

Cuando los individuos LGBT cuestionan decisiones relacionadas con lo laboral basadas en su orientación sexual e identidad de género, están afirmando su derecho a ser tratados como ciudadanos iguales en asuntos de empleo.

El Artículo 6 del [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) estipula que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.” Cuando los individuos LGBT cuestionan decisiones relacionadas con el empleo basadas en su orientación sexual e identidad de género, están afirmando su derecho a ser tratados como ciudadanos iguales en asuntos laborales. Por muchos años ésta era una posición controversial. En los lugares en que la conducta sexual entre personas del mismo sexo estaba penalizada, los Estados a menudo promulgaban prohibiciones legales en materia de empleo. Si bien no se habían aprobado leyes penales, términos como “depravación moral” o “comportamiento inmoral” se usaban frecuentemente para negar empleos a hombres y mujeres homosexuales y lesbianas. Algunos empleos, especialmente en la enseñanza y en las fuerzas de Policía, estaban esencialmente negados a las personas sospechosas de ser gay o lesbiana o que hubieran admitido esa orientación sexual. Los individuos transgéneros aún con frecuencia pierden sus trabajos (u ofertas laborales) cuando están en el proceso de la transición de género.

Varias preguntas son recurrentes en los casos de discriminación laboral. ¿Acaso la conducta sexual (ya sea que se considere ilegal o meramente inmoral) de un individuo es relevante para el desempeño laboral? ¿Se puede despedir a un individuo por ser gay o lesbiana? ¿Se debe separar la conducta del estatus o acaso la conducta define el estatus? ¿Los individuos transgénero están protegidos por las prohibiciones de discriminación por género? ¿Acaso, los individuos transgénero están protegidos en relación a su sexo o por haber cambiado su sexo? De manera más amplia, la privacidad y la igualdad son temas que también aparecen claramente.

En los Estados Unidos de América, las impugnaciones a la discriminación laboral fueron a veces más exitosas que las impugnaciones directas a las leyes de sodomía. En 1960, la sodomía consensuada era un crimen en cada Estado de los Estados Unidos, y “casi todos los Estados excluían a estos supuestos “criminales sexuales” para que no obtuviesen certificados de docencia, o licencias profesionales, [y] ningún Estado permitía que personas abiertamente lesbianas o gays fueran oficiales de policía o que ocuparan otros cargos públicos”.¹ En 1960, Franklin Kameny, un científico que trabajaba para el gobierno, perdió su trabajo por haber supuestamente solicitado sexo a un policía encubierto. Él presentó infructuosamente una demanda para que lo reincorporaran a su trabajo, y luego presentó una petición *por se* ante la Corte Suprema de los EE.UU. en la que argumentó que la prohibición por “conducta inmoral” era un “intento (inconstitucional) de decirle al ciudadano qué pensar y cómo creer”.² Él perdió su caso, al igual que muchos demandantes gay y lesbianas que siguieron sus pasos.

El caso *Norton vs. Macy*, decidido en 1969, marcó un hito. La Corte de Apelaciones rechazó los argumentos de la Comisión de Servicio Civil, según los cuales los encuentros sexuales después de horas laborales por parte de un empleado influenciaban su capacidad de hacer su trabajo. Aunque la Corte admitió que la

Comisión de Servicio Civil podía tildar la conducta homosexual del empleado como "inmoral" o "deshonrosa", esto en sí mismo no puso fin a la investigación. "La gama de conductas que pudieran considerarse una afrenta a las costumbres imperantes es tan amplia y variada" que solo la conducta que tenga un impacto real en la función laboral es suficiente para justificar un despido.³ Esto es lo que se conoce como un requisito del nexo. En [Morrison vs. Junta de Educación del Estado](#), los diplomas de docencia del solicitante fueron revocados por la Junta de Educación del Estado después que él admitió haber tenido una breve relación sexual con otro hombre. La Corte Suprema de California, siguiendo el caso *Norton vs. Macy*, decidió que los términos "conducta inmoral" y "depravación moral" en el código de conducta para profesores eran constitucionales solamente si se relacionaban con actos que indicaban una falta de aptitud para enseñar. Puesto que la Junta de Educación no probó que la conducta del solicitante afectaba su desempeño como profesor, éste no podía ser sometido a una acción disciplinaria.

Otros casos fueron influenciados por la decisión de 1986 de la Corte Suprema de los EE.UU, en la que decidió que la ley de sodomía del Estado de Georgia era constitucional. Si era constitucional penalizar la conducta que definía la clase de homosexuales, entonces la acción laboral discriminatoria contra los homosexuales no podía prohibirse por motivos constitucionales. Estos casos combinan estatus y conducta. En [Padula vs. Webster](#), por ejemplo, la demandante impugnó una decisión del FBI (Oficina Federal de Investigación) de no contratarla después que ella reveló que era lesbiana. Ella argumentó que su orientación sexual debería considerarse como una clasificación sospechosa o cuasi sospechosa, de tal manera que cualquier diferencia en el tratamiento era implicaba inherentemente ser considerada como sospechosa y sujeta a un estricto escrutinio judicial. El Circuito de D.C. no estuvo de acuerdo. vista la luz del caso *Bowers vs. Hardwick*, la Corte consideró que "un estatus definido por una conducta que los Estados pueden penalizar constitucionalmente" no puede ser una clase sospechosa bajo la cláusula de igual protección. Discriminar a un individuo en base a su orientación sexual entre personas del mismo sexo no podría considerarse "discriminación maliciosa" porque "difícilmente podría haber una discriminación más palpable contra una clase, que criminalizar la conducta que define a esa clase". En otras palabras, la decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. de defender la ley de sodomía de Georgia significaba que los homosexuales, como clase, podrían ser discriminados, independientemente de si practicaban o no el sexo penalizado.

En la India, la Sección 377 del Código Penal prohíbe la conducta sexual consensuada entre personas del mismo sexo. En julio de 2009, la Corte Superior de Delhi consideró que la Sección 377 era inconstitucional . Pero esa decisión estaba pendiente de que se resolviera un recurso interpuesto ante la Corte Suprema, cuando se decidió el caso [Siras v. Aligarh Muslim University](#) (Ver [Fundación Naz](#) in Capítulo 1). En [Siras](#), el demandante era un profesor universitario que había sido expulsado de su vivienda en el campus universitario y suspendido de su trabajo docente después de que fue filmado subrepticamente en sus casa mientras tenía relaciones sexuales con una pareja masculina. El cargo en su contra fue que él había participado en una "actividad sexual inmoral que va en contra de la ética moral básica". La Corte Superior en Allahabad explícitamente se negó a considerar este cargo (o su relevancia en el caso de la [Fundación Naz](#)), excepto para indicar que el demandante no había sido acusado ni condenado por ningún delito: el asunto era depravación moral con relación

a su empleo, y aquí la Corte sostuvo que la preferencia sexual del demandante no equivalía a la mala conducta y que su derecho a la privacidad había sido violado. Como medida interina, ordenó la suspensión de la orden por medio de la cual él fue suspendido y sacado de su vivienda universitaria.

Los otros casos en este capítulo son de jurisdicciones que no penalizaban la actividad sexual. La [Sentencia C-481/98](#), emitida por la Corte Constitucional de Colombia en 1998, es un caso de discriminación laboral, que ilustra tanto los argumentos de igualdad como los de libertad y autonomía. Estaba relacionado con la constitucionalidad del Decreto 2277 de 1979, que estipulaba que la homosexualidad era motivo de despido de la profesión docente. La Corte consideró que la orientación sexual de un individuo podía ser innata o un asunto de elección personal. En el primer caso, era semejante al sexo, un motivo protegido de discriminación por el Artículo 13 de la Constitución. En el segundo caso, era un asunto de autonomía, protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, bajo el Artículo 16. Las diferencias en el trato basados en la orientación sexual, como una característica innata o biológica, estaban sujetas a la más estricta revisión judicial, y solo podrían justificarse al demostrar que la diferencia en el trato era el único medio disponible para satisfacer un interés público imperativo. Cuando la orientación sexual se consideraba un asunto de elección personal, también estaba protegida, pues los derechos a la privacidad y al libre desarrollo de la personalidad garantizaban la autodeterminación individual, siempre que ello no interfiera con los derechos de otros o con el ordenamiento legal. La Corte señaló igualmente que debía observar lo establecido por el Comité de Derechos Humanos en su decisión sobre el caso [Toonen vs. Australia](#), la cual había incluido la orientación sexual dentro de "sexo", bajo los Artículos 2 y 26 del PIDCP.⁴

En el caso el caso de [P vs. Institución Estatal de Salud](#), la Corte de Distrito de St. Petersburgo (Federación de Rusia) volvió sobre la condición médica de la homosexualidad. Debido a que ya no se clasificaba como un desorden mental por parte del Ministerio de Salud o de la Organización Mundial de la Salud al momento del examen médico del solicitante para ser empleado en el ferrocarril en 2003, la Corte declaró que un diagnóstico anterior de "psicopatía perversa" no era relevante y que una decisión por parte de la Clínica del Ferrocarril de descalificar al solicitante era, por lo tanto, ilegal.

En el caso [Schroer vs. Billington](#), se examinó una oferta laboral hecha a un especialista en investigación contra el terrorismo, la cual le fue retirada cuando él informó a su empleador potencial que iba a hacer la transición de hombre a mujer. El empleador indicó que el demandante podría no ser capaz de obtener una autorización de seguridad, y que una mujer transgénero no tendría suficiente credibilidad con contactos militares o al testificar ante el Congreso. La Corte Federal del Distrito de Washington, D.C. rechazó ambos argumentos, al considerar que "dar valor a los prejuicios reales o supuestos de los demás es discriminación". La Corte Sostuvo que Schroer había sido sujeto de discriminación tanto por el estereotipo sexual (ella ya no tenía una apariencia masculina) y por su sexo en sí, puesto que la discriminación basada en la identidad de género es una forma de discriminación sexual. Aquí la Corte hizo una analogía entre cambiar de sexo y cambiar de religión. Si la discriminación contra los conversos religiosos era discriminación por motivos de religión, entonces la negativa "de contratar a Schroer después de haber sido informado que ella planificaba

cambiar su sexo anatómico mediante una cirugía de cambio de sexo era *literalmente* 'discriminación por [...] sexo'".

[Schroer vs. Billington](#) es significativo por dos razones. En otros casos anteriores en los EE.UU. se habían rechazado las quejas de discriminación basada en la identidad de género.⁵ En *Price Waterhouse vs. Hopkins*, no obstante, la Corte Suprema de los EE.UU. había dictaminado que la ley de igualdad laboral abarcaba la discriminación en base a estereotipos de género. Aunque *Price Waterhouse* estaba referido al caso de una mujer cuya apariencia y forma de vestir no eran vistos como el estereotipo femenino, su razonamiento se ha aplicado a casos de discriminación laboral frente a individuos transgéneros.⁶ Desde el caso *Price Waterhouse*, los tribunales han establecido que las diferencias de trato, que se basan en apariencias y comportamientos no conformes con el género, caen en el ámbito prohibido de la discriminación basada en el sexo. Según la explicación de una corte:

"La discriminación contra un demandante que es transexual – y por lo tanto no actúa y/o se identifica con su género – no es distinto de la discriminación dirigida contra Ann Hopkins en *Price Waterhouse*, quien, en términos de estereotipo sexual, no actúa como mujer. Los estereotipos sexuales basado en el comportamiento no conforme con el género de una persona constituyen una discriminación inadmisibles, independientemente de la causa de dicho comportamiento; una etiqueta, como "transexual", no es fatal para un reclamo de discriminación sexual en que la víctima ha sufrido discriminación debido a su comportamiento no conforme con el género.⁷

No obstante, los tribunales no protegen a los individuos transgénero como clase. Por el contrario, sus reclamos fueron presentados en términos de inconformidad de género (que corresponden a la demanda de los estereotipos sexuales de *Price Waterhouse*). En [Schroer](#), por primera vez una corte reconoció, no solo un reclamo sobre estereotipos sexuales sino un reclamo basado en la transición de un sexo a otro.⁸

Por el contrario, en el caso de 1996 *P vs. S y Condado de Cornwall*, se adoptó un enfoque contrastante, en el cual la Corte Europea de Justicia (CEJ) concluyó también que la discriminación contra un empleado transgénero constituía discriminación sexual, prohibida bajo la *Directiva sobre igualdad de trato de la UE*.⁹ La *Directiva sobre igualdad de trato* prohibía el tratamiento diferencial basado en el sexo, y el cuestión planteada ante la CEJ era si una diferencia en el trato basada en el cambio de género constituía una diferencia en el trato basada en el sexo. De acuerdo con la Corte, el ámbito de la Directiva no podría "confinarse simplemente a discriminación basada en el hecho que una persona sea de un sexo u otro". También se aplicaba a la gente que opta por cambiar de género.

Dicha discriminación se basa, esencialmente, si no de manera exclusiva, en el sexo de la persona concernida. Cuando una persona es discriminada en razón de que él o ella tiene la intención de someterse, o se ha sometido, al cambio de sexo, él o ella recibe un trato desfavorable en comparación con las personas del sexo al cual se consideraba que él o ella pertenecía antes de realizarse el cambio de sexo.¹⁰

Para la CEJ, la cuestión no radica en la inconformidad de género, sino que implica una comparación entre el trato dado a un individuo antes y después del cambio de sexo. Debido a la jurisprudencia la CEJ en esta materia, los individuos transgénero están

protegidos contra la discriminación laboral al amparo de las prohibiciones contra la discriminación por sexo. Adicionalmente, la *Directiva sobre igualdad de género del 2006* incluye una referencia específica sobre discriminación basada en el cambio de sexo.¹¹

En Europa, las prohibiciones explícitas se aplican ahora a la discriminación laboral basada en la orientación sexual y en la identidad de género. La *Directiva del Consejo de la UE 2000/78/CE* estableció un marco general de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que requiere que los Estados Miembros adopten legislación para prohibir discriminación directa e indirecta basada en la orientación sexual, tanto en el sector público como en el privado.¹² Pese a que algunos Estados habían promulgado legislación prohibiendo la discriminación laboral basada en la orientación sexual antes de la Directiva, pocos casos judiciales significativos han impugnado las decisiones laborales.¹³

Para los miembros del Consejo de Europa, el Artículo 14 del [Convenio Europeo sobre Derechos Humanos](#) prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género en relación con los derechos y libertades garantizados por el Convenio. En los casos de [Lustig-Prean y Beckett vs. Reino Unido](#) y [Smith y Grady vs. Reino Unido](#) (ambos de 1999), el Tribunal Europeo revirtió una prohibición sobre la presencia de homosexuales en las fuerzas armadas, toda vez que la prohibición violaba el derecho al respeto de la vida privada (ver Capítulo Cinco). Sin embargo, puesto que el Convenio es vinculante para los Estados Miembros, se aplica solamente a la legislación y a empleadores públicos. En el 2010 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la *Recomendación CM/Rec (2010)5*, que estipula, en parte, que los Estados Miembros deberían “garantizar el establecimiento y la aplicación de medidas adecuadas que brinden protección contra la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en el empleo y la ocupación, tanto en los sectores público como privado”.¹⁴

¹ William N. Eskridge, Jr., ‘Sexual and Gender Variation in American Public Law: From Malignant to Benign to Productive’ (‘Variación Sexual y de Género en la Ley Pública Americana: De Maligno a Productivo’) (2010), 57 publicación UCLA Law Review 1333 at n. 43.

² Este recuento es tomado de William N. Eskridge, ‘January 1961: The Birth of Gay legal Equality Arguments’ (‘Enero 1961: Nacimiento de los argumentos de igualdad legal Gay’) (2001), 58 New York University Encuesta Anual de Ley Americana 39, 40.

³ *Norton vs. Macy*, 417 F.2d 1161, 1165-66, Corte de Apelaciones del Circuito de D.C., EE.UU. (1 de julio, 1969).

⁴ La Corte Constitucional de Colombia había manifestado antes que el Artículo 93 de la Constitución hace obligatoria la doctrina de los Órganos de tratados de las Naciones Unidas a nivel interno. Ver Sentencia C-408/96, 4 de septiembre de 1996, párrafo 24. Para una explicación completa de la jurisprudencia colombiana en relación a asuntos de orientación sexual, ver Esteban Restrepo-Saldarriaga, *Desarrollo de las normas de derechos humanos relacionadas con la sexualidad y la salud sexual en América Latina y el Caribe*, (Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP), Documento de trabajo, 2011) disponible en http://www.ichrp.org/files/papers/183/140_Restrepo_LAC_2011.pdf.

⁵ Ver *Ulane vs. Eastern Airlines*, Corte de Apelaciones del 7mo Circuito, EE.UU., 1984 (sostiene que la discriminación basada en la identidad de género no está protegida por el estatuto de igualdad laboral).

⁶ *Smith vs. Ciudad de Salem*, Corte de Apelaciones del 6to Circuito, EE.UU., 2004 (dictaminó que el despido de un bombero durante una transición de género constituyó discriminación sexual, en base a que el comportamiento y apariencia del bombero no se adherían a las normas esperadas); *Kastl vs. Maricopa County Community College*, Corte de Apelaciones del 9no Circuito, EE.UU., 2009 (dictaminó que era ilegal discriminar contra una persona transgénero porque él o ella no se comporta de acuerdo a las expectativas de género para hombres y mujeres de su empleador); *Glenn vs. Brumb*, Corte de Distrito de los EE.UU. para el Distrito del Norte de Georgia, 2 de julio, 2010 (en el cual un empleado transgénero estableció un caso *aprima facie* de discriminación en base al género).

⁷ *Smith vs. Ciudad de Salem* en 573, 575.

⁸ Ver Elizabeth M. Glazer & Zachary A. Kramer, 'Transitional Discrimination' ('Discriminación Transicional') (Primavera 2009), 18 Temple Derechos Políticos y Civiles, Law Review 651, 653.

⁹ *Directiva 76/207/CEE del Consejo*, de 9 de febrero de 1976, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*.

¹⁰ Corte Europea de Justicia, *P vs. S y Condado de Cornwall*, Caso C-13/94, de 30 de abril de 1996, párrafos 20-21.

¹¹ *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2006/54/CE* de 5 de julio, de 2006, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*, párrafo 3. Ver también: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Homofobia, transfobia y discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género en los países miembros de la Unión Europea: análisis legal comparativo* (2010 actualización), en 21.

¹² *Directiva del Consejo 2000/78/EC* de 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, Artículo 1.

¹³ Kees Waaldijk, "Análisis Comparativo" en *La lucha contra la orientación sexual en lo relativo a legislación laboral en quince estados miembros de la UE* (Informe del Grupo Europeo de Expertos sobre la lucha contra la discriminación por orientación sexual, 2004).

¹⁴ *Recomendación CM/Rec (2010)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, de 31 de marzo de 2010, párrafo 29.