4 de junio de 2021

REF.: Caso Nº 13.505
Crissthian Manuel Olivera Fuentes
Perú

Señor Secretario:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en nombre de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de someter a la jurisdicción de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Caso No. 13.505 – Crissthian Manuel Olivera Fuentes, respecto de la República de Perú (en adelante "el Estado", "el Estado peruano" o "Perú"), relacionado con la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos de Crissthian Manuel Olivera Fuentes a la igualdad y no discriminación, vida privada, garantías judiciales y protección judicial, como consecuencia de actos de discriminación basados en la expresión de su orientación sexual.

El 11 de agosto de 2004 el señor Olivera y su pareja del mismo sexo fueron amonestados por personal de la cafetería Dulces y Salados del Supermercado Santa Isabel de San Miguel, por desplegar públicamente conductas de afecto. Según un informe del centro comercial, se le pidió a la víctima que cesara sus conductas afectivas dado que un cliente se había quejado de que dos personas masculinas "estaban cometiendo actos de homosexualidad" pues se besaban y se acariciaban, lo cual le incomodó por encontrarse con sus hijos menores de edad. El 17 de agosto de 2004 el señor Olivera acudió a otro centro comercial de la misma empresa, en compañía de una pareja heterosexual, quienes desplegaron conductas afectivas. Sin embargo, solamente la víctima y su pareja fueron amonestadas por expresar dichas conductas. El 1 de octubre de 2004 el señor Olivera presentó una denuncia por discriminación ante el INDECOPI, la cual fue rechazada, obteniendo una última decisión desfavorable en sede de casación el 11 de abril de 2011.

En su Informe de Fondo la Comisión analizó, en primer lugar, si el señor Olivera fue objeto de una injerencia en su vida privada y de una diferencia de trato basada en su orientación sexual, y si las mismas tuvieron una base razonable. En segundo lugar, analizó si el Estado garantizó el derecho a la tutela judicial efectiva frente a los alegatos de discriminación formulados en sede interna. Dado que los hechos se refieren a las actuaciones de una entidad privada, para determinar la responsabilidad del Estado la Comisión analizó la efectividad de su respuesta frente a los recursos promovidos por la víctima.

Con base en la prueba disponible, la Comisión concluyó que el señor Olivera fue objeto de una interferencia en su vida privada y de una distinción de trato basada en las expresiones de su orientación sexual. A los efectos de determinar si dicha diferencia de trato resultó convencional, la Comisión aplicó un juicio escalonado de proporcionalidad que incluye los siguientes elementos: i) la existencia de un fin legítimo; ii) la idoneidad, es decir, la determinación de si existe una relación lógica de causalidad de medio a fin entre la distinción y el fin que se persigue; (iii) la necesidad, esto es, la determinación de si existen alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas; y (iv) la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el balance de los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro.

Señor
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José, Costa Rica

En cuanto al fin legítimo de la interferencia o diferencia de trato, la Comisión consideró que garantizar "la tranquilidad de [los] clientes" no es un fin imperioso como debe corresponder a un caso de esta naturaleza en el que es indispensable justificar con razones de mucho peso la limitación a un derecho. Por otra parte, destacó que, al examinar el requisito de idoneidad, la Corte Interamericana ha rechazado alegatos genéricos en los que se hace referencia al fin de garantizar el interés superior del niño sin demostrar por qué una distinción de trato basada en la orientación sexual contribuye a tal fin. Por tal motivo, la Comisión señaló que el fin invocado de garantizar la tranquilidad de un cliente que se encontraba en presencia de sus hijos, quien se sintió perturbado por la conducta afectiva de la víctima y su pareja, no es legítimo conforme a los estándares interamericanos.

En vista de dichas determinaciones, la Comisión concluyó que la amonestación como resultado de las manifestaciones de afecto de la víctima, sin tener una base ni justificaciones legítimas, se tradujo en una afectación a los derechos a la privacidad, así como al principio de igualdad y no discriminación del señor Olivera.

En relación con la respuesta estatal a los recursos interpuestos por la víctima, la Comisión observó que la razón principal de la denegatoria de los recursos fue la falta de elementos probatorios suficientes que corroboraran el trato desigual alegado. La CIDH estimó que los órganos administrativos y judiciales internos impusieron una carga argumentativa y probatoria excesiva a la víctima, pese a que la misma entidad demandada reconoció la diferencia de trato. La Comisión consideró que los elementos probatorios e indicios disponibles eran suficientes para acreditar *prima facie* la existencia de una interferencia o trato desigual, por lo que correspondía trasladar la carga de la argumentación al demandado para demostrar que su intervención el 11 de agosto de 2004 no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.

La CIDH notó que los órganos internos impusieron a la víctima la carga de demostrar la distinción de trato y su carácter discriminatorio con un estándar probatorio inadecuado para este tipo de casos. La Comisión consideró que el alto estándar probatorio impuesto por los órganos jurisdiccionales internos, ante la presencia de toda la prueba e indicios existentes, hizo nugatorio el derecho a la tutela judicial efectiva a la que tenía derecho la víctima. Asimismo, señaló que la falta de un análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la interferencia y distinción de trato convalidó la violación al derecho a la privacidad y al principio de igualdad y no discriminación.

Por otra parte, la Comisión concluyó que el Estado vulneró la garantía del plazo razonable debido al tiempo en que demoró cada autoridad en resolver los recursos interpuestos, sin que el Estado haya proporcionado razones que justifiquen los lapsos transcurridos para la decisión de cada recurso.

En virtud de dichas consideraciones, la Comisión concluyó que el Estado peruano es responsable por la violación del principio de igualdad y no discriminación, vida privada, garantías judiciales y protección judicial previstos en los artículos 24, 11, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1, en perjuicio de Crissthian Manuel Olivera Fuentes.

El Estado de Perú ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 12 de julio de 1978 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981.

La Comisión ha designado al Comisionado Edgar Stuardo Ralón Orellana como su delegado. Asimismo, Marisol Blanchard Vera, Secretaria Ejecutiva Adjunta, Jorge Humberto Meza Flores y Christian González Chacón, especialistas de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, actuarán como asesora y asesores legales.

De conformidad con el artículo 35 del Reglamento de la Corte Interamericana, la Comisión adjunta copia del Informe de Fondo No. 304/20 elaborado en observancia del artículo 50 de la Convención, así como copia de la totalidad del expediente ante la Comisión Interamericana (Apéndice I) y los anexos utilizados en la elaboración del informe 304/20 (Anexos).

Dicho Informe de Fondo fue notificado al Estado el 4 de diciembre de 2020, otorgándole un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. Tras el otorgamiento por parte de la CIDH de una prórroga, el 23 de mayo de 2021 el Estado solicitó una segunda prórroga. Al momento de evaluar dicha solicitud, la Comisión observó que, a seis meses de notificado el Informe de Fondo, no hubo ningún avance concreto en el cumplimiento de las recomendaciones, el Estado no manifestó su posición sobre las conclusiones y recomendaciones del informe ni contactó a la víctima o a sus representantes. En virtud de ello, y teniendo en cuenta la posición expresada por la parte peticionaria, así como la necesidad de justicia y reparación para la víctima, la Comisión decidió enviar el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana.

En ese sentido, la Comisión solicita a la Honorable Corte que concluya y declare que el Estado de Perú es responsable por la violación del principio de igualdad y no discriminación, vida privada, garantías judiciales y protección judicial previstos en los artículos 24, 11, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1, en perjuicio de Crissthian Manuel Olivera Fuentes.

En consecuencia, la Comisión solicita a la Corte Interamericana que establezca las siguientes medidas de reparación:

1. Reparar integralmente las violaciones a los derechos humanos declaradas en el informe, incluyendo el pago de una indemnización por concepto de daños materiales e inmateriales. En particular, adoptar el pago de una indemnización por la falta de tutela judicial efectiva respecto de la discriminación basada en orientación sexual que sufrió la víctima del caso, así como la demora excesiva del proceso promovido.

2. Adoptar las medidas orientadas a evitar la repetición de los hechos del presente caso. En particular:

   i. Elaborar e implementar una política pública para promover en la sociedad el respeto a los derechos de las personas LGBTI y su aceptación social, especialmente a través de la educación y de la cultura general, a través de la elaboración e implementación de campañas informativas de sensibilización y concientización en los medios de comunicación públicos y privados sobre orientación sexual, identidad de género, expresión de género, diversidad corporal y enfoque de género, promoviendo la igualdad y no discriminación, el respeto, la aceptación e inclusión social integral de las personas LGBTI;

   ii. Crear o fortalecer mecanismos de entrenamientos especializados para todos los operadores de justicia (incluyendo jueces, juezas, fiscales, defensores públicos, funcionarios y funcionarias de tribunales), y fuerzas de seguridad del Estado sobre igualdad y no discriminación, perspectiva de género y derechos humanos de las personas LGBTI. Particularmente, los operadores de justicia deben contar con lineamientos que les permitan asegurar que las reglas de argumentación y carga de prueba sean compatibles con los estándares interamericanos sobre la materia y no impongan una carga excesiva a los sujetos que alegan discriminación.

   iii. Adoptar medidas que exijan, promuevan y orienten a las empresas a realizar la debida diligencia en materia de derechos humanos dentro de sus procesos u operaciones relacionadas con la protección al consumidor respecto a la igualdad y no discriminación de personas LGBTI de conformidad con los estándares interamericanos sobre la materia. Tales medidas deben incluir actividades de capacitación, y el desarrollo de indicadores que permitan al Estado verificar el cumplimiento de las anteriores medidas por parte de las empresas. Entre tales

medidas, el Estado deberá requerir a las empresas, incluyendo a la empresa Supermercados Peruanos S.A., que hagan visible en sus instalaciones abiertas al público un mensaje que promueva el respeto del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI en sus operaciones relacionadas con la protección al consumidor en coordinación con la víctima y sus representantes del presente caso.

iv. Adoptar las medidas necesarias para impulsar la ratificación de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.

Además de la necesidad de obtención de justicia y reparación por la falta de cumplimiento de la recomendación del Informe de Fondo, la Comisión considera que el caso presenta cuestiones de orden público interamericano. El presente caso permitirá a la Honorable Corte profundizar su jurisprudencia en materia de discriminación por orientación sexual, en particular, en casos de discriminación por expresión de la orientación sexual en el ámbito privado empresarial. Asimismo, el caso permitirá al Tribunal continuar desarrollando los estándares relativos a la tutela judicial efectiva en este tipo de casos.

En virtud de que estas cuestiones afectan de manera relevante el orden público interamericano, de conformidad con el artículo 35.1 f) del Reglamento de la Corte Interamericana, la Comisión se permite ofrecer la siguiente declaración pericial:

Perito/a cuyo nombre será informado a la brevedad, quien declarará sobre los estándares relativos a las obligaciones internacionales respecto a la prohibición de la discriminación con base en la orientación sexual en el ámbito privado empresarial. Asimismo, declarará sobre los estándares internacionales aplicables en materia de respuesta estatal ante los recursos interpuestos en este tipo de casos. En la medida de lo pertinente, el/la perito/a se referirá a otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos y al derecho comparado. Para ejemplificar el desarrollo de su peritaje, el/la perito/a podrá referirse a los hechos del caso.

El CV del/a perito/a propuesto/a será incluido en los anexos al Informe de Fondo No. 304/20.

La Comisión pone en conocimiento de la Honorable Corte la siguiente información de quienes actúan como parte peticionaria en el trámite ante la CIDH conforme a la información más reciente:

Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer
[redacted]

Stefano Fabeni - Synergia
[redacted]

Aprovecho la oportunidad para saludar a usted muy atentamente,

[redacted]

Marisol Blanchard Vera
Secretaria Ejecutiva Adjunta

Anexo

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

OEA/Ser.L/V/II

Doc. 321

Octubre 29, 2020

Original: español

INFORME No. 304/20
CASO 13.505

INFORME DE FONDO

CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES
PERU

Aprobado por la Comisión en su sesión No. 2190 celebrada el 29 de octubre de 2020.

Citar como: CIDH, Informe No. 304/20, Caso 13.505. Fondo. Crisstthian Manuel Olivera Fuentes. 29 de octubre de 2020.

Organización de los Estados Americanos

I. INTRODUCCIÓN 2

II. POSICIONES DE LAS PARTES 2
A. Parte peticionaria 2
B. Estado 3

III. DETERMINACIONES DE HECHO 4
A. Denuncia ante el INDECOPI 4
B. Recurso de apelación 7
C. Recurso de nulidad 9
D. Recurso de apelación 9
E. Recurso de casación 10

IV. ANÁLISIS DE DERECHO 10
A. Cuestión previa 10
B. Garantías judiciales y protección judicial en relación con el derecho de igualdad ante la ley y el derecho a la vida privada (artículos 8, 11 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento) 11
1. Estándares generales sobre igualdad y no discriminación y vida privada 11
2. Estándares relacionados con el derecho a la protección judicial 15
3. Análisis del presente caso 16

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 21

I. INTRODUCCIÓN

1. El 29 de noviembre de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana", la "Comisión" o la CIDH") recibió una petición de la organización Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS)[1](en adelante "la parte peticionaria") en la cual se alega la responsabilidad internacional de la República del Perú (en adelante "el Estado peruano", "el Estado" o "Perú") por la violación de varios derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") como consecuencia de supuestos actos de discriminación por la expresión de la orientación sexual a los que se habría visto expuesta la presunta víctima, Crissthian Manuel Olivera Fuentes.

2. La Comisión aprobó el informe de admisibilidad No. 172/17 el 28 de diciembre de 2017[2]. El 19 de julio de 2010 la Comisión notificó dicho informe a las partes y se puso a su disposición a fin de llegar a una solución amistosa, sin que se dieran las condiciones para iniciar dicho procedimiento. Las partes contaron con los plazos reglamentarios para presentar sus observaciones adicionales sobre el fondo. Toda la información recibida fue debidamente trasladada entre las partes.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

A. Parte peticionaria

3. La parte peticionaria refiere que el 11 de agosto de 2004 Crissthian Manuel Olivera Fuentes, quien se identifica como hombre gay, y otro hombre con quien al momento de los hechos compartía una relación afectiva se encontraban en una cafetería ubicada en el Supermercado Santa Isabel, propiedad de la empresa Supermercados Peruanos S.A., en la ciudad de Lima, leyendo poemas en actitud romántica, sin realizar contacto físico. Indica que personal de seguridad del supermercado les solicitó que cesaran sus expresiones afectivas, pues un cliente que se encontraba con su hija menor de edad se había quejado de sus escenas amorosas. Manifiesta que, posteriormente, se acercó la supervisora del local con cuatro agentes de seguridad, para reiterarles que debían modificar su conducta, pues sus muestras de afecto podían afectar a los niños que se encontraban jugando. Indica que la supervisora les indicó que debían retirarse en caso no fueran a consumir algún producto, pero si compraban en la cafetería, debían abstenerse de su conducta afectiva, a fin de no incomodar a los demás consumidores, o sino debian retirarse del establecimiento.

4. Agrega que el 17 de agosto de 2004 acudió, como parte de un reportaje de televisión al Supermercado Santa Isabel, otro supermercado de la misma compañía, junto con un periodista y su enamorada, y realizaron deliberadamente conductas afectivas con el fin de demostrar el trato diferenciado otorgado a las personas con orientación sexual diversa. Refiere el peticionario que fue amonestado y expulsado del lugar, a diferencia de lo ocurrido en esa oportunidad con el periodista y su pareja. Indica que dicho reportaje fue transmitido por televisión el 22 de agosto de 2004.

5. Sostiene que el 1 de octubre de 2004 la presunta víctima presentó una denuncia por discriminación por orientación sexual contra Supermercados Peruanos S.A. ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante "INDECOPI"), sin embargo, el 31 de agosto de 2005 la denuncia fue declarada sin lugar por la Comisión de Protección al Consumidor argumentando que la presunta víctima no acreditó el trato discriminatorio y que el interés superior del niño facultaba a las empresas para solicitar a toda pareja el cese de sus manifestaciones e intercambios afectivos.

[1] Mediante comunicación de 26 de marzo de 2014, se informó que Heartland Alliance for Human Needs & Human Rights y Asociación Líderes en Acción serían co-peticionarios. Por su parte mediante comunicación de 21 de febrero de 2018 se informó que en adelante dejaría de actuar como co-peticionaria Heartland Alliance, y se incorporaría Synergia-Iniciativas por los Derechos Humanos.
[2] CIDH. Informe No. 172/17. Petición 1718-11. Admisibilidad. Crissthian Manuel Olivera Fuentes. Perú. 28 de diciembre de 2017. En dicha decisión la Comisión declaró la petición admisible en relación con los artículos 8, 11, 13, 24 y 25 de la Convención Americana en concordancia con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

6. Refiere que contra dicha sentencia la presunta víctima interpuso un recurso de apelación y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, mediante resolución de 17 de mayo de 2006 confirmó la decisión anterior, argumentando que la presunta víctima no había presentado medio probatorio sobre los hechos ocurridos el 11 de agosto de 2004.

7. Agrega que, contra dicha resolución, el 13 de septiembre de 2006 la presunta víctima solicitó la nulidad parcial, ante la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, la que el 10 de junio de 2008 declaró infundada la solicitud, argumentando que las pruebas aportadas no eran suficientes por constituir prueba realizada por el propio recurrente y que el video del reportaje era posterior a los hechos cuestionados. Indica que contra dicha sentencia interpuso apelación, sin embargo el 14 de junio de 2010 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia de primera instancia, argumentando que la carga de la prueba yace en quien alega discriminación y que ante ausencia de prueba suficiente debe prevalecer la presunción de inocencia de Supermercados Peruanos S.A. Finalmente, refiere que interpuso un recurso de casación y que el 11 de abril de 2011 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente el recurso, indicando que no era la instancia competente para realizar actos de nueva valoración de la prueba.

8. En cuanto al derecho, argumenta la violación del **principio de igualdad**. Refiere que cuando las autoridades jurisdiccionales rechazaron la denuncia presentada por la presunta víctima vulneraron dicho principio tomando en cuenta la carga de la prueba exigida, la cual consideran que debe invertirse cuando una persona presenta indicios de un trato diferenciado. Añade que las decisiones se basaron en estereotipos relacionados con la expresión de género y la orientación homosexual.

9. Igualmente, alega la violación del **derecho a la vida privada** y a la **libertad de pensamiento y de expresión** porque al utilizar de manera arbitraria argumentos relacionados con la moral pública y el interés superior del niño para justificar el trato discriminatorio sufrido por la presunta víctima, el Estado afectó el libre desarrollo de su personalidad y la expresión pública de un discurso especialmente protegido.

10. Asimismo, sostiene la violación de las **garantías judiciales y protección judicial**. Al respecto refiere que la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo en su decisión empleó como uno de sus argumentos para motivar su sentencia, el interés superior del niño, a pesar de que ya había sido descartado en sede administrativa, por lo que actuó en contra de la prohibición de la figura de *reformatio in peius* que impide que un juez de segunda instancia empeore la situación de una persona que ha recurrido una resolución de primera instancia. Añade que lo anterior también afectó el derecho de defensa de la presunta víctima porque ya no tuvo la oportunidad de controvertir si el interés superior del niño justificaba el trato diferenciado al que fue sometido. Por otra parte, sostiene que el Estado vulneró la garantía del **plazo razonable** por la duración del proceso a nivel interno el cual demoró más de 7 años pese a que le mismo no tenía una particular complejidad.

B. Estado

11. El Estado no impugna los hechos relatados por la parte peticionaria, sino considera que el caso fue resuelto a nivel interno, y el hecho de obtener decisiones desfavorables no implica una violación a un derecho convencional.

12. El Estado continúa presentando alegatos relacionados con la falta de agotamiento de los recursos internos. Solicita a la CIDH que reconsidere su Informe de Admisibilidad, ante la ausencia de explicaciones referidas al agotamiento de los recursos internos, en particular sobre las supuestas afectaciones a los derechos a la protección de la honra y de la dignidad y libertad de pensamiento y de expresión. Agrega que el INDECOPI no puede valorar afectaciones a derechos como la protección de la honra y la dignidad y el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, pues al no pertenecer a los derechos específicos reconocidos a los consumidores no podrían ser analizados en un procedimiento administrativo ante dicha entidad, pues excede las competencias reconocidas en el marco constitucional peruano.

13. En cuanto al derecho, el Estado argumenta que no vulneró ningún derecho convencional. En particular respecto del **principio de igualdad**, sostiene que no se vulneró dicho derecho y que fue la carencia de pruebas la que generó que se declarara infundada la demanda interpuesta por la presunta víctima. Agrega que lo que en realidad cuestiona la presunta víctima es la regla de la carga de la prueba y criterios de valoración aplicados. Expresa que en la denuncia ante INDECOPI la presunta víctima subrayó que se vulneraron sus derechos el 11 de agosto de 2004, sin embargo, presentó como prueba un video de 17 de agosto de 2004, por lo que no acreditó los hechos alegados. Agrega que finalmente, el argumento central para declarar infundada la demanda en la Segunda Sala fue la falta de prueba que acreditara fehacientemente el acto de discriminación y que, en cualquier caso, la Sala no efectuó una distinción en razón de la orientación sexual de las parejas que incurren en demostraciones excesivas de afecto.

14. Con respecto al **derecho a la vida privada** y a la **libertad de pensamiento y de expresión,** indica que no se vulneraron dichos derechos. Subraya al respecto que la respuesta del Estado a través de un fallo no satisfactorio para la parte peticionaria no supone que el Estado fomenta la impunidad ni los actos discriminatorios en razón de la orientación sexual, sino que como ha indicado, no se acreditaron debidamente los hechos denunciados.

15. En cuanto al derecho, el Estado argumenta que no vulneró ningún derecho convencional. En particular en cuanto a las **garantías judiciales y protección judicial** argumenta que, si bien la decisión de la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo tomó en cuenta para motivar su sentencia, el interés superior del niño, finalmente en la decisión de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia no se acogió dicho argumento, sino se evaluó si estaba acreditado el supuesto acto discriminatorio. Asimismo, con respecto al **plazo razonable** subraya que la duración del proceso obedeció a la actividad procesal de las partes.

III. DETERMINACIONES DE HECHO

A. Denuncia ante el INDECOPI

16. El 1 de octubre de 2004 la presunta víctima presentó una denuncia contra Supermercados Peruanos, Sociedad Anónima ante la Comisión de Protección del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Al respecto, alegó que:

> El día miércoles 11 de agosto, en horas de la noche la administración y el personal de seguridad de la cafetería Dulces y Salados del supermercado Santa Isabel de San Miguel (Av. La Marina 2155) discriminó a Crissthian Manuel Olivera Fuentes, miembro de la Asamblea de Asociado/as del Movimiento Homosexual de Lima (MHOL), y a su enamorado por mostrar muestras de afecto en público (sólo proximidad física y miradas románticas) Crissthian y su enamorado habían comprado productos en el primer piso del supermercado, luego se sentaron muy juntos en una de las mesas más alejadas de la vista de la sección de juegos infantiles de la cafetería del segundo nivel e iniciaron la lectura de unos poemas. No hubo besos, abrazos ni caricias, por lo tanto es falso lo señalado por el vocero de Santa Isabel en el reportaje realizado en el diario Perú 21 (…)
>
> La responsable del local, Gabriela Madrid Paredes, junto con cuatro efectivos de seguridad exigieron a Olivera y su enamorado que se abstuvieran de mostrar su afectividad porque "no estaba permitido ese tipo de comportamientos". Finalmente, ante la protesta de Olivera y su enamorado por el trato discriminatorio (las parejas heterosexuales si pueden mostrarse públicamente en dicha cafetería), se les pidió retirarse.
>
> (…) Afirmaron en todo momento que no se les estaba discriminando y que si querían continuar en el local debían hacer compras en la misma cafetería, pero dejaron en claro que aún consumiendo productos adquiridos allí, no podían continuar en la misma actitud ni con los mismos comportamientos, "deben de ser cuerdos, comprendan que se les está tratando como personas, deben sentarse separados y correctamente" dijo.
>
> En otra ocasión (martes 17 de agosto), Crissthian y su enamorado fueron discriminados de la tienda Santa Isabel de la Avenida 2 de mayo en San Isidro por personal de esa institución. En esa oportunidad ambos se encontraban conversando, mirando una revista y eventualmente besándose. Ante esta situación, una trabajadora les señaló que lo que hacían era una "falta de respeto", y luego, un representante de Santa Isabel les indicó "afuera en la calle, haz todo lo que quieras, pero acá no". Aquella vez, el representante de la tienda aceptó

que ésta era una política de Santa Isabel. Esta situación fue registrada por el programa de televisión "Reporte Semanal" de Frecuencia Latina, emitido el domingo 22 de agosto en la mañana. (…) el trato diferenciado es evidente cuando parejas heterosexuales pueden mostrar signos de cariño en su local sin ser reprimidos, mientras que parejas homosexuales no (…)[3].

17. El 20 de octubre de 2004 Supermercados Peruanos, S.A presentó su escrito de contestación a la denuncia. Alegó lo siguiente:

(…) Que, el denunciante ha manipulado la verdad sobre los hechos ocurridos el 11 y el 17 de agosto en nuestros locales de San Miguel y 2 de mayo, en tanto que, en el caso del local de San Miguel, en ningún momento se le pidió retirarse del local, ni por nuestra encargada de permanencia ni por miembros de nuestro personal de seguridad. El denunciante fue contactado por nuestra encargada de permanencia a efecto de hacerle traslado de la queja de un cliente, el cual ocupaba una mesa próxima, cercana al área de juegos, quien se encontraba acompañado de sus menores hijos, quienes presenciaron las caricias, abrazos y besos que en forma poco discreta y abiertamente explícita intercambiaban el denunciante con su compañero de mesa. (….) Ante la intervención de la encargada de permanencia de turno, señorita Gabriela Madrid Paredes, trasladando la queja de nuestro cliente, al que lamentablemente no hemos podido identificar, la reacción del denunciante fue en extremo negativa (…)

(…) El incidente fue reportado al día siguiente, 12 de agosto de 2004, por el Jefe de Prevención de Pérdidas, señor Christian Quispe Dorador, quien confirma que ni el denunciante ni su acompañante fueron maltratados en ninguna forma, ni se les retiró del local habiéndose limitado el personal de la empresa a solicitarles que cesen en su comportamiento debido a la queja de otro cliente, quien se encontraba preocupado por sus menores hijos (…) El denunciante no ha podido probar de manera alguna que haya existido una actitud discriminatoria por parte de nuestra empresa hacia su persona, conforme lo establece el Articulo 7B del D.L 716, Ley de Protección al Consumidor, sino muy por el contrario, el citado artículo establece la prohibición a esta forma de discriminación siempre y cuando no medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas; es el caso, que la intervención del personal de nuestra empresa en el local ubicado en San Miguel, se debió a una queja de uno de nuestros clientes quien se sintió perturbado e incómodo por la conducta del denunciante ante la presencia de sus hijos (…)

(…) Creemos pertinente poner en conocimiento de esta Comisión que el denunciante anteriormente ha sido protagonista, en otros locales ajenos a nuestra cadena de supermercados, de incidentes que alteraron el normal funcionamiento de estos y que, sin embargo, a diferencia de nuestro proceder, el denunciante fue expulsado de dichas instalaciones según lo manifiesta el en su nota de prensa (…) Lo único que se le pidió fue que respetara el derecho a los demás clientes al uso tranquilo, apacible y adecuado de nuestras instalaciones, pues creemos que la calificación de cada conducta o comportamiento que demostramos está en relación directa del lugar y momento en el que es realizado, es lo que llamamos respeto a la moral y buenas costumbres impuestas por el colectivo, sin más diferenciación que la de ser una persona correcta y respetuosa de los derechos de los demás, o no serlo. (…) Solicitamos se declare infundada en su oportunidad la denuncia interpuesta contra Supermercados Peruanos S.A[4].

18. En su contestación la entidad aportó una declaración de Gabriela Madrid Paredes, quien atendió a la presunta víctima el día de los hechos, el 11 de agosto de 2004 y refirió que:

Encontrándome en el segundo piso junto con el señor Julio Neyra, Jefe de mantenimiento, fui requerida por un cliente que manifestó estar incómodo y fastidiado por la actitud de dos caballeros, que se encontraban en la mesa próxima a la ocupada por él y su hija, la cual venía de jugar en el play ground, la cual presenció las escenas de caricias, abrazos y besos, protagonizados por los dos caballeros, tras lo cual se acercó cortésmente el señor Julio Neyra que tras cruzar algunas palabras con los caballeros permitió que interviniera yo a fin de hacer traslado de la solicitud del cliente y solicitándoles por favor, que cesen en sus escenas amorosas por respeto a los demás clientes, ya que uno de ellos se quejaban porque habían niños que estaban circulando para los juegos, lo cual se hizo apelando a su amabilidad. Uno de ellos respondió airadamente que "'¿ Acaso no hay niños homosexuales?", tras lo cual después de un tranquilo intercambio de opiniones propias, dimos por concluida la charla que habíamos iniciado agradeciendo su comprensión y me alejé para seguir con mis labores. (…) Declaro que lo manifestado

[3] Anexo 1. Denuncia de la parte peticionaria ante el INDECOPI. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[4] Anexo 2. Contestación de la denuncia de Supermercados Peruanos de 20 de octubre de 2004. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.

anteriormente se ajusta a la verdad conforme me consta y que en ningún momento se les negó servicio alguno a los caballeros, ni tampoco se les requirió para que se retiren o algo parecido (…)[5].

19. Igualmente, en la contestación se acompañó el Informe del Jefe de Prevención de Perdidas, el cual hizo constar que "el día miércoles 11 de agosto a las 21:00 hrs. Aprox; se recibe nuevamente la queja de clientes, sobre dos personas masculinas que estaban cometiendo actos de homosexualidad a vista y paciencia de todo el público que se encontraba en el 2 piso de la tienda (área restaurante). Este cliente se sentía incómodo y fastidiado y que sus menores hijos se encontraban utilizando el Playground (área de juegos). Al momento de que los niños pasaban o salían de los juegos presenciaban de cómo dos personas de igual sexo se besaban y acariciaban. En esos momentos subió la Srta. Gabriela Madrid (permanencia) y procede a explicarles y a pedirles que por favor evitaran realizar actos por el cual algunos clientes se encontraban incómodos. De tal manera que entendieron y uno de ellos en forma desafiante le deja una tarjeta del Movimiento Homosexual de Lima y le comenta que ya tendrán noticias de ellos (…)"[6].

20. El 31 de agosto de 2005 la Comisión de Protección declaró infundada la denuncia por falta de elementos probatorios suficientes que corroboren el trato desigual alegado. Al respecto consideró que:

> (…) Previamente al análisis de la existencia de actos de discriminación, resulta relevante y necesario evaluar la conducta de la empresa denunciada bajo la perspectiva de la tutela del interés superior del niño, en tanto fue alegado y debatido con intensidad por las partes durante la realización del Informe Oral de fecha 22 de junio de 2005. (…) tenemos entonces que las causas de la homosexualidad (biológicas o sociales, o incluso una conjunción de ambas) no hallan una posición pacífica y uniforme en la comunidad científica, pero lo que si puede presumirse es que el entorno no es neutro y que si no determina, al menos condiciona las conductas psicosexuales de las personas, pudiendo darse una mayor influencia en los niños expuestos a las conductas homosexuales (…) Por tanto, cabe resaltar la importancia de este asunto y, por ende, la necesidad de tomar una decisión prudente, aún cuando las partes hubieren presentado a la Comisión informes contradictorios sobre la posibilidad de la existencia o inexistencia de daño alrededor de las conductas que son objeto de la denuncia; pues si la ciencia no tiene una posición definida o uniforme y pacífica sobre lo que esto puede significar en la salud de los niños, una actitud correcta y prudente de quien debe juzgar cualquier caso que pueda significar un posible daño a terceros, exigiría la abstención de la conducta que genera la probabilidad o riesgo de dicho daño, más aún cuando se trata de un grupo sensible que reclama una especial tutela del Estado.
>
> (…) Es opinión de la Comisión que, en aras de la protección del menor, resulta comprensible la actitud de un padre de familia al reclamar al proveedor que exija a una pareja de homosexuales prudencia en las manifestaciones de afecto que se profesan en lugares donde concurran sus menores hijos, toda vez que lo que se invoca legítimamente es la tutela superior que merece todo menor.
>
> (…)la dificultad probatoria se presenta cuando el denunciante invoca trato diferenciado en base a indicios insuficientes que no son corroborados sino más bien negados por la parte denunciada, situación que a criterio de la Comisión se observa en el presente caso. (…) Para corroborar la supuesta política discriminatoria se presentó un video en el que se apreciaba una toma de una pareja heterosexual besándose en uno de los restaurantes de Santa Isabel sin poder apreciarse si hubo o no una intervención del personal de Santa Isabel. Asimismo, en base a dicho vídeo el denunciante quiso acreditar otra práctica discriminatoria el día 17 de agosto en el local ubicado en la Av. Dos de Mayo (San Isidro) al solicitarle- el personal de Santa Isabel- el cese de sus manifestaciones afectivas (besos) durante la cola para efectuar el pago en la caja. (…) se evidenció que la filmación provenía de una cámara oculta y que los hechos del día 17 habían sido provocados por el denunciante, por lo que el análisis de los hechos ha quedado circunscrito al día 11 de agosto del 2004 que corresponden estrictamente a la denuncia.
>
> (…) Los hechos insuficientes pueden llevarnos a pensar que hubo una actitud discriminatoria de Santa Isabel, pero también pueden llevarnos a pensar que lo que existió fue una actitud escandalosa y expresamente provocada por la pareja homosexual amparada no sólo en el dicho de Santa Isabel, sino también en las múltiples contradicciones con que el denunciante relata lo sucedido (…) la Comisión no puede sancionar sólo con dichos elementos a un proveedor imputándole una infracción tan grave como la discriminación, si no existe prueba que corrobore directamente que bajo las mismas circunstancias y con ocasión de las mismas conductas haya un trato

[5] Anexo 3. Acta de 14 de octubre de 2004 de Gabriela Madrid Paredes acompañada a la Contestación de la denuncia de Supermercados Peruanos de 20 de octubre de 2004. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[6] Anexo 4. Informe No 056 del Jefe de Prevención de Pérdidas de 12 de agosto de 2004 acompañado a la Contestación de la denuncia de Supermercados Peruanos de 20 de octubre de 2004. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.

> desigual sin una justificación objetiva ni razonable.(…) En este orden de ideas, la Comisión considera que corresponde declarar infundada la denuncia por presunta infracción a lo establecido en los artículos 5 literal c y d y 7/B de la Ley de Protección al Consumidor.
>
> (…) conforme hemos evaluado en los puntos precedentes resulta razonable exigirle a las parejas en general una conducta moderada en zonas destinadas o frecuentadas por niños al sustentarse dicha exigencia en el interés superior del niño, por lo cual el solicitar a cualquier pareja el cese de sus manifestaciones e intercambios afectivos (besos, abrazos y caricias), resulta legítimo, y no afecta la idoneidad en el servicio, por lo que la Comisión considera que corresponde declarar infundado el extremo que imputa presunta infracción a lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor[7].

21. La Comisión toma nota que dos miembros de INDECOPI presentaron votos en discordia. Al respecto sostuvieron que:

> Los argumentos sostenidos por la denunciada y adoptados en la resolución con la que discrepamos, sostienen la validez de un trato desigual frente a expresiones de cariño homosexual, por supuestas consideraciones de protección a los derechos del niño, que no aceptamos como válidos, aún cuando tal presencia hubiera sido posible. Consideramos que el derecho a no ser discriminado por orientación sexual no se contradice con la protección de los Derechos del Niño. En nuestra opinión, al reconocerse jurídicamente el derecho de las personas de no ser discriminadas por su orientación sexual, se está otorgando un trato igual a las personas heterosexuales y homosexuales, lo que hace ilegal y prohibido abordar de una manera diferenciada los derechos de libre expresión de las parejas, en función a la orientación sexual de sus integrantes.
>
> (…) No es por tanto consecuente, con el reconocimiento del derecho a no ser discriminado por orientación sexual, exigir que las expresiones de cariño entre parejas homosexuales se realicen en estricto privado o fuera de la posibilidad de que sean percibidas por los niños. Por ello, es labor de los padres educar a los niños dentro de los límites establecidos por la sociedad y en respeto a la legalidad y los derechos fundamentales de las personas(…) En resumen, consideramos que la denuncia debió ser declarada fundada teniendo en cuenta que si bien es cierto no se negó el ingreso del denunciante al local de la denunciada ni se le negó el acceso a los productos y servicios que en éste se vendían, si se le trató de manera desigual al llamarle la atención por realizar una conducta que en una pareja heterosexual sería normal, como lo son las manifestaciones de afecto, sin haberse acreditado que tal conducta hubiera sido exagerada, hay motivado quejas por parte de otros clientes, se haya realizado en presencia de niños o pudiera afectarlos, constituyéndose de esta manera una discriminación por razones subjetivas[8].

B. Recurso de apelación

22. El 22 de septiembre de 2005 la presunta víctima apeló dicha decisión argumentando que el trato diferenciado si se encontraba probado y que la misma entidad denunciada había aceptado haberle llamado la atención por intercambiar muestras de afecto con su pareja[9]. El 17 de mayo de 2006 el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual declaró sin lugar el recurso de apelación bajo los siguientes argumentos:

> Al respecto, ni la simple proximidad física ni el intercambio de miradas entre dos personas pueden considerarse como una conducta que perturbe la tranquilidad, seguridad o un adecuado uso de las instalaciones de un establecimiento. Estas son conductas permitidas en los establecimientos de Supermercados Peruanos y, en la mayor parte de establecimientos comerciales, a las parejas heterosexuales, por lo que no existe justificación para que, la misma conducta se prohíba a parejas homosexuales. La igualdad de trato exige los mismos niveles de tolerancia con las parejas homosexuales y, frente a ese tipo de conductas, resulta discriminatorio requerirles alguna modificación de conducta.
>
> (…) En el presente caso, los hechos materia de controversia (…) se sustentan únicamente en las alegaciones de ambas partes. Sin embargo, la que está sometida a evaluación de esta Sala es la conducta de Supermercados Peruanos y, como ya se ha señalado, ésta no puede ser sancionada sólo con imputaciones de parte, pues para ello

[7] Anexo 5. Resolución de INDECOPI de 31 de agosto de 2005. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[8] Anexo 6. Voto disidente de Adriana Giudice y Uriel García a la Resolución de INDECOPI de 31 de agosto de 2005. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[9] Anexo 7. Decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de 17 de mayo de 2006. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.

es necesario que exista certeza sobre la infracción cometida, ya sea a través de medios probatorios o de indicios que generen un grado razonable de convicción respecto a la veracidad de los hechos denunciados (...) El denunciante no ha presentado medio probatorio alguno en relación con los hechos materia de este procedimiento ocurridos el 11 de agosto de 2004. Los elementos probatorios presentados por el denunciante en el proceso- imágenes del 17 de agosto de 2004, en el supermercado Santa Isabel de la Av. Dos de Mayo en San Isidro-se encuentran más bien referidos a conductas que se habrían desarrollado en fecha posterior y que, incluso en algún caso, habrían sido captadas por los medios de comunicación (...)

(...) Para probar sus afirmaciones Supermercados Peruanos ha presentado los reportes de su personal de tienda y de seguridad que corren de fojas 49 a 51 del expediente, en los que éstos empleados dan cuenta de los incidentes señalando que el denunciante y su pareja "se besaban y acariciaban"; realizaban "actos indebidos (acariciándose)"; y se comportaban de "forma inmoral". (...) las expresiones allí contenidas deben ser tomadas en cuenta como las expresiones propias de empleados de esos niveles de representación y formación que, únicamente acreditan las razones por las cuales intervinieron a la pareja.

Adicionalmente, las partes han coincidido de que- en un determinado momento- en el incidente estuvo presente un agente de la Policía Nacional. Este hecho es posible en la medida que no resulta extraño que ante la intervención a un cliente, cualesquiera que fuera el motivo, se produce un incidente cuyo resultado en la mayoría de los casos puede ser imprevisible. Igualmente, la sola intervención del agente policial no puede llevar a esta Sala a considerar que ella configura el acto discriminatorio contra el denunciante, toda vez que resulta imposible saber con certeza cómo se desarrollaron los hechos.

(...) Sin perjuicio del razonamiento que antecede, esta Sala quiere destacar que los argumentos de la denunciada Supermercados Peruanos en el sentido de que la conducta del denunciante y su pareja afectaban la presencia de niños en la cafetería carecen de pertinencia, carece de pertinencia en la medida que, como ya se ha señalado, si la conducta hubiera sido excesiva la afectación se habría producido para todos los demás clientes, sean adultos o niños. En consecuencia, todas las alegaciones en cuanto al interés superior del niño no se corresponden con los hechos objeto de la denuncia. Por lo tanto, corresponde confirmar la resolución apelada que declaró infundada la denuncia contra Supermercados Peruanos por presuntos actos de discriminación en el consumo, modificándola en sus fundamentos[10].

23. La Comisión toma nota que dos miembros de dicho tribunal presentaron un voto en discordia, bajo los siguientes razonamientos:

(...) En el expediente está probado que al señor Olivera se le recriminó el procurarse caricias con su pareja y que se le perturbó mientras permanecía en el restaurante de la denunciada, luego de haber consumido. Incluso, se solicitó la presencia de un efectivo de la Policía Nacional del Perú, lo que-en nuestro concepto- por sí mismo constituye un trato desigual y exagerado. No corresponde a un establecimiento recriminar a nadie el hecho de profesarse caricias, siempre y cuando, éstas no excedan el decoro y atenten contra la tranquilidad del público.

Asimismo, los firmantes no creemos que ante una circunstancia de esta naturaleza, donde no se evidencian hechos de violencia que pongan en riesgo la seguridad del restaurante, ni la de otros clientes; se justifique la presencia de la Policía Nacional del Perú para solicitar que cesen sus actitudes. Finalmente, si lo que se quería era un cambio de comportamiento, ese pedido podía haberlo formulado el administrador de la tienda. La presencia policial es obviamente un exceso y, en esencia denota ya un trato diferenciado, injusto, inequitativo y, sobre todo, discriminatorio, que incluso atenta contra el trato digno que todo consumidor merece.

(...) En cambio sí crea convicción en los firmantes el hecho de que se haya utilizado personal policial para pedir al denunciante el cese de su conducta homosexual, lo cual es insostenible, porque tal como ha quedado demostrado en el informe oral, no es usual que la denunciada disponga la presencia de personal de la Policía Nacional cada vez que una pareja heterosexual se profesa caricias al interior de su tienda, lo que hace presumir, con validez, que la táctica utilizada por Supermercados Peruanos tenia obviamente el propósito de perturbar al denunciante para que desaloje la tienda y no permitirle su permanencia en el local en horas de la noche (entre las 9 y 10 pm) en un día particular (martes) en que la presencia de niños y afluencia de público que eventualmente se hubiera visto incomodado, era relativa[11].

[10] Anexo 8. Decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de 17 de mayo de 2006. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[11] Anexo 9. Voto en discordia de Julio Baltazar Duran y José Alberto Oscátegui en la Decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de 17 de mayo de 2006. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.

C. Recurso de nulidad

24. Según información disponible la presunta víctima interpuso un recurso de nulidad contra la resolución anterior. El 10 de junio de 2008 la Segunda Sala en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró sin lugar el recurso bajo los siguientes fundamentos:

> CUARTO: Que, las pruebas aportadas por el recurrente no son suficientes por constituir prueba realizada por el propio recurrente, es decir solo de parte y el video aportado uno de fecha posterior a la sucesión de los hechos cuestionados, no pudiéndose realizar su evaluación en suma por encontrarse editado tal como menciona el oficio remitido por Frecuencia Latina de fecha dieciséis de mayo del dos mil cinco a fojas ciento setenta y dos de expediente administrativo.
>
> QUINTO: Que, tal como lo menciona el Artículo 7-B del Decreto Legislativo No 716, Norma sobre Protección al consumidor (…) la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios", en el caso materia de controversia estamos frente a un pedido de parte de los empleados del establecimiento a fin de que se retiren el recurrente y su pareja del establecimiento, por realizar una conducta no adecuada, permitiéndoseles permanecer en el lugar bajo la condición de consumir un producto y moderar su comportamiento, al ser causa objetiva la tranquilidad del resto de consumidores, principalmente al encontrarse el recurrente en el segundo piso donde también se situaba el área de juegos infantiles, tal como se aprecia a fojas cuarenta y nueve y cincuenta del expediente administrativo bajo el Informe No 056-J.P.P., y otro expedido por el señor William Silva respectivamente, la que informa la inconducta de los asistentes en dicho establecimiento y ser éstos actos relativos a la intimidad de las personas, permitiéndose las muestras de afecto entre parejas siempre que no sean exacerbadas tanto para parejas homosexuales o heterosexuales es válido el requerimiento del cese de dichas acciones cometidas por el recurrente, sumándose que frente al llamado de mantener una conducta adecuada el recurrente y su pareja continuaron en el establecimiento en cuestión sin ser retirado de dicho local.
>
> (…) conforme se verifica de las pruebas aportadas no han causado certeza en el juzgador no resulta amparable su pedido por ello la resolución cuya declaración de nulidad se pretende, no se advierte que sea producto de una actuación arbitraria por parte de la entidad demandada, ya que se ha ceñido a la normatividad de la materia vigente, por lo que este colegiado considera que la parte demanda ha actuado conforme a la Ley, por ende no resulta amparable la presente demanda[12].

D. Recurso de apelación

25. La Comisión subraya que la presunta víctima presentó un recurso de apelación contra la decisión anterior. El 14 de junio de 2010 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar el recurso interpuesto motivando que:

> (…) a efectos de imponer una sanción al proveedor, deberá acreditarse que el establecimiento incurrió en una conducta infractora, en este caso discriminatoria por razón del sexo, basada en elementos subjetivos; pues de lo contrario prevalecerá el derecho constitucional a la presunción de inocencia del establecimiento denunciado; en este sentido deberá tenerse en cuenta que la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado y acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada al proveedor del bien o servicio.
>
> NOVENO.- Que, de autos se aprecia que mientras el denunciante afirmó que las muestras de afecto con su pareja ocurridas en la cafetería del Supermercado Santa Isabel de San Miguel, consistieron únicamente en la proximidad física y miradas románticas, con ausencia de besos, abrazos y caricias; el personal del supermercado denunciado , en sus reportes de fojas cuarenta y siete a cincuenta y uno del acompañado, han señalado que el recurrente y su pareja se besaban, abrazaban y acariciaban, por lo que se realizó la intervención –a solicitud de

[12] Anexo 10. Resolución de la Corte Superior de Justicia de Lima de 10 de junio de 2008. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.

un cliente- a fin de solicitarles que modificaran su conducta frente a actos de intimidad que consideraron excesivos para ser realizados en público, luego de lo cual, ha quedado acreditado que el accionante permaneció con su pareja en el establecimiento, hecho que corrobora que no se les impidió continuar haciendo uso de las instalaciones del establecimiento comercial.

DÉCIMO.- Que, de lo expuesto podemos concluir que no se encuentra acreditado que el recurrente fue víctima de un trato discriminatorio por razón de su opción sexual, por consiguiente, no corresponde exigir a Supermercados Peruanos S.A que acredite la existencia de causa objetiva y justificada para la actitud o trato discriminatorio que se le imputa, tanto más si las pruebas aportadas por denunciante y denunciada, al ser de parte, no otorgan certeza de los hechos ocurridos, motivo por el cual, la autoridad administrativa no impuso sanción (…) Siendo así, se advierte que la resolución administrativa impugnada no ha incurrido en las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley No 27444, por tanto la sentencia de primera instancia ha sido expedida conforme a ley y respetando los derechos de las partes[13].

E. Recurso de casación

26. Finalmente, consta que la presunta víctima interpuso un recurso de casación contra la decisión referida con anterioridad. El 11 de abril de 2011 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar el recurso, al estimar que:

CUARTO: Que, con relación al agravio denunciado, se advierte que los fundamentos que sustentan este recurso, se orientan a establecer la existencia de un trato discriminatorio por su opción sexual, a partir de la solicitud de uno de los clientes del establecimiento comercial para que cesen los actos de intimidad considerados como excesivos, lo cual no puede ser atendido sino desde una nueva valoración de la prueba actuada, aspecto que resulta incompatible con los fines del recurso de casación previstos en el artículo 384 del Código Procesal Civil modificado por la Ley No 29364. Por las razones expuestas, al no haberse satisfecho las exigencias de fondo a que hace referencia el artículo 388 del Código Procesal Civil modificado por la Ley no 29364, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 392 del anotado Código, declararon: IMPROCEDENTE el recurso de casación (…)[14].

IV. ANÁLISIS DE DERECHO

A. Cuestión previa

27. La Comisión toma nota de la solicitud del Estado de reconsideración del informe de admisibilidad, "ante la ausencia de explicaciones referidas al agotamiento de los recursos internos en particular sobre las supuestas afectaciones a los derechos a la protección de la honra y de la dignidad y libertad de pensamiento y expresión".

28. Sobre el particular, la CIDH reitera su pronunciamiento de admisibilidad y recuerda que la presunta víctima hizo uso de las vías administrativas y judiciales para atender su reclamo relacionado con violaciones a derechos del consumidor por trato desigual derivado de la expresión de su orientación sexual hasta finalizar con la denegatoria del recurso de casación por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia el 11 de abril de 2011. Igualmente, la Comisión recuerda, que "no es la práctica de los órganos del sistema interamericano, por no atender a parámetros de razonabilidad, exigir el agotamiento de los recursos internos de manera separada y autónoma frente a cada uno de los efectos derivados de una violación principal"[15]. En el caso Duque vs. Colombia, la Corte Interamericana se refirió a este aspecto indicando que:

54. La Corte constata que la violación del derecho a la salud alegada en la demanda de tutela por el señor Duque, estaba en estrecha conexidad con la reclamación del acceso a un régimen de protección específico del derecho a

[13] Anexo 11. Resolución de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de 14 de junio de 2010. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[14] Anexo 12. Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de 11 de abril de 2011. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[15] Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C no. 310, parr.47.

la salud, régimen contributivo al cual, en principio, la presunta víctima supuestamente sólo podría acceder con el reconocimiento de la calidad de beneficiario de la pensión de sobreviviente. Desde esa perspectiva, resulta razonable inferir que los recursos internos fueron agotados mediante la presentación de la acción de tutela, al margen de lo alegado por el Estado, en el sentido de que el señor Duque tenía a su disposición recursos judiciales específicos que no fueron agotados en relación con violaciones concretas del derecho a la salud[16].

29. En virtud de lo indicado, la Comisión reitera que en el presente caso operó el debido agotamiento de los recursos internos respecto del reclamo formulado por la presunta víctima, por lo que resulta improcedente la solicitud del Estado y corresponde ratificar la decisión de admisibilidad proferida por la CIDH.

B. Garantías judiciales y protección judicial en relación con el derecho de igualdad ante la ley y el derecho a la vida privada (artículos 8[17], 11[18] 24[19] y 25[20] de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento)

1. Estándares generales sobre igualdad y no discriminación y vida privada

30. La Corte Interamericana ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico[21].

31. El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desventajado, la igualdad de trato suponga suspender o limitar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho[22].

32. En lo que concierne a la orientación sexual, desde el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile* y en casos subsiguientes, la Corte Interamericana aclaró lo que se entiende por la frase "cualquier otra condición social" del artículo 1.1 de la Convención[23]. Según la Corte:

[16] Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C no. 310, parr.54.

[17] Artículo 8.1. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

[18] Artículo 11. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

[19] Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

[20] Artículo 25.1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

[21] Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315. Párr. 109.

[22] CIDH. Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas, 7 de septiembre de 2017, párr. 160

[23] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 91 y 93.

> La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual[24].
>
> En ese sentido, el instrumento interamericano proscribe la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana[25].

33. Asimismo, la Corte ha señalado que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la orientación sexual, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. La protección contra la discriminación basada en la orientación sexual no se relaciona únicamente con un trato menos favorable por ser lesbiana, bisexual o gay, sino que abarca también la discriminación porque una persona actúa según su orientación sexual, al optar por participar en actividades sexuales consensuales en privado o iniciar una relación de pareja a largo plazo con una persona del mismo sexo[26].

34. La CIDH ha reconocido que el principio de igualdad y no discriminación junto a la rendición de cuentas y el acceso efectivo a reparación son parte de los criterios fundamentales y transversales que los Estados deben asegurar en sus respuestas para abordar y orientar el tratamiento del ámbito de empresas y derechos humanos. Sobre el primero, indican que los Estados deben incorporar un enfoque interseccional y diferencial, incluyendo la perspectiva de género, que tome en consideración la posible agravación y frecuencia de afectaciones a los derechos humanos en el marco de las actividades y operaciones empresariales que se originen en la discriminación sobre la base de categorías protegidas como la orientación sexual o identidad de género, entre otros. En relación con el segundo, subrayan que los mecanismos, políticas o marcos normativos implementados en el ámbito de empresas y derechos humanos deben dirigirse a combatir la impunidad a través de la rendición de cuentas de las autoridades estatales y las empresas, incluyendo el acceso efectivo a la justicia y la reparación adecuada de las víctimas[27].

35. La Comisión Interamericana también ha enfatizado que los Estados deben proteger el derecho de todas las personas a expresar su orientación sexual e identidad de género, y establecer estrategias para permitir el desarrollo integral de la personalidad y las capacidades personales con miras a brindar herramientas para enfrentar el estigma, los estereotipos y la discriminación que suelen enfrentar al momento de expresar su personalidad e identidad[28]. En particular, exhortó a los Estados a redoblar sus esfuerzos para asegurar que las empresas cumplan su responsabilidad de respetar los derechos humanos de las personas LGBTI. También ha reconocido que las empresas juegan un importante rol en el cambio de concepciones estereotipadas respecto a las personas LGBTI y pueden, por medio de la inclusión, fomentar los principios de aceptación y no discriminación y generar un cambio en las percepciones sociales en contra de la diversidad sexual[29]. En ese marco, la CIDH indicó que los Estados tienen la obligación de tomar medidas, incluyendo disposiciones de derecho interno, para la protección de los derechos humanos en el marco de las actividades empresariales, lo que incluye tanto garantías sustantivas como procesales que busquen asegurar el respeto de los derechos humanos en juego con relación al comportamiento empresarial involucrado[30]. Así, ha

[24] Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 104.
[25] Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 105.
[26] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 133 y 134.
[27] CIDH. Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 1 de noviembre de 2019, párrs. 44 y 51.
[28] CIDH. Reconocimiento de Derechos de Personas LGBTI. OAS/Ser.L/V/II.170 Doc. 184, 7 de diciembre de 2018, párr. 81
[29] CIDH. Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 1 de noviembre de 2019, párr. 385 y 386
[30] CIDH. Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 1 de noviembre de 2019, párrs. 80 – 146.

recomendado a los Estados que exijan a las empresas realizar la debida diligencia en materia de derechos humanos en el marco de sus operaciones[31]. Desde al ámbito de Naciones Unidas también se ha indicado que los Estados utilicen todos los instrumentos a su alcance a fin de impulsar la debida diligencia en materia de derechos humanos como parte de las prácticas empresariales habituales[32].

36. En lo que concierne al derecho a la intimidad y a la autonomía, la Corte ha señalado que el artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas y enuncia diversos ámbitos de la misma. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública[33]. La Corte ha señalado asimismo que "[l]a vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás"[34].

37. Sobre la base de lo que antecede, la Corte Interamericana ha señalado que la orientación sexual forma parte de la vida privada de las personas. Por lo tanto, es una esfera en la que no puede haber una interferencia arbitraria[35]. En el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, la Corte dictaminó que, como los tribunales internos "tuvieron como referente la orientación sexual" de la señora Atala, expusieron diversos aspectos de su vida privada[36].

38. Por otra parte, también tribunales nacionales e internacionales se han referido a la prohibición de discriminación por orientación sexual en el acceso a servicios públicos o privados. En el caso *Beizaras y Levickas* contra Lituania, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre una situación en la que dos personas fueron objeto de comentarios y amenazas tras publicar una foto besándose, en la plataforma Facebook, las cuales no fueron investigadas. El tribunal subrayó que:

> (…) 121. Por tanto, el Tribunal recuerda que el Tribunal de Distrito de Klaipėda consideró que la imagen de dos hombres besándose no contribuía a la cohesión social ni a la promoción de la tolerancia (véase el párrafo 21 supra). Esa opinión fue plenamente respaldada por el Tribunal Regional de Klaipėda, que también consideró que habría sido preferible que los demandantes solo hubieran compartido esas imágenes entre "personas de ideas afines", ya que la red social Facebook permitía esa posibilidad (véase el párrafo 23 supra). Dadas esas referencias expresas a la orientación sexual de los demandantes, es claro que uno de los motivos para negarse a abrir una investigación previa al juicio fue la desaprobación de los tribunales de que los demandantes demostraran su orientación sexual (comparar y contrastar Bączkowski y otros, citado supra, §§ 95 y 97).
>
> 29. Teniendo en cuenta todo el material de que se dispone, la Corte encuentra así establecido, en primer lugar, que los comentarios de odio, incluidos los llamamientos no disfrazados a la violencia por parte de particulares dirigidos contra los demandantes y la comunidad homosexual en general, fueron instigados por una actitud intolerante hacia ese comunidad y, en segundo lugar, que el mismo estado de ánimo discriminatorio estaba en el centro del incumplimiento por parte de las autoridades públicas pertinentes de cumplir con su obligación positiva de investigar de manera efectiva si esos comentarios sobre la orientación sexual de los solicitantes constituían una incitación al odio y la violencia, lo que confirma que al rebajar el peligro de tales comentarios, las

[31] CIDH. Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 1 de noviembre de 2019, párr. 414.3,

[32] Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. UN Doc. A/73/163, 16 de julio de 2018, párr. 93.

[33] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 161.

[34] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 162.

[35] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 165.

[36] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 166.

autoridades al menos toleran tales comentarios (ver, mutatis mutandis, Begheluri, citado anteriormente, § 179). A la luz de estas constataciones, el Tribunal también considera establecido que los demandantes sufrieron discriminación por razón de su orientación sexual. Considera además que el Gobierno no proporcionó ninguna justificación que demuestre que la distinción impugnada fuera compatible con los estándares de la Convención[37].

39. Por otra parte, a título de ejemplo, la Comisión observa que la Corte Constitucional colombiana determinó en 2011 que un centro comercial violó la prohibición de discriminación al solicitar a una pareja de hombres gay que se besaban en el mismo que cesaran su conducta o que se retiraran tomando en cuenta que en dicho lugar transitaban familias y niños. Al respecto razonó que:

66. Por último y producto de la condición de sujeto de especial protección, como grupo tradicionalmente discriminado, cuando sean introducidas normas jurídicas o comportamientos que supongan para ellos afectación o disminución de sus derechos, opera prima facie una presunción de discriminación, basada en los criterios sospechosos que su trato desigual plantea. Dicho de otro modo, para preservar la validez y vigencia de tal ordenación normativa, del comportamiento o la ejecución de una facultad o una competencia o una atribución, resulta necesario desvirtuar este supuesto de hecho discriminatorio del que se parte.

105. Como quedó atrás dicho, los señores Jimmy Moreno y Robbie Pérez con su actuar no pusieron en riesgo los derechos de los demás, no violaron ninguna regla del orden jurídico, tan sólo y para bien, ejercieron sus libertades. Pero también, lo que hicieron estos jóvenes fue expresar libremente su orientación sexual, como opción de vida que en sus componentes de libertad pura, para darse besos, debe ser protegida y respetada por el Estado y los particulares. (…) Es decir que el trato dado por el guardia de seguridad, pretendía anular, o dominar a los jóvenes homosexuales, apelando a prejuicios sociales y personales de que sus besos de pareja en público, por provenir de parejas homosexuales, son reprochables al resultar más afrentosos para la tranquilidad, la seguridad y la moralidad públicas, que los besos que se dan los heterosexuales.

107. Las dos personas jurídicas vinculadas como sujetos pasivos de la acción negaron enfáticamente la intención de discriminar por razón de la homosexualidad de la pareja que se besaba. Sin embargo, existen varios elementos probatorios que en tanto evidencias físicas, argumentos de parte o subreglas del derecho a la igualdad sin discriminación, muestran lo contrario a tales afirmaciones. Pues en ambos casos, el del centro comercial y el de la empresa de vigilancia, la pretensión de aplicar en general la norma que prohíbe a cualquier pareja darse besos románticos como forma de proteger los derechos de niños, familias y de los grupos mayoritarios que acuden al centro comercial, fue ante todo una discriminación indirecta que sólo afectaría a las parejas homosexuales, como ocurrió en el caso de Jimmy Moreno y Robbie Pérez.

108. De un lado, está lo que se aprecia en los registros visuales (folios 32-44, CD adjunto f. 44, cuaderno original), sobre lo que ocurre con otras parejas heterosexuales en el centro comercial. Estas, como nítidamente puede observarse, se abrazan y besan en espacios abiertos del centro comercial, a plena luz del día, sin ser abordadas por los miembros de seguridad del mismo, para que no se "sobrepasen" en su comportamiento. Tales evidencias dejan ver, por contraste, que no hubo en el caso de los señores Jimmy y Robbie un trato igual y que la desigualdad en ese caso se dio no tanto por las manifestaciones de afecto, sino porque quienes las efectuaran fueran dos hombres[38].

40. Igualmente, en 2019 el mismo tribunal declaró con lugar una acción de tutela presentada por una mujer contra una Licorería, la cual alegó que el titular de dicho establecimiento le efectuó un reclamo por tomarse de la mano y darse un beso con su pareja del mismo sexo en dicho local. Al respecto, el tribunal subrayó:

47.Las manifestaciones de afecto que la demandante y su pareja expresaron con un beso y cuando se tomaron de las manos, no configuran supuestos fácticos sancionados legalmente por las autoridades, ya que ni siquiera los

[37] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Beizaras y Levickas vs. Lituania. Decisión de 14 de enero de 2020.
[38] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-909/11 de 1 de diciembre de 2011.

demandados lo calificaron de tal forma, pues no implicaron actos de un alto contenido íntimo, sexual o de naturaleza obscena, proscritos por el Legislador, lo cual hubiera habilitado al administrador del local, para exigir el cumplimiento de las normas básicas de comportamiento, mediante medidas de acción proporcionales como sería un llamado de atención.

En ese sentido, los besos y otras manifestaciones de afecto como sería tomarse de la mano, caricias faciales y palabras cariñosas, entre las parejas que se quieren entre sí, sean heterosexuales o de orientación sexual diversa, o como las que se prodigan los padres e hijos, son la más genuina expresión de la naturaleza humana, de la exteriorización de los sentimientos que surgen a partir de una elección específica de vida, amparada por el ejercicio de su libertad individual, su dignidad, su libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no ser molestado en sus esferas más íntimas de existencia, lo que les permite realizarlo públicamente y no de manera escondida u oculta.

No existe restricción legal para el ejercicio de estas libertades individuales en concreto, por lo que el administrador, en el asunto objeto de estudio, no podía imponer algún tipo de limitación, restricción o llamado atención a los visitantes del establecimiento que presta sus servicios al público en general, relacionados con el ejercicio de sus derechos fundamentales, sean estas parejas heterosexuales o con orientación sexual diversa, pues dicha manifestación no implicó el desconocimiento de alguna norma de policía, no alteró el orden público, ni afectó los bienes jurídicos bajo custodia del encargado del lugar.

52.La Sala estima que en este caso está acreditada la discriminación sufrida por la accionante por su orientación sexual diversa, pues la actuación del administrador estuvo motivada por dicha condición, criterio que esta Corporación ha considerado como sospechoso, además carece de toda justificación pues con la misma no se buscó alcanzar un fin constitucionalmente imperioso y, por el contrario, el reproche a las manifestaciones de afecto de la pareja diversa constituyó una vulneración a los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, invocados por la actora, produjo un trato desigual, puesto que el análisis del material probatorio que obra en el expediente, permite concluir que el dependiente no realizó ese mismo llamado de atención a otras parejas de condición heterosexual y finalmente, configuró un perjuicio, en el ejercicio de los garantías superiores enunciadas en el amparo, particularmente, porque fueron increpadas por las expresiones de afecto mutuas, lo anterior, generó su retiro del lugar, y además, el demandado condicionó su entrada al hecho de que "(…) sepan comportarse"[39].

2. Estándares relacionados con el derecho a la protección judicial

41. La Comisión ha sostenido que conforme a las disposiciones establecidas en los artículos 8 y 25 la Convención Americana los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido[40]. En el caso *Simone André Diniz contra Brasil*, la CIDH se pronunció sobre las obligaciones estatales frente a una denuncia por discriminación racial para el acceso a un puesto de trabajo. En dicho asunto la Comisión resaltó lo siguiente:

Toda víctima de violación de los derechos humanos debe tener garantizada una investigación diligente e imparcial y, existiendo indicios de autoría del delito, el inicio de la acción pertinente para que el juez competente, en el marco de un proceso justo, determine si ha habido o no delito, como ocurre con todo delito que se lleva a examen de la autoridad pública.

Al no ocurrir eso con las denuncias de discriminación racial formuladas por personas afrodescendientes en Brasil, el Estado viola flagrantemente el principio de igualdad consagrado en la Declaración y Convención Americanas, al que se obligó a respetar, y que determinan que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a la igual protección de la ley.

[39] Corte Constitucional. Sentencia T-335/19 de 26 de julio de 2019.
[40] CIDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. 7 septiembre 2007, párr. 177.

La Comisión entiende que excluir a una persona del acceso al mercado de trabajo por su raza constituye un acto de discriminación racial[41].

42. La Comisión subraya que de acuerdo a la obligación de garantizar los derechos humanos, ambos órganos del sistema interamericano han indicado que en determinadas circunstancias la responsabilidad internacional estatal puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles directamente al Estado; esto debido a la falta de debida diligencia estatal para prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención o la ausencia de acciones para restituir, si es posible, tal derecho. Asimismo, en cuanto a esta obligación, la Corte IDH señaló que la misma implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos[42]. A efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado, lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente[43].

43. En relación a actos de las empresas que puedan implicar abusos a los derechos humanos, la CIDH ha subrayado que los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar que las personas y comunidades afectadas por abusos y violaciones de sus derechos humanos producidas bajo la jurisdicción del Estado puedan acceder a mecanismos de reparación efectivos, lo que incluye la rendición de cuentas de las empresas y la determinación de su responsabilidad penal, civil o administrativa. Para ello los mecanismos estatales deben ser la base de un sistema amplio de reparación en el que la población debe estar informada de cómo acceder a los mismos[44].

44. La efectividad de un recurso debe ser entendida en relación con su posibilidad para determinar la existencia de violaciones a derechos fundamentales, de reparar el daño causado y permitir el castigo a los responsables[45]. En esa misma línea de ideas, en relación con afectaciones a los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, el Comité DESC ha indicado que: "Los Estados Partes deben proporcionar medios adecuados de reparación a las personas o grupos perjudicados y asegurar la rendición de cuentas de las empresas"[46]. Un recurso no es efectivo, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia[47].

3. Análisis del presente caso

45. En el presente caso corresponde determinar en primer lugar si la presunta víctima fue objeto de una injerencia en su vida privada, así como de una diferencia de trato basada en su orientación sexual frente a los hechos ocurridos el 11 de agosto de 2004 y si las mismas tenían una base razonable. En un segundo momento la Comisión analizará si el Estado garantizó el derecho a la tutela judicial efectiva frente a los alegatos de discriminación formulados en sede interna por la presunta víctima. La CIDH deja constancia que, ya que los hechos se refieren a las actuaciones de una entidad privada, para determinar la responsabilidad del Estado será esencial analizar la efectividad de su respuesta frente a los recursos promovidos por la presunta víctima. En este sentido, la Comisión recuerda que en virtud del derecho internacional de los

[41] CIDH. Informe No. 66/06. Caso 12.001. Fondo. Simone André Diniz. Brasil. 21 de octubre de 2006, párrs. 97-99.
[42] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 166.
[43] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 173.
[44] CIDH. Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Informe preparado por la REDESCA. OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 1 de noviembre de 2019, párr. 121
[45] CIDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 de septiembre de 2007. párr. 248.
[46] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 24. UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 39. Asimismo, recuerda que el tercer pilar de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos se refiere al acceso a recursos y reparaciones efectivas. Ver Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 25.
[47] Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 noviembre de 2002. Serie C No. 96, párr. 58.

derechos humanos son los Estados quienes originariamente asumen de forma directa las obligaciones allí dispuestas y que tales obligaciones pueden proyectar efectos en el comportamiento de terceros como son las empresas. Esta relación se ve cristalizada cuando los Estados formulan, supervisan y adjudican responsabilidades jurídicas explícitas y vinculantes dirigidas hacia el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas a nivel interno y se fundamentan en las normas internacionales de derechos humanos[48]. En este sentido, la Comisión reconoce que en el presente caso excede a su mandato pronunciarse respecto de la responsabilidad de la entidad o empresa privada involucrada, siendo únicamente necesario examinar la respuesta estatal frente a las alegadas afectaciones a sus derechos, particularmente, si la presunta víctima sufrió una afectación de sus derechos que requiriera una tutela judicial efectiva.

3.1. Análisis de la diferencia de trato impuesta a la presunta víctima por Supermercado Santa Isabel

46. En cuanto al primer aspecto, la Comisión hace notar que no existe controversia en cuanto a que el 11 de agosto de 2004 la presunta víctima y su pareja del mismo sexo fueron amonestados por personal de la cafetería Dulces y Salados del Supermercado Santa Isabel de San Miguel, por desplegar públicamente conductas de afecto. Si bien existe controversia sobre la naturaleza de las conductas, pues la presunta víctima argumenta que sus expresiones se redujeron a "proximidad física y miradas románticas", representantes del supermercado argumentaron que se trató de caricias, abrazos y besos, que resultarían en una manifestación afectiva de la presunta víctima y su pareja. La Comisión observa que, según la prueba aportada por el Supermercado en el marco del proceso, tanto la supervisora del local como el jefe de mantenimiento, guardias de seguridad y policía intervinieron para hacer que la presunta víctima y su pareja cesaran en tales conductas. La CIDH estima que ello comprueba que la presunta víctima fue objeto de una interferencia en su vida privada.

47. Por otra, la CIDH subraya que, según el Informe del Jefe de Prevención de Perdidas del Centro Comercial, a la presunta víctima se le pidió que cesara sus conductas afectivas tomando en cuenta que un cliente se quejó de que dos personas masculinas "estaban cometiendo actos de homosexualidad" pues se besaban y se acariciaban, lo cual le incomodó por encontrarse con sus menores hijos. Igualmente, el Supermercado indicó en su contestación a la demanda que el denunciante había sido protagonista de incidentes en otros locales y que la calificación de cada conducta corresponde al lugar y momento en que es realizado y a la moral y buenas costumbres impuestas por el colectivo. Finalmente, la Comisión hace notar que el 17 de agosto de 2004 la presunta víctima acudió a otro centro comercial de la misma empresa, en compañía de una pareja heterosexual y desplegaron nuevamente conductas afectivas, sin embargo, solamente la presunta víctima y su pareja fueron amonestadas por expresar dichas conductas. La CIDH considera que ello demuestra que la presunta víctima fue objeto de una distinción de trato basada en las expresiones de su orientación sexual.

48. Tomando en cuenta lo anterior, la Comisión analizará a continuación si la interferencia en la vida privada y distinción de trato resultó convencionalmente aceptable. Para tal efecto, tanto la Comisión como la Corte han recurrido a un juicio escalonado de proporcionalidad que incluye los siguientes elementos: i) la existencia de un fin legítimo; ii) la idoneidad, es decir, la determinación de si existe una relación lógica de causalidad de medio a fin entre la distinción y el fin que se persigue; (iii) la necesidad, esto es, la determinación de si existen alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas; y (iv) la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el balance de los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro[49].

49. La Comisión aplicará dicho test bajo un escrutinio riguroso, como corresponde a casos donde se alegan distinciones de trato basadas en la orientación sexual. Al respecto, la Comisión recuerda que según ha indicado la Corte Interamericana, tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que

[48] CIDH. Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 1 de noviembre de 2019, párrs. 181, 193, 194 y 196.

[49] Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 273; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 146.

las razones utilizadas para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio[50].

50. Siguiendo lo anterior, en cuanto al fin legítimo de la interferencia o diferencia de trato, según surge del expediente, Supermercados Peruanos argumentó que la amonestación a la presunta víctima se justificaba para garantizar "la tranquilidad de sus clientes" pues uno de ellos "se sintió perturbado e incómodo por la conducta del denunciante ante la presencia de sus hijos". La CIDH estima que garantizar "la tranquilidad de sus clientes" no es un fin imperioso como debe corresponder a un caso de esta naturaleza en el que es indispensable justificar con razones de mucho peso la limitación a un derecho.

51. Por otra parte, la Comisión destaca que, en otros casos al examinar el requisito de idoneidad, la Corte Interamericana ha rechazado alegatos genéricos en los que se hace referencia al fin de garantizar el interés superior del niño sin demostrar porque una distinción de trato basada en la orientación sexual contribuye a tal fin. Específicamente en el caso Atala Riffo vs Chile, la Corte Interamericana subrayó que:

> En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el "interés superior del niño" un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.
>
> (…) La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños[51].

52. Tomando en cuenta lo anterior, la Comisión estima que el fin invocado de garantizar la tranquilidad de un cliente que se encontraba en presencia de sus hijos, quien se sintió perturbado por la conducta afectiva de la presunta víctima y su pareja, no es legítimo conforme a los estándares invocados con anterioridad. La Comisión reitera que el interés superior del niño no puede ser invocado de manera genérica sin presentar razones de mucho peso, para limitar expresiones de afecto que se encuentran dentro de las normas básicas de comportamiento y no afectan ningún bien jurídico protegido.

53. En vista de las razones indicadas, la Comisión estima que la amonestación a la presunta víctima como resultado sus manifestaciones de afecto, sin tener una base y justificaciones legítimas, se tradujo en una afectación a los derechos a la privacidad así, como el principio de igualdad de y no discriminación de la presunta víctima, resultando necesario que el Estado tuviera una respuesta adecuada para sancionar los hechos descritos.

3.2. Análisis de la respuesta estatal a los recursos interpuestos

54. La Comisión recuerda que la presunta víctima presentó su denuncia por discriminación ante el INDECOPI el 1 de octubre de 2004 y obtuvo la última decisión desfavorable, mediante el recurso de casación, el cual se denegó el 11 de abril de 2011.

55. Según se desprende del expediente, la razón principal de la denegatoria de los recursos por las autoridades internas fue la falta de elementos probatorios suficientes que corroboren el trato desigual

[50] Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C no. 239, párr.124; Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Cosas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C no. 298, párr.257.

[51] Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C no. 239, párr.111.

alegado. Al respecto, en la decisión del recurso de apelación de 22 de septiembre de 2005 el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual indicó que los hechos materia de controversia se sustentan únicamente en las alegaciones de ambas partes, sin embargo, la que está sometida a evaluación es la conducta de Supermercados Peruanos, la cual no puede ser sancionada sólo con imputaciones de parte. Por su parte, en la decisión de apelación de 14 de junio de 2010 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró que "la carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado y acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada al proveedor del bien o servicio".

56. La CIDH estima que los órganos administrativos y judiciales internos impusieron una carga argumentativa y probatoria excesiva a la presunta víctima, pese a los estándares ya invocados y que la misma entidad demandada reconoció que su actuación estuvo guiada por actos afectivos que eran resultado de la propia orientación sexual de la víctima, reconociendo la diferencia de trato. Al respecto, la Comisión hace notar que en el expediente obraban los siguientes medios de prueba que comprobaban al menos una interferencia y diferencia de trato a la presunta víctima el 11 de agosto de 2011:

-La denuncia interpuesta por la presunta víctima en la que esta indicó que fue reprendida el 11 de agosto de 2004 por personal del Supermercado Santa Isabel de San Miguel, tras demostraciones de afecto con su pareja.
-El video de un reportaje aportado por la presunta víctima sobre otro supuesto acto discriminatorio en su contra ocurrido el 17 de agosto de 2004 en otro supermercado de la misma compañía.
-La contestación de la demanda de Supermercados Peruanos en la que este reconoció que personal solicitó a la presunta víctima que cesen en su comportamiento debido a la queja de un cliente, quien "se encontraba preocupado por sus menores hijos".
-La declaración de Gabriela Madrid Paredes aportada por Supermercados Peruanos en la que esta indicó el día de los hechos se acercó a la presunta víctima y su pareja y les solicitó que "cesen en sus escenas amorosas por respeto a los demás clientes, ya que uno de ellos se quejaba porque había niños que estaban circulando para los juegos".
-El informe del Jefe de Prevención de Pérdidas el cual hizo constar que recibió la queja de clientes sobre dos personas masculinas que "estaban cometiendo actos de homosexualidad", lo cual ameritó que Gabriela Madrid procediera a explicarles que evitaran realizar actos que incomodaban a algunos clientes.
-El relato de ambas partes según el cual en algún momento intervino la Policía Nacional en el incidente que tuvo lugar el 11 de agosto de 2004.

57. La Comisión estima que estos elementos probatorios e indicios eran suficientes para acreditar *prima facie* la existencia de una interferencia o trato desigual, por lo que correspondía trasladar la carga de la argumentación al demandado para demostrar que su intervención el 11 de agosto de 2011 no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. La CIDH nota que los órganos internos impusieron a la presunta víctima la carga de demostrar la distinción de trato, así como si este era discriminatorio con un estándar probatorio inadecuado para este tipo de casos, con base en su interpretación del artículo 7 B) de la Ley de Protección al Consumidor vigente al momento de los hechos[52].

58. La Corte Interamericana indicó en un caso en el que se exigía establecer fehacientemente un trato discriminatorio que "en este tipo de casos es prácticamente imposible para el recurrente demostrar "fehacientemente" un trato discriminatorio[53]. En este sentido, la Comisión observa, por ejemplo, que la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo establece que:

[52] Dicho artículo establecía que Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público. Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas. La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios. Ver escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[53] Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C no. 348, párr.192.

> La adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato. Por consiguiente, tal como sostiene el Tribunal de Justicia, deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación, excepto en relación con los procedimientos en que sea el Tribunal o el órgano nacional competente quien deba instruir los hechos. Sin embargo, es necesario precisar que la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta sigue correspondiendo al órgano nacional competente, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales. Más aún, los Estados miembros están facultados para introducir, en todas las fases de los procedimientos, un régimen probatorio que resulte más favorable a la parte demandante[54].

59. Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado "que una vez que un solicitante ha mostrado una diferencia de trato, corresponde al Gobierno demostrar que estaba justificado. En cuanto a la cuestión de qué constituye prueba prima facie capaz de trasladar la carga de la prueba al Estado demandado, la Corte declaró en *Nachova y otros c. Bulgaria* que en el proceso ante él no existen barreras procesales a la admisibilidad de la prueba ni fórmulas predeterminadas para su valoración. En cuanto a si las estadísticas pueden constituir prueba, el Tribunal, en los casos sobre la cuestión de la discriminación en los que los demandantes alegaron una diferencia en el efecto de una medida general o una situación de facto, se basó en estadísticas elaboradas por las partes para establecer una diferencia en tratamiento"[55].

60. La Comisión estima que el alto estándar probatorio impuesto por los órganos jurisdiccionales internos, ante la presencia de toda la prueba e indicios mencionados hizo nugatorio el derecho a la tutela judicial efectiva a la que tenía derecho la presunta víctima. Asimismo, estima que la falta de un análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la interferencia y distinción de trato sufrida por la presunta víctima, convalidó la violación al derecho a la privacidad y al principio de igualdad y no discriminación.

3.3. Análisis del plazo razonable

61. Finalmente, corresponde evaluar el alegato de la parte peticionaria relacionado con la demora prolongada del proceso. Al respecto, la Comisión recuerda que el artículo 8.1 de la Convención Americana establece como uno de los elementos del debido proceso que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable. En este sentido, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales[56]. Para efectos de determinar la razonabilidad del plazo, la jurisprudencia del Sistema Interamericano toma en consideración los siguientes cuatro elementos: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales; y iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso[57].

62. La CIDH toma nota que en el presente caso la denuncia fue interpuesta el 1 de octubre de 2004 y la presunta víctima obtuvo una decisión definitiva del recurso de casación el 11 de abril de 2011, esto es más de 6 años después de interpuesta la denuncia inicial. En cuanto al primer elemento, la Comisión subraya que el caso no revestía una particular complejidad y consistía esencialmente en determinar si Supermercados Peruanos incumplió con la Ley de Protección al Consumidor. Con respecto al segundo elemento, la Comisión toma nota que la presunta víctima hizo uso de todos los medios disponibles en la legislación para obtener una decisión definitiva respecto de su denuncia de trato discriminatorio presentada ante el INDECOPI y no existe ningún elemento para sostener que sus acciones generaron una demora excesiva en el proceso. Por el contrario, en cuanto al tercer elemento, la Comisión nota que, la denuncia presentada el 1 de octubre de 2004 fue resuelta en primera instancia el 31 de agosto de 2005, es decir 10 meses después. Dicha decisión

[54] Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
[55] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Beizaras y Levickas vs. Lituania. Decisión de 14 de enero de 2020.
[56] Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 166; *Caso Gómez Palomino Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 85; y *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 160.
[57] CIDH, Informe No. 28/16, Caso 11.550, Admisibilidad y Fondo, Maurilia Coc Max y otros (Masacre de Xamán), Guatemala, 10 de junio de 2016. párr. 145. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 164.

fue apelada y la apelación fue resuelta el 17 de mayo de 2006. La presunta víctima presentó un recurso de nulidad, el cual se declaró sin lugar el 10 de junio de 2008, por lo que acto seguido interpuso un recurso de apelación, el cual fue resuelto dos años después, el 14 de junio de 2010. Finalmente, la casación fue resuelta el 11 de abril de 2011. Como puede observarse, el retardo fue ocasionado por el tiempo en que demoró cada autoridad en resolver los recursos interpuestos, sin que el Estado haya proporcionado razones que justifiquen los lapsos transcurridos para la decisión de cada recurso. En vista de lo anterior, la Comisión estima que el Estado vulneró la garantía del plazo razonable previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

63. En virtud de todo lo indicado en la presente sección, la Comisión concluye que el Estado peruano es responsable por la violación del principio de igualdad y no discriminación, vida privada, garantías judiciales y protección judicial previstos en los artículos 24, 11, 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Crissthian Manuel Olivera Fuentes.

64. Por otra parte, en cuanto al alegato de violación a la libertad de pensamiento y de expresión formulado por la presunta víctima, la Comisión estima que no corresponde una determinación autónoma pues su sustento se encuentra analizado bajo el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la vida privada. Asimismo, la Comisión estima que no cuenta con elementos para realizar un análisis de la violación al derecho de defensa.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

65. La Comisión concluye que el Estado peruano es responsable por la violación de los derechos establecidos en los artículos 8.1 (garantías judiciales), 11 (vida privada), 24 (igualdad ante la ley) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

66. Con fundamento en el análisis y las conclusiones del presente informe,

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS RECOMIENDA AL ESTADO PERUANO:

1. Reparar integralmente las violaciones a los derechos humanos declaradas en el presente informe, incluyendo el pago de una indemnización por concepto de daños materiales e inmateriales. En particular, adoptar el pago de una indemnización por la falta de tutela judicial efectiva respecto de la discriminación basada en orientación sexual que sufrió la víctima del caso, así como la demora excesiva del proceso promovido.

2. Adoptar las medidas orientadas a evitar la repetición de los hechos del presente caso. En particular:

   i. Elaborar e implementar una política pública para promover en la sociedad el respeto a los derechos de las personas LGBTI y su aceptación social, especialmente a través de la educación y de la cultura general, a través de la elaboración e implementación de campañas informativas de sensibilización y concientización en los medios de comunicación públicos y privados sobre orientación sexual, identidad de género, expresión de género, diversidad corporal y enfoque de género, promoviendo la igualdad y no discriminación, el respeto, la aceptación e inclusión social integral de las personas LGBTI;
   ii. Crear o fortalecer mecanismos de entrenamientos especializados para todos los operadores de justicia (incluyendo jueces, juezas, fiscales, defensores públicos, funcionarios y funcionarias de tribunales), y fuerzas de seguridad del Estado sobre igualdad y no discriminación, perspectiva de género y derechos humanos de las personas LGBTI. Particularmente, los operadores de justicia deben contar con lineamientos que les permitan asegurar que las reglas de argumentación y carga de prueba sean compatibles con los estándares interamericanos sobre la materia y no impongan una carga excesiva a los sujetos que alegan discriminación.
   iii. Adoptar medidas que exijan, promuevan y orienten a las empresas a realizar la debida diligencia en materia de derechos humanos dentro de sus procesos u operaciones relacionadas con la

protección al consumidor respecto a la igualdad y no discriminación de personas LGBTI de conformidad con los estándares interamericanos sobre la materia. Tales medidas deben incluir actividades de capacitación, y el desarrollo de indicadores que permitan al Estado verificar el cumplimiento de las anteriores medidas por parte de las empresas. Entre tales medidas, el Estado deberá requerir a las empresas, incluyendo a la empresa Supermercados Peruanos S.A., que hagan visible en sus instalaciones abiertas al público un mensaje que promueva el respeto del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI en sus operaciones relacionadas con la protección al consumidor en coordinación con la víctima y sus representantes del presente caso.

iv. Adoptar las medidas necesarias para impulsar la ratificación de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.

Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a los 29 días del mes de octubre de 2020. (Firmado): Joel Hernández García, Presidente; Antonia Urrejola Noguera, Primera Vicepresidenta; Flávia Piovesan, Segunda Vicepresidenta; Margarette May Macaulay, Esmeralda Arosemena de Troitiño y Edgar Stuardo Ralón Orellana (en disidencia), Miembros de la Comisión.

La que suscribe, Marisol Blanchard, Secretaria Ejecutiva Adjunta, de conformidad con el artículo 49 del Reglamento de la Comisión, certifica que es copia fiel del original depositado en los archivos de la Secretaría de la CIDH.

Marisol Blanchard
Secretaria Ejecutiva Adjunta

Voto Disidente
Informe de Fondo N° 304/20
Caso N° 13.505 "Crissthian Manuel Olivera Fuentes c/Perú"
Comisionado Stuardo Ralón Orellana

1. **Introducción**

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 50.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículo 19 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos vengo en emitir voto disidente en relación con lo resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en el Informe de Fondo N° 304/20, recaído sobre el Caso N° 13.505 "Crissthian Manuel Olivera Fuentes c/Perú". Ello por las razones que pasaré a exponer.

Los hechos del presente caso están relacionados con la siguiente situación fáctica. El Estado peruano fue denunciado porque, supuestamente, habría infringido una serie de garantías convencionales en perjuicio de Crissthian Olivera Fuentes.

El día 11 de agosto de 2004, el peticionario, junto con su pareja del mismo sexo, concurrieron al café de un supermercado en la ciudad de Lima. Allí, ambos expresaron de manera pública actos de connotación romántica o sentimental. De acuerdo con el relato dado a conocer en el voto de mayoría del Informe, un padre, que se encontraba junto a sus hijos ese día en el café, al advertir la circunstancia anteriormente descrita, llamó a uno de los trabajadores del local y le hizo saber que las expresiones en cuestión lo incomodaban tanto a él, como a su hija menor de edad.

Se señaló que, al momento de la ocurrencia de los hechos, existían otros niños y niñas en el área. Fue entonces que el trabajador se dirigió donde la pareja y les hizo saber que las expresiones de afecto que estaban realizando frente a un conjunto de niños y niñas resultaban incómodas para uno de los padres que se encontraba en la zona de consumo. A continuación, intervino la supervisora, quien solicitó a la pareja detener las expresiones en cuestión, dado el contexto del lugar en el cual se presentaban. De lo contrario, concluyó la supervisora, ella iba a tener que solicitarles respetuosamente proceder al abandono del café.

Unos días después, el peticionario procedió a presentar una denuncia en contra del supermercado cuestionado ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante "INDECOPI"), denunciando un acto de discriminación. Sin embargo, el INDECOPI rechazó la denuncia el 31 de agosto de 2005, argumentando que la presunta víctima no acreditó a nivel probatorio la existencia de un trato discriminatorio.

Luego, el peticionario recurrió en contra de esta decisión ante el órgano de apelación del INDECOPI, el cual confirmó la sentencia de primera sentencia el 17 de mayo de 2006. El tribunal de alzada del INDECOPI confirmó que el demandante no había acompañado los medios de prueba suficientes para acreditar la efectividad de la conducta denunciada. Contra dicha resolución, el 13 de septiembre de 2006, la presunta víctima solicitó la nulidad parcial de la decisión, ante la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, la que el 10 de junio de 2008 declaró infundada la solicitud, argumentando que las pruebas aportadas no resultaban suficientes para condenar al supermercado demandado.

A su vez, esta sentencia fue objeto de un recurso de apelación por parte del demandante, esta vez ante la sala civil de la Corte Suprema del Perú. El máximo tribunal del país también rechazó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia argumentando también la debilidad probatoria aportada por el demandante en la causa. Dicha sentencia fue pronunciada con fecha 14 de junio de 2010. En contra de esta sentencia, el demandante dedujo un recurso de casación ante la sala constitucional y social permanente del mismo tribunal, recurso que fue rechazado el 11 de abril de 2011. La notificación de esta resolución tuvo lugar el 30 de mayo de 2011.

Finalmente, el peticionario concurrió ante la CIDH presentando una denuncia contra el Estado peruano el 29 de noviembre de 2011. La misma fue declarada admisible el 28 de diciembre de 2017 a través del Informe de Admisibilidad N° 172/17 el 28 de diciembre de 2017.

Habiendo estudiado el caso en cuestión a la luz de los antecedentes disponibles, y a diferencia de lo resuelto por el voto de mayoría de la CIDH, creo que la petición en análisis debió ser rechazada en el fondo. Todo ello, según explicaré a continuación.

2. **El voto de mayoría condena al Estado peruano a partir de una nueva calificación jurídica de ciertos hechos, pese a que no era competencia de la Honorable Comisión proceder a efectuar esa nueva calificación. Objeción de cuarta instancia.**

La Honorable Comisión no es un tribunal de cuarta instancia. Esto es una cuestión universalmente aceptada al interior del sistema interamericano por todos sus actores.

Por tanto, no corresponde a la Honorable Comisión actuar como un tribunal llamado a revisar las conclusiones adoptadas por los tribunales nacionales respecto de las evidencias rendidas por las partes en un determinado proceso, o bien ponderar la corrección de la aplicación del derecho nacional por parte de esos mismos tribunales en un proceso específico.

Sin embargo, el voto de mayoría pronunciado por la Honorable Comisión resolvió este caso ignorando todo aquello. En efecto, el voto de mayoría, asumiendo el papel propio de un tribunal de instancia, concluyó que existían evidencias suficientes, en el proceso ante los tribunales nacionales, para afirmar que el peticionario había, efectivamente, experimentado una discriminación por su orientación sexual. Esto último, pese a

que **cinco** salas de jueces del Estado peruano habían concluido que no existían evidencias suficientes aportadas al proceso que permitieran concluir aquello.

Es a partir de esta nueva calificación de los hechos del caso, producto de una actuación *ultra vires*, que el voto de mayoría termina por condenar al Estado peruano. Ello, porque, como se indica en el párrafo 53, la atribución de responsabilidad internacional por parte del Estado dependía de que éste hubiese tenido "una respuesta adecuada para sancionar los hechos descritos", esto es, la situación de discriminación denunciada.

En cuanto los tribunales peruanos no sancionaron los hechos descritos —en la medida que aquellos estimaron que no existían pruebas para acreditar fehacientemente la existencia de una discriminación—, se declaró la responsabilidad internacional del Perú en este caso. Sin embargo, esa condena se origina en una actuación de la Honorable Comisión que no es consistente con el conjunto de competencias que la Convención Americana sobre Derechos Humanos le otorga.

Efectivamente, la Honorable Comisión no tiene competencias para actuar como un tribunal de instancia llamado a recalificar jurídicamente un determinado hecho a la luz de la evidencia rendida en un proceso judicial interno. La apreciación de la prueba es siempre una responsabilidad de la cual es titular el tribunal nacional competente. Esto, porque es ese tribunal el que dispone de los medios y la cercanía suficiente para conocer adecuadamente de la evidencia producida a lo largo de un proceso judicial.

No sería razonable exigir a la Honorable Comisión, que tenga la capacidad técnica para reevaluar la pertinencia de la prueba rendida, así como la corrección de las conclusiones a las cuales llegó un determinado tribunal, a partir del conjunto de evidencias aportadas por las partes en una causa.

Claramente, la determinación de la pertinencia de la evidencia, así como su apreciación, es responsabilidad de los tribunales estatales. En un régimen de protección de derechos de carácter subsidiario o coadyuvante, como el interamericano, no corresponde a la Honorable Comisión atribuirse responsabilidades que, de suyo, corresponden a las autoridades del Estado, sean estas ejecutivas, legislativas o judiciales.

Pese a lo anterior, el voto de mayoría, pronunciado por la Honorable Comisión, resolvió pronunciarse derechamente "si la interferencia en la vida privada y distinción de trató [en que habrían incurrido los trabajadores del supermercado] resultó **convencionalmente** aceptable", según indica en el párrafo 48.

Producto de ese análisis, el voto de mayoría concluyó — en el párrafo 53—, que "la amonestación a la presunta víctima como resultado sus manifestaciones de afecto (…) se tradujo en una afectación a los derechos a la privacidad así, como el principio de igualdad de y no discriminación de la presunta víctima".

La conclusión anteriormente expuesta se contradice con el análisis que **cinco** salas distintas de jueces efectuaron de los hechos del caso. Esos tribunales, que tuvieron la posibilidad de apreciar la prueba de manera directa, concluyeron que no existían evidencias suficientes para afirmar que el peticionario fue víctima de una discriminación por orientación sexual. La Honorable Comisión consideró, sin embargo, que sí existían evidencias suficientes para afirmar lo contrario.

En efecto, el voto de mayoría en su párrafo 56 manifestó que "los órganos administrativos y judiciales internos impusieron una carga argumentativa y probatoria excesiva a la presunta víctima (…) y que la misma entidad demandada reconoció que su actuación estuvo guiada por actos afectivos que eran resultado de la propia orientación sexual de la víctima, reconociendo la diferencia de trato".

Así las cosas, el voto de mayoría, naturalmente, concluyó en el párrafo 57 que "estos elementos probatorios e indicios eran suficientes para acreditar *prima facie* [ante los tribunales nacionales] la existencia de una interferencia o trato desigual" en perjuicio del peticionario.

No existe mejor demostración de que la Honorable Comisión ha actuado como un tribunal de cuarta instancia en el presente caso y es que en las señaladas conclusiones, en las que claramente la Honorable

Comisión aparece reevaluando la pertinencia y alcance de la evidencia rendida por las partes ante los tribunales del Estado.

Es lógico y natural que cada Comisionado tenga su propia opinión respecto de los hechos que tuvieron lugar aquel 11 de agosto de 2004. Sin embargo, las legítimas opiniones que puedan existir al respecto no pueden forzar a la Honorable Comisión a asumir competencias de las cuales carece y, de forma directa, entre a recalificar jurídicamente los hechos que dieron origen al caso.

Esto, a partir de un nuevo análisis de la prueba rendida en el proceso a nivel nacional. Ello, claramente, convierte a la CIDH en un tribunal de cuarta instancia.

La conclusión del voto de mayoría respecto del hecho en cuestión —esto es, la existencia de una discriminación por orientación sexual—, predetermina el resultado completo del análisis que a continuación efectúa la Honorable Comisión.

En efecto, si el voto de mayoría asume que existe una situación de discriminación en el origen del caso, bastaría con que los tribunales nacionales no hubiesen aplicado sanciones a los responsables de dicha discriminación para declarar la responsabilidad internacional del Estado peruano. Esto porque, el Estado no habría proveído de "una respuesta adecuada para sancionar los hechos descritos", según afirma el párrafo 53 del voto de mayoría. Esto fue, precisamente, lo que terminó ocurriendo en el presente caso, en el cual la Honorable Comisión condenó al Estado porque la actuación de sus tribunales habría, supuestamente, infringido el derecho a la tutela judicial efectiva de la presunta víctima, según indica el voto de mayoría en el párrafo 60.

De igual manera, el voto de mayoría razonó —de acuerdo con el criterio exhibido en el párrafo 53— que los tribunales nacionales también habrían infringido el derecho a la privacidad, y el principio de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, todas las conclusiones obtenidas por la Honorable Comisión, en relación con los derechos anteriormente mencionados, se fundan en una actuación *ultra vires* de la misma. Es, precisamente, esa actuación, la que deslegitima las conclusiones a partir de las cuales se declaró la responsabilidad internacional del Estado peruano en este caso.

La Honorable Comisión no es un tribunal de cuarta instancia. La Honorable Comisión es un órgano de supervisión en materia de derechos humanos adscrito a un sistema de carácter subsidiario o coadyuvante, cuestión que le impide asumir las responsabilidades que son propias de los órganos judiciales nacionales.

3. **Inconsistencia razonable en el voto de mayoría**

El voto de mayoría señaló en el párrafo 45 que "**en el presente caso excede a su mandato pronunciarse respecto de la responsabilidad de la entidades o empresas privada involucrada**". Detrás de este razonamiento, claramente, está la idea de que la Honorable Comisión no puede conocer respecto de situaciones entre agentes privados que, eventualmente, puedan llegar a representar infracciones de derechos humanos.

Reconozco que esta es una posición que se encuentra sujeta a una fuerte crítica, particularmente a la luz de los desarrollos que han tenido lugar en el contexto de la doctrina acerca de derechos humanos y empresa. Independiente de la posición que cada uno pueda sostener al respecto, es claro que el voto de mayoría actuó de una manera del todo inconsistente con el planteamiento propuesto por ese mismo voto de mayoría en el párrafo 45 del Informe.

En efecto, el voto de mayoría —luego de señalar que no es función de la Honorable Comisión conocer de eventuales violaciones de derechos humanos entre privados—, procede, paradójicamente, a resolver "si la interferencia en la vida privada y distinción de trató [en que habrían incurrido los trabajadores del supermercado] resultó **convencionalmente** aceptable", según indica en el párrafo 48.

Producto de ese análisis, el voto de mayoría concluyó — en el párrafo 53—, que "la amonestación a la presunta víctima como resultado sus manifestaciones de afecto (…) se tradujo en una afectación a los derechos a la privacidad así, como el principio de igualdad de y no discriminación de la presunta víctima".

Como es posible apreciar, el voto de mayoría resulta inconsistente desde una perspectiva razonable en relación con este punto en particular. Por un lado, afirma que no corresponde a la Honorable Comisión declarar supuestas infracciones de derechos humanos entre agentes privados. Sin embargo, el mismo voto de mayoría, luego, procede a reevaluar la evidencia rendida ante el proceso judicial nacional, y, tras recalificar jurídicamente los hechos del caso a la luz de la señalada reevaluación, procede a concluir que la actuación de los trabajadores del supermercado representó una violación del derecho a la privacidad, y del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio del peticionario.

Evidentemente, una de las obligaciones más relevantes de la Honorable Comisión es mantener un estándar de razonamiento jurídico que legitime, desde una perspectiva material, sus decisiones. La argumentación anteriormente señalada no contribuye en nada al cumplimiento, precisamente, de esa obligación.

4. **Conclusión**

Nunca es legítimo discriminar a una persona. La discriminación conlleva la realización de una acción injusta. Esto, porque a través de la discriminación se asignan derechos o cargas diferenciadas a personas que se encuentran en una posición similar, sin justificación alguna.

Sin embargo, la lucha de la Honorable Comisión por poner término a las situaciones de discriminación en la región no puede realizarse por cualquier medio.

En efecto, la Honorable Comisión no puede erigirse en una suerte de tribunal de cuarta instancia para contribuir a la señalada lucha. Los medios a través de los cuales la Honorable Comisión está llamada a oponerse a las situaciones de discriminación en el continente son, únicamente, aquellos que le otorga la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Luego, la Honorable Comisión no puede condenar a un Estado a partir de la reevaluación de la evidencia aportada por las partes en un proceso judicial ante tribunales internos. Tampoco puede impugnar la pertinencia de las pruebas rendidas ante tribunales, y objetar la valoración que esos tribunales efectúen de esa prueba.

Lo anterior, aun cuando los Comisionados, individualmente considerados, puedan legítimamente no estar de acuerdo con las conclusiones adoptadas por los tribunales del Estado.

Es por ello que, respetuosamente, disiento.

Comisionado CIDH