario. Este acuerdo debería poder ser pagadero en cuotas que en caso de incumplimiento haría ejecutable la totalidad de los pagos restantes.

Esta Audiencia Conciliatoria será obligatoria y requisito de admisibilidad de la vía judicial específica que quedará expedita cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes implicadas.

Esto resuelve varios casos, pero sigue quedando pendiente qué sucede cuando la discriminación afecta el trabajo, ya sea en una actitud comitativa o por omisión y no se desea una reparación por equivalente, sino el puesto de trabajo en las condiciones debidas. Para ello podemos proponer una reforma de la ley antidiscriminatoria inspirada en los mecanismos que ya están consagrados por la Ley de Libertad Sindical (Ley 17940) que establecen la restitución del trabajo y reparación de los daños o despido especial acumulable. Según esta norma, los actos antisindicales -o sea que atentan contra la libertad sindical- son absolutamente nulos (Artículo 1) más allá de que sean por acción u omisión, situación que es totalmente aplicable a los actos discriminatorios que menoscaban, por ejemplo, la situación laboral de una persona y sus posibilidades de ascenso.

Con la inclusión de una modificación de este tipo en la ley antidiscriminatoria, se podría definir que la resolución y/u omisión discriminatoria que afecta al denunciante tenga nulidad absoluta,<sup>3</sup> lo que permitiría al tribunal competente tener la potestad de reinstalar al trabajador en su puesto de trabajo, si concluye que el despido o alteración de la condición de

---

<sup>3</sup> La nulidad relativa implica que el acto o negocio produce sus efectos hasta que se declare su nulidad, es subsanable, puede convalidarse, no puede declararse de oficio, solo puede reclamarla el sujeto legitimado expresamente, etc.

trabajo o el impedimento en el acceso al empleo constituyen un acto discriminatorio. Jorge Gamarra (2004) explica que la nulidad es una calificación realizada por el legislador, que se aplica a los actos o negocios no ajustados al modelo preestablecido por la ley, por lo que para determinar en cada caso si existe o no nulidad, es menester realizar previamente un cotejo entre el tipo legal (que fija los elementos requeridos) y el negocio concreto que las partes estipularon. Destaca el autor que *“hay nulidad cuando la confrontación revela falta de concordancia (total o parcial) entre los términos que se examinan y que la nota fisonómica de la nulidad es la imperfección o insuficiencia que puede denominarse vicio con terminología muy laxa y amplia”*.<sup>4</sup> En el tema aquí abordado consistiría en una nulidad calificada por el legislador, a partir de la definición de acto discriminatorio. Por lo tanto, la primera tarea del órgano conciliatorio en primer término y del Tribunal posteriormente -si no se solucionó en instancias precedentes- es determinar si la conducta (acción u omisión) que se atribuye al demandado, constituye un acto de discriminación tendiente a menoscabar los derechos del trabajador en relación con su empleo o en el acceso al mismo. Subsumida la conducta en el tipo legal, la consecuencia será de nulidad absoluta. Como señala Gamarra *“la declaración judicial de nulidad no es necesaria para crear la nulidad absoluta, porque el acto absolutamente nulo tiene esa calidad (de ser nulo) por la naturaleza de las cosas y no en virtud de un pronunciamiento judicial”* porque *“si la nulidad absoluta se identifica con la inexistencia, es evidente que el estado de nulidad resulta independiente de todo pronunciamiento judicial. En este doble sentido: la nulidad existe antes que la sentencia la declare, y además, la nulidad no es creada por la sentencia”*<sup>5</sup>. La declaración de nulidad obliga a restituir las cosas al estado anterior en que se hallaban, ya que el acto discriminatorio no produce efecto jurídico alguno pero sí efectos materiales (por ejemplo, el trabajador efectivamente es separado de su cargo). Como consecuencia de la nulidad absoluta el comportamiento discriminatorio se mira como no ejecutado, el tribunal debe reconstruir la situación jurídica y material que existía antes (art. 1565CC). La operación mencionada no resulta aplicable a los casos en que el acto discriminatorio está constituido por una “omisión”. En estos casos resulta claro que la nulidad, entendida como reposición de las cosas a su estado anterior, no funciona correctamente como mecanismo reparatorio. Por el contrario, la reparación perfecta consistirá, en tales situaciones, en que el Juez ordene al empleador la realización de un determinado acto o conducta activa o positiva (un hacer) que omitió desarrollar como por ejemplo, pagar un aumento salarial obligatorio o aumentar la categoría del trabajador.

Como se podrá advertir, el efecto de la reparación de una omisión es el inverso al que produce la nulidad absoluta: no solo no se debe reponer las cosas al estado anterior sino que precisamente la protección consiste en instrumentar lo contrario: modificar la situación (de omisión) pasada. Por ello, pensamos que en los casos en que el acto antisindical se configure por una omisión, no estamos en presencia de un acto nulo absolutamente sino de un acto ilícito, que es aquel que supone la violación de un deber jurídico (mandato o prohibición). Los actos ilícitos infringen normas prohibitivas o imperativas. Siguiendo a Gamarra, *“contra el acto nulo la ley reacciona desfavorablemente consagrando la ineficacia (...) Por el contrario, cuando el acto es ilícito la reacción del ordenamiento jurídico- acorde con el juicio de reprobación que suscita la ilicitud- tiene carácter netamente sancionatorio, no se trata ya de una pura negatividad, de una mera ineficacia, sino de imponer positivamente efectos contrarios a los buscados por el autor o que nada tiene que ver con estos”*<sup>6</sup>.

De todo esto se desprende que estas sentencias poseen distinta naturaleza. Se consideran declarativas aquellas que tienen por objeto la pura declaración de existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica (sin buscar la condena o producción de efectos jurídicos

---

<sup>4</sup> -Jorge, Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVI, 3º edición, FCU, Montevideo, 2004, pág. 13

nuevos), algo distinto a la simple eficacia de la cosa juzgada, que son constitutivas porque crean, modifican o extinguen un estado jurídico o de condena, ya que imponen al demandado una prestación de dar, hacer o no hacer. En función de los parámetros mencionados, parece claro que una sentencia judicial que declara la nulidad absoluta de una conducta calificada de discriminatoria ingresaría en la primera categoría ya que esta no crea la nulidad, ni crea, modifica o extingue una situación jurídica, sino que se limita a constatar el comportamiento discriminatorio y consecuentemente la nulidad absoluta. Las sentencias declarativas están previstas en el art 11.3 del CGP donde se establece que *“el interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aun cuando esté no haya sido violado o desconocido, o de una relación jurídica...”* Y cuando además se ampare la reinstalación traerá como consecuencia la obligación del empleador de pagar al trabajador/ra los jornales caídos teniendo por ello en este caso un contenido de condena también. Según el art. 3 del a Ley 17940, cuando el juez constate la violación de la libertad sindical y disponga la reinstalación del trabajador discriminado, se generará a favor de este el derecho a percibir la totalidad de los jornales que le hubiera correspondido cobrar durante el periodo que insume el proceso de reinstalación y hasta que esta se efectivice. Parecería así que con la normativa<sup>5</sup> solo se reguló la situación del trabajador despedido dejando indemnes actos antisindicales distintos a este. Por ello consideramos una mejor expresión el termino “salario”, lo que implica pagarle al trabajador todas las retribuciones que hubiera percibido de haber continuado trabajando normalmente. En dicho caso ingresaría por regla general, no solamente la retribución básica, sino también otras partidas que por imperio legal o convencional, pudieran corresponderle (prima por antigüedad, incentivos, compensaciones, etc.). Sobre el período que debe abarcar la indemnización de salarios caídos y tratando de evitar los inconvenientes interpretativos de la mencionada norma, en este trabajo se sostiene que la indemnización debe abarcar todo el período en que existe daño real, que por lo general será desde el momento del despido o comisión del acto represivo, hasta la efectiva reposición de cosas a su estado anterior.

También se puede dar la pretensión de resarcimiento por concepto de daño moral que es pacíficamente reconocida por nuestra doctrina y jurisprudencia laboral. Tal sería el caso, por ejemplo, cuando el acto discriminatorio consiste en un despido, pero este fue precedido de conductas de hostigamiento, acoso y persecución del trabajador durante un período prolongado, durante el cual se hubieran agredido su honor, prestigio, buen nombre o dignidad. Lo mismo sucedería si el despido del trabajador fuese acompañado de la divulgación de datos personales reservados, que impliquen una violación de su derecho a la intimidad o privacidad.

A nuestro entender la acción de nulidad (reinstalación) sería imprescriptible. Distinta sería en cambio la solución aplicable para la pretensión de cobro de “jornales” caídos y una eventual reclamación por daño moral. Para estos casos considero que devendría aplicable el inc.1 del art 2 de la Ley 18091, que establece que *“los créditos o prestaciones laborales prescriben a los cinco años, contados desde la fecha en que pudieron ser exigibles”*. Cabe mencionar la posibilidad de que la víctima no desea retornar a su antiguo empleo y prefiera una indemnización por despido indirecto y especial acumulable a la que ya tiene en forma común (por ejemplo 10 mensualidades).

Finalmente, restaría señalar la necesidad de una vía judicial expeditiva para canalizar todo este tipo de demandas. En ese sentido son de reciente aprobación las normas de Derecho de

---

<sup>5</sup> -Jorge, Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVI, 3º edición, FCU, Montevideo, 2004, Pag. 74

<sup>6</sup>-Jorge, Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVI, 3º edición, FCU, Montevideo, 2004, Pag. 154-155 y 169

acceso a la información Pública (Ley 18381) y la de Protección de Datos Personales y Acción de “Habeas Data” (Ley 18331) que dispusieron vías rápidas tomando como requisito de admisibilidad la realización de previas gestiones administrativas tal como proponemos en este caso y una posterior acción judicial con la estructura procesal del Amparo (regulada en la Ley 16011) cuyos plazos son extremadamente breves al igual que los tiempos para el fallo judicial y las limitaciones en etapas impugnativas o recursivas. En la capital serían competentes para este tipo de acción legal los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, cuando la acción se dirija contra una persona pública estatal y en los restantes casos los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil, con excepción de las situaciones dadas en materia laboral, en donde se debe ocupar los Juzgados Letrados de esta área. Por último, en el Interior, serán los Juzgados Letrados de Primera Instancia a los que se haya asignado competencia en la materia los encargados de procesar este tipo de demandas.

## **Bibliografía**

### Normas jurídicas

- Ley de Acoso Sexual (L. 18561)
- Ley de Prescripción de los Créditos Laborales (L 18091)
- Ley de Libertad Sindical (L 17940)
- Ley de Lucha contra el Racismo, la Xenofobia y la Discriminación (L. 17817)
- Ley de Protección de Datos Personales y Acción de “Habeas Data” (L 18331)
- Ley de Derecho de Acceso a la Información Pública (L 18381)

### Libros

- Gamarra, Jorge (2004) Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVI, 3º edición, FCU, Montevideo,
- Tarigo, Enrique (2004) Lecciones de Derecho Procesal , Tomo II Es. Abaco, 3º ed.FCU. Montevideo
- Vescovi, Enrique y otros Código General del Proceso, Tomo I, Es. Abaco.