Caso Nº 13.505
Crissthian Manuel Olivera Fuentes
Perú
Observaciones Finales Escritas

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión", "la Comisión Interamericana" o "la CIDH") procede a presentar sus observaciones finales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte" o "la Corte Interamericana"). La Comisión reitera en todos sus términos las consideraciones de hecho y de derecho realizadas en el Informe de Fondo No. 304/20, en la nota de sometimiento del caso ante la Corte, en las observaciones a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado y a las observaciones orales realizadas en el marco de la audiencia pública del presente caso.

2. A continuación, la Comisión formulará sus observaciones finales realizando algunas precisiones en el siguiente orden: (I) excepciones preliminares; (II) observaciones respecto del fondo y; (III) reparaciones.

I. Excepciones preliminares

3. En primer lugar, el Estado peruano formula lo que denomina "cuestionamientos procesales de carácter preliminar" destinados a "cuestionar la actuación de la Comisión en el marco del trámite" seguido ante esta. Y considera que la Corte debe realizar un control de legalidad en relación con los hechos que a continuación se refieren.

4. El Estado solicita que la Corte IDH que realice un control de legalidad respecto a las actuaciones de la CIDH, porque observa que, en el Informe de Fondo, la CIDH ha realizado un examen y valoración de medios probatorios, que no corresponde a sus funciones. Además, sostiene que la CIDH ha arribado a conclusiones que se avocan al conocimiento del fondo de los procedimientos llevados a cabo a nivel interno, actuando como un tribunal de alzada. En ese sentido, el Estado peruano considera que la actuación de la CIDH ha incurrido en actos ultra vires, por haber extralimitado sus funciones.

5. Alega imposibilidad de que la CIDH asuma el rol de cuarta instancia. Plantea que, la CIDH se ha comportado como un tribunal de alzada, toda vez que, con base a la prueba disponible en el presente caso, concluyó el señor Olivera fue objeto de una injerencia en su vida privada y de una distinción basada en las expresiones de su orientación sexual.

6. El Estado peruano observa que, la CIDH ha rebasado las características de subsidiariedad y complementariedad que deben regir las actuaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Aduce que no forma parte de las competencias de la Comisión concluir la responsabilidad internacional del Estado, debido al juicio de valoración probatoria practicada en sede interna.

7. En segundo lugar, el Estado interpuso una excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos argumentando que el ordenamiento jurídico peruano a la época de los hechos proporcionaba diversos recursos legales para cuestionar la alegada interferencia en la vida privada, el acto supuestamente discriminatorio perpetrado por la empresa privada, así como los efectos negativos causados por la discriminación y sus reparaciones, los que no fueron agotados por la presunta víctima. Agregó sobre la presunta vulneración de los artículos 7 y 13 de la Convención Americana alegados en el ESAP, que la presunta víctima no hizo uso de la demanda de amparo conforme correspondía según el ordenamiento jurídico interno. Indicó que la presunta víctima no agotó tampoco los recursos internos respecto de las supuestas afectaciones a sus derechos a la protección de la honra y de la dignidad.

8. En este sentido, el Estado indicó que "debido a la naturaleza sancionadora del proceso iniciado por el señor Olivera y a que la sustancia de la materia presentada en sede interna solo involucraba la presunta vulneración al derecho a la igualdad, los tribunales internos estaban impedidos de delimitar su competencia

respecto de derechos que no fueron invocados en la denuncia; por lo que no resulta razonable mencionar que el análisis de los derechos fue admitido por las autoridades internas, como afirmó equivocadamente la CIDH" .

9. Y refirió que la presunta víctima pudo haber planteado el recurso de amparo para la protección de sus derechos previstos en los artículos 11, 7 y 13 de la Convención Americana. Además, expresó que otra alternativa consistía en presentar una denuncia por discriminación en la vía penal. Adicionalmente, esgrimió que la presunta víctima tenía también disponible la vía civil para exigir por medio de una acción de daños y perjuicios la indemnización por los efectos de las violaciones a sus derechos.

10. En tercer lugar, plantea que existe una debida inclusión de hechos que no forman parte del marco fáctico mediante el ESAP. Indicó que los representantes de las presuntas víctimas hicieron referencia en el ESAP a determinados hechos sobre los cuales pretendieron sustentar vulneraciones en perjuicio del señor Olivera, tales como la expulsión de un gimnasio y otros sucesos acontecidos el 17 de agosto de 2004, pese a ser ajenos a los hechos materia de la controversia delimitados en el marco fáctico de la CIDH. Concluyó indicando que "no cabe pronunciarse sobre posibles afectaciones a los derechos del señor Olivera sobre la base de los hechos relativos a su expulsión de un gimnasio y a los acontecidos el 17 de agosto de 2004 y demás hechos ajenos a los hechos materia de la controversia; por lo que solicita sean declarados inadmisibles y no sean considerados por la CIDH".

11. En cuarto lugar, el Estado alega la indebida inclusión en el ESAP de derechos presuntamente vulnerados (artículos 13 y 7 de la CADH). El Estado indicó que, en su ESAP, las presuntas victimas incluyeron nuevos derechos no considerados en el Informe de Fondo de la CIDH, en particular los artículos 13 y 7 de la Convención Americana. Refirió que si bien los representantes pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en el Informe de Fondo por la CIDH, esta prerrogativa tiene una limitación consistente en no invocar hechos nuevos, y en la medida en que las violaciones a dichos derechos se sustentan en "la existencia de actos generalizados de represión destinados a invisibilizar la expresión de género de la población LGBTI", hechos que no forman parte del Informe de Fondo, la inclusión debe desestimarse por la Honorable Corte.

12. Atendido lo anterior, la Comisión se pronunciará sobre cada uno de estos aspectos.

13. En primer lugar, la Comisión recuerda que conforme lo indicado reiteradamente por la Corte, se entienden como excepciones preliminares:

> (…) únicamente aquellos argumentos que tienen o podrían tener exclusivamente tal naturaleza atendiendo a su contenido y finalidad, es decir, que de resolverse favorablemente impedirían la continuación del procedimiento o el pronunciamiento sobre el fondo. Ha sido criterio reiterado de la Corte que por medio de una excepción preliminar se presentan objeciones relacionadas con la admisibilidad de un caso o la competencia de la Corte para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar[1].

14. La Comisión, además, recuerda que para que proceda el control de legalidad sobre las actuaciones de la Comisión, se debe estar en presencia de un error grave que vulnere el derecho a defensa del Estado. En el presente asunto el Estado no ha demostrado dicho extremo. La Comisión revisó si las actuaciones de las autoridades a nivel interno respetaron los derechos protegidos por la Convención Americana, más no actuó como cuarta instancia. En este sentido, la Comisión aplica el estándar probatorio requerido en el Sistema

[1] Corte IDH. Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311. Párr. 20. Citando: Cfr. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 34, y Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador, párr. 18.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

Interamericano y desarrollado desde el caso Velásquez Rodríguez, en que la Corte estableció los principios generales aplicables a la valoración probatoria.

15. La Corte en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México indicó que la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen una violación, puede conducir a los órganos del sistema interamericano a examinar los procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención. En dicho asunto la Corte Interamericana desestimó la excepción preliminar de cuarta instancia subrayando que "la excepción preliminar presentada por el Estado toma como punto de partida que no ha existido ninguna violación de derechos humanos en el presente caso, cuando es precisamente ello lo que se debatirá en el fondo del asunto"[2].

16. En este caso no existe error alguno de la Comisión, pues se trata del ejercicio de sus propias atribuciones y el Estado tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Así, el debate sobre si el Estado cumplió con sus obligaciones es claramente un aspecto de fondo.

17. En conclusión, la Comisión observa que el Estado no demostró la existencia de un error grave que vulnere su derecho de defensa.

18. De acuerdo a la jurisprudencia de esta Honorable Corte, en virtud de la autonomía e independencia de la Comisión Interamericana en el ejercicio de su mandato conforme a lo establecido por la Convención Americana y, particularmente, en el ejercicio de las funciones que le competen en el procedimiento relativo al trámite de peticiones individuales dispuesto por los artículos 44 a 51 de la Convención, este Tribunal sólo puede realizar un control de legalidad sobre las actuaciones de la CIDH en casos excepcionales en que exista un error grave que vulnere el derecho de defensa de las partes[3].

19. Atendidos los argumentos precedentes, no se identifica de manera alguna posibles vulneraciones al derecho a defensa estatal, siendo que sobre la individualización de las víctimas, la misma fue realizada en el informe de fondo, y respecto de la exclusión de víctimas que plantea el Estado, ello corresponde a aspectos del análisis de fondo.

20. Con base en las consideraciones expuestas, la Comisión solicita a la Honorable Corte que desestime la supuesta excepción preliminar interpuesta por el Estado por improcedente y que proceda al análisis de fondo del caso.

21. En segundo lugar, sobre el argumento de falta de agotamiento de los recursos internos, la CIDH recuerda que la víctima hizo uso de las vías administrativas y judiciales que permitieron al Estado conocer su denuncia discriminación en contra de la empresa respectiva y, por lo tanto, el Estado tuvo la posibilidad de sancionar, y reparar sus derechos de tal forma que la víctima agotó los recursos internos.

22. Adicionalmente, la CIDH recuerda que la Corte en el caso Galindo Cárdenas respecto de Perú[4], ha enfatizado que no es necesario el agotamiento de todos los recursos disponibles siendo suficiente se agoten los que resulten adecuados para remedir la violación alegada. 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 efecto derivado de una violación principal. En el presente

[2] Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C no. 220, párr. 20.
[3] Corte IDH. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, punto resolutivo primero; Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 23; y Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párr. 37.
[4] BUSCAR

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

asunto la víctima hizo uso de las vías administrativas y judiciales para atender su reclamo. Así, operó el debido agotamiento de los recursos internos.

23. En tercer lugar, sobre la alegada indebida inclusión de hechos fuera del marco fáctico mediante el ESAP, la Comisión estima que este alegato refiere a la controversia de fondo. Al respecto la Comisión recuerda "que el marco fáctico del proceso ante la Corte se encuentra constituido por los hechos contenidos en el Informe de Fondo sometido a su consideración. En consecuencia, no es admisible que las partes aleguen nuevos hechos distintos a los contenidos en dicho informe, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que hayan sido mencionados en el mismo y hayan sido sometidos a consideración de la Corte"[5].

24. En el caso Mendoza y otros vs Argentina al resolver una excepción relacionada con el marco fáctico del caso, la Corte Interamericana refirió que "la Corte recuerda que las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares. Si estos planteamientos no pudieran ser considerados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso, no pueden ser analizados mediante una excepción preliminar. En el presente caso, la Corte estima que no corresponde pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis corresponde al fondo"[6].

25. Por lo anterior, se solicita a la Corte valorar los hechos propuestos por la representación de la víctima a la luz de la jurisprudencia referida, analizando si explican o aclaran hechos expuestos por la Comisión en su Informe de Fondo y si guardan relación con el marco fáctico. Lo anterior, particularmente respecto a los hechos referidos a la expulsión de un gimnasio del señor Olivera y a los sucesos acontecidos el 17 de agosto de 2004 en cuanto al material audiovisual producido ese día, pues ambos hechos dicen relación con parte de las pruebas ofrecidas en el marco impulsado por el señor Olivera ante el INDECOPI, y resultan relevantes en vista de que constituyen antecedentes y detalles que permiten un mejor análisis del presente caso.

26. En cuarto lugar, sobre a la alegada indebida inclusión en el ESAP de los artículos 7 y 13 de la Convención Americana, la Comisión recuerda que "las presuntas víctimas y sus representantes pueden invocar la violación de derechos distintos a los comprendidos en el Informe de Fondo, siempre que se mantengan dentro del marco fáctico definido por la Comisión, en tanto son las presuntas víctimas las titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana. En esos casos, corresponde a la Corte decidir sobre la procedencia de alegatos relativos al marco fáctico, en resguardo del equilibrio procesal de las partes"[7]. Por lo anterior, la Corte puede evaluar la inclusión de dichos derechos a la luz de dicho estándar resguardando el equilibrio procesal de las partes.

II. Observaciones respecto del fondo

27. La Comisión observa que el objeto del debate en el caso se centra en determinar si la respuesta estatal en el marco del procedimiento de protección al consumidor y posteriormente en el ámbito judicial, frente a la alegada discriminación por expresión de la orientación sexual en el ámbito privado empresarial, fue convencional. En atención a lo anterior, la Comisión se referirá a los siguientes aspectos: (1) contexto de discriminación contra las personas LGBTI; (2) derecho a las garantías judiciales y protección judicial en relación con el derecho de igualdad ante la ley, derecho a la vida privada y expresión de la orientación sexual,

[5] Corte IDH. Caso Gonzalez Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C. no 298, párr.37.
[6] Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, y Reparaciones. Sentenciad e 14 de mayo de 2013, Serie C no. 260, párr.25.
[7] Corte IDH, Caso Moya Solís vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 2021, Serie C no. 425, parr.32.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

en el marco de procesos en que se denuncia discriminación; (3) razones por las que considera que Crissthian Olivera fue víctima de una diferencia de trato basada en su orientación sexual, la cual fue convalidada por las autoridades administrativas y judiciales que conocieron del caso, las que no garantizaron una tutela judicial efectiva.

1. Discriminación contra las personas LGBT

28. La Corte Interamericana ha reconocido que las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales, manifiesta en numerosos aspectos en el ámbito público y privado[8].

29. La Corte Interamericana ya ha tenido oportunidad de conocer de este tipo de discriminación en el Perú. En el caso Rojas Marín la Corte sostuvo que "en el Perú existen prejuicios significativos contra la población LGBTI"[9]. Y que "en la sociedad peruana existían y continúan existiendo fuertes prejuicios en contra de la población LGBTI, que en algunos casos llevan a la violencia"[10].

30. En materia de prestación de bienes y servicios, la Comisión observa que el Experto Independiente sobre la Orientación Sexual y la Identidad de Género de Naciones Unidas, ha sostenido que la discriminación contra personas del colectivo LGBTI es usual. Particularmente, el Experto ha referido a la situación de Perú, indicando que "la policía al parecer ha expulsado de ciertos espacios públicos a parejas del mismo sexo o les ha exigido que se abstuvieran de demostrarse afecto alegando que sería inapropiado en presencia de niños"[11].

31. La Comisión nota que, en el ámbito de actos de discriminación cometidos en espacios públicos, el Experto Independiente sobre la Orientación Sexual y la Identidad de Género de Naciones Unidas, ha referido a la "integración social" afirmando que "se refiere a la posibilidad de que las personas LGBT accedan al espacio público y que se expresen libremente en el. La violencia y la discriminación aparecen con mayor frecuencia -y mayor crueldad- en estos espacios, como castigo de los actos realizados por una persona para expresar públicamente ciertas orientaciones e identidades de género que quienes ejercen la violencia y la discriminación percibe como transgresoras"[12].

32. En vista de lo anterior, la Comisión observa que, tal y como fue indicado por la perita Laura Clérico este caso "no es un caso aislado sino que es una foto de un caso que representa la desigualdad estructural e histórica contra las personas del LGBTI en la región y en el Perú"[13].

2. Derecho a las garantías judiciales y protección judicial en relación con el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la vida privada y la expresión de la orientación sexual en el marco de procesos en que se denuncia discriminación

33. La Comisión recuerda que en el derecho internacional de los derechos humanos el principio de igualdad y no discriminación, tiene la categoría del *ius cogens*. La obligación de no discriminar impone a los Estados el deber de adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en la

[8] Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 33; Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrs. 91 y 92.

[9] Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrs. 49.

[10] Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrs. 51.

[11] Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de oritentación sexual o identidad de género. 74º Periodo de Sesiones de la Asamblea General. 17 de julio de 2019. A/74/181, párr. 29.

[12] Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de oritentación sexual o identidad de género. 74º Periodo de Sesiones de la Asamblea General. 17 de julio de 2019. A/74/181, párr. 29.

[13] Peritaje de Laura Clérico rendido en audiencia pública.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

sociedad. Esto implica el deber especial de protección del Estado respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

34. La orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención. Bajo el artículo 11 de la Convención, se prohíbe toda injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada, comprendiendo, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Bajo esta lógica, se presume trato discriminatorio cuando éste se basa en una categoría prohibida bajo el artículo 1.1 de la Convención. En estos casos procede un escrutinio estricto.

35. La Corte en el caso *Pavéz Pavéz vs. Chile* refirió que:

> "los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías protegidas en el artículo 1.1 de la Convención, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma" [14].

36. Adicionalmente, la Corte ha estimado que "el derecho a la identidad, y en particular la manifestación de la identidad, también se encuentra protegido por el artículo 13 que reconoce el derecho a la libertad de expresión. Desde esta óptica, interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho"[15].

37. En la Opinión Consultiva No. 24, la Corte sostuvo que "coincide con la Comisión cuando ésta señala que la falta de reconocimiento de la identidad de género o sexual podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisnormativos, o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares "tradicionales" no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos"[16].

38. Respecto del alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual, la Corte ha indicado "que ésta no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En este sentido, por ejemplo, los actos sexuales son una

[14] Corte IDH. Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párr. 69.
[15] Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 96.
[16] Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 96.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual"[17].

39. La perita Laura Clérico indicó que el hecho de que la discriminación que sufren las personas LGTBI sea histórica y estructural implica tres aspectos de relevancia para el caso: i) el test de igualdad debe ser aplicado en forma bien intensiva (escrutinio estricto); ii) la desigualdad estructural activa el examen de igualdad material, es decir, la pregunta acerca de qué realizó el Estado para no perpetuar la desigualdad estructural y transformar los factores y las relaciones de poder que las siguen sosteniendo; iii) las reparaciones y garantías de no repetición tienen que ser transformadoras[18].

40. Así, ante diferencias de trato basadas en la orientación sexual, para demostrar que no son discriminatorias, se requiere una fundamentación rigurosa mediante un escrutinio estricto. Cualquier diferenciación con base en las categorías prohibidas, invierte la carga de la prueba, por que corresponde a quien comete el trato diferenciado demostrar que no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Quien aduce haber sido víctima de discriminación solo debe presentar indicios de la ocurrencia del acto discriminatorio. Esto deriva de que quien denuncia no se encuentra en igualdad de condición para demostrar el acto discriminatorio, siendo necesario compensar y revertir la desventaja estructural.

41. La Comisión resalta que la Corte Interamericana ha desarrollado este estándar de inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación, atendida la complejidad probatoria que enfrentan las personas que sufren la discriminación. Así, en un caso en que se alegaba discriminación política y en que se exigía probar un trato discriminatorio, la Corte indicó que, "en ese tipo de casos es prácticamente imposible para el recurrente demostrar "fehacientemente" un nexo causal, con pruebas directas, entre un trato discriminatorio y la decisión formal de terminar los contratos, tal como exigió el juzgado que resolvió el amparo"[19].

42. Por su parte, en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, la Corte sostuvo que, tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, "la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, 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"[20]. En dicho caso, la Corte consideró que el Estado tenía "la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas"[21].

43. Esta inversión de la carga de la prueba y deber estatal de demostrar que la decisión no tenía una finalidad o efecto discriminatorio ha sido reiterada por la Corte en otros casos[22]. En el Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, la Corte sostuvo que "es responsabilidad del Estado determinar que efectivamente exista una causa razonable y objetiva para haber hecho la distinción. En ese orden de ideas, para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjo la decisión"[23].

[17] Corte IDH. Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párr. 80.
[18] Peritaje escrito de la perita Laura Clérico de 15 de agosto de 2022.
[19] 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.
[20] 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.
[21] 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. 125.
[22] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 260; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 286
[23] Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 260.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

44. En este punto cabe señalar, que opera para el Estado el deber de brindar protección judicial frente a actos de discriminación cuando proviene de terceros conforme a los referidos estándares. En ese sentido, el Estado tiene el deber de tutelar ciertos principios en el marco de procedimientos en que las personas aducen haber sufrido discriminación.

45. Para que opere la inversión de la prueba, debe existir un indicio de acto o práctica de dicha discriminación en función de la categoría prohibida, como sostuvieron las peritas Otero y Clérico[24]. El indicio puede ser aportado por la parte actora pero también puede provenir del propio contexto de discriminación estructural que está asociado muchas veces a las categorías sospechosas y debería ser conocido por las autoridades. La perita Otero refirió que la inversión de la carga de la prueba es probablemente el aspecto más importante en casos de discriminación, debido a la dificultad que tienen las víctimas para poder comprobar la discriminación, no solo porque no pueden carecer de elementos de prueba directos, sino que, además, la discriminación puede ser un motivo interno en la persona que discrimina o la entidad que establece el trato discriminatorio[25].

46. La Comisión observa que la distribución del *onus probandi* ha sido recogida en diversos instrumentos a nivel internacional, como el Manual de Legislación Europea Contra la Discriminación[26], que impone al presunto autor el deber de demostrar el carácter no discriminatorio cuando quien alega discriminación consigue establecer la presunción -indicio razonable de discriminación-. Este principio también ha sido consolidado en la legislación de la Unión Europea, en la Directiva sobre Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres en el Acceso a Bienes y Servicios[27], y ha sido reflejada por ejemplo en la última Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo, que estipula que la carga de la prueba recae en demandada cuando a primera vista haya discriminación, excepto en procedimientos en que sea el tribunal o el órgano competente quien deba instruir los hechos. Por tanto, establecido el indicio, la empresa debe probar que el trato no era discriminatorio, y las autoridades identificar si la diferencia de trato era justificada[28].

47. La Observación General No.24, del Comité de Derechos Económicos y Sociales y Culturales sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, refiere que la inversión de la carga probatoria se justifica cuando la empresa demandada tenga conocimiento exclusivo de la totalidad o parte de los hechos pertinentes para resolver una reclamación[29].

48. Por otra parte, la Comisión resalta que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en el caso Laurent Gabre Gabaroum c. Francia[30] indicó que no se puede exigir a las presuntas víctimas de discriminación racial que demuestren la intención de discriminar en su contra. Y que la imposición de demostrar la intención discriminatoria de la empresa contravino la prohibición discriminación y el procedimiento de inversión de la carga de la prueba previsto internamente, el que, al no ser aplicado correctamente, vulneró su derecho a un recurso efectivo. Y recomendó adoptar medidas para asegurar la plena aplicación del principio de la inversión de la carga probatoria.

[24] Peritajes de Laura Otero y Laura Clérico, rendido en audiencia pública.
[25] Peritaje de Laura Otero, rendido en audiencia pública.
[26] Manual de Legislación Europea contra la discriminación. Edición 2018.
[27] Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.
[28] 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.
[29] Observación general No. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/GC/24. 10 de agosto de 2017.
[30] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Comunicación núm. 52/2012. Laurent Gabre Gabaroum c. Francia. Decisión de 10 de mayo de 2016.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

49. A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo en el caso Beizaras y Levikas vs. Lituania[31], que una vez que un solicitante demuestra la diferencia de trato, corresponde al gobierno demostrar que estaba justificada. Particularmente, en cuanto a la cuestión de qué constituye prueba *prima facie* capaz de trasladar la carga de la prueba al Estado demandado, sostuvo que en el proceso ante él no existen barreras procesales a la admisibilidad de la prueba ni fórmulas predeterminadas para su valoración[32]. La Comisión nota que y por el Comité Europeo de Derechos Sociales también se ha referido en similar sentido[33].

3. Razones por las que se considera que Crissthian Olivera fue víctima de una diferencia de trato basada en su orientación sexual, la cual fue convalidada por las autoridades administrativas y judiciales que conocieron del caso, las que no garantizaron una tutela judicial efectiva

50. La Comisión nota que los argumentos estatales conforme a los cuales no tendría responsabilidad internacional en el caso se fundan principalmente en que: el señor Olivera no habría acreditado la discriminación por razones de su orientación sexual en el marco del proceso impulsado ante el INDECOPI; la necesidad de utilizar el amparo como vía recursiva, el cual -ofrecería un estándar probatorio diverso al del procedimiento sancionatorio; la falta de competencia que tendría el INDECOPI para tutelar derechos como la honra, dignidad, libertad de expresión y la libertad personal; la afectación que derivaría a la garantía de presunción de inocencia por la inversión de la carga de la prueba ante la naturaleza sancionadora del procedimiento seguido ante el INDECOPI, y; la ausencia de discriminación estructural en el Estado peruano.

51. La Comisión observa que no hay controversia entre las partes, en cuanto que la víctima y su pareja se encontraban en el supermercado y se les requirió cesar su conducta y, en caso, de no hacerlo, salir del lugar. La Comisión identifica que parte del debate se genera en torno al cuestionamiento sobre el tipo de conductas que realizaban la víctima y su pareja y que habrían motivado el llamado de atención. Asimismo, el Estado ha sostenido que no habría existido una diferencia de trato motivada en la orientación sexual, de tal forma que no resultó en el caso pertinente analizar la justificación respecto de dicha distinción.

52. Al respecto, la Comisión nota que el señor Olivera en la audiencia pública del caso relató que el 11 de agosto de 2004, tras comprar productos en el supermercado Santa Isabel junto a su pareja, fueron a la cafetería ubicada en el segundo piso. Relató que estaba en una situación romántica sentado "muy junto" a su pareja leyendo poemas. Y que inicialmente se acercó personal de la empresa, indicándole que esos comportamientos no estaban permitidos. Posteriormente, tres funcionarios se le acercaron con el mismo motivo, y les intentaron retirar del recinto, tratando una de estas personas tomar por el brazo al señor Olivera, lo cual él evitó. Luego indicó que se acercó una mujer que dijo ser del área administrativa, quien les explicó que la intervención obedecía a "una queja que había presentado un cliente que estaba con su menor hija o hijo, en realidad no se sabe por qué la persona nunca fue identificada este cliente". Refirió que constantemente "se [les] reiteraba que no podía[n] efectuar esas muestras de afecto frente a los niños o niñas que estaban en el establecimiento. [Les] decían cosas como tienen que cuidar a los niños"[34].

53. Por otra parte, de la prueba rendida ante el INDECOPI por la empresa, la Comisión observa que una de sus empleadas refirió que recibió una queja de un consumidor que manifestó que se sentía incómodo por el comportamiento de dos hombres que se encontraban en una mesa contigua debido a que su menor hija presenció escenas de caricias, abrazos y besos[35]. Asimismo, se observa que en el Informe del Jefe de Prevención de Pérdidas consta que un empleado señaló que el 11 de agosto se recibió queja de clientes sobre

[31] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Beizaras y Levikas vs. Lituania. Decisión de 14 de enero de 2011.
[32] En este sentido, véase Nachova y otros c. Bulgaria.
[33] CEDS, Associazione Nazionale Giudici di Pace contra Italia, reclamación n.o 102/2013, 5 de julio de 2016, apartado 73; CEDS, Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) contra Bulgaria, reclamación n.o 41/2007, 3 de junio de 2008.
[34] Declaración de Crissthian Olivera rendida en audiencia de 24 de agosto de 2022.
[35] 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.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

dos hombres que "estaban cometiendo actos de homosexualidad a vista y paciencia de todo el público que se encontraba en el 2° piso de la tienda". Y que, conforme a la queja del cliente, este se encontraba molesto porque sus hijos se encontraban jugando en el Playground y al salir presenciaban cómo "dos personas del mismo sexo se besaban y acariciaban"[36].

54. En este sentido, de acuerdo con la prueba recapitulada, la Comisión nota que la amonestación que fue realizada a la víctima y la solicitud de hacer cesar su conducta fue claramente resultado de la expresión de su orientación sexual o al menos de la percepción que se tuvo de la misma y la expresión de afecto con su pareja.

55. La anterior conclusión encuentra respaldo en la prueba aportada por la empresa en el marco del proceso. En efecto, la empresa aportó cartas de vecinos del supermercado que referían a la protección de niños y niñas frente a actos de homosexualidad en espacios públicos[37]; reportes del incidente del personal del establecimiento de la cafetería del supermercado en San Miguel, conforme los cuales se refiere "actos homosexuales" por parte del señor Olivera y su pareja[38]; un informe del psiquiatra René Flores denominado el "significado de limitar la exhibición pública de manifestaciones eróticas entre parejas del mismo sexo y sus efectos sobre la niñez al asistir circunstancialmente a dicha situación", relativo a los impactos que pueden generar en niños y niñas las manifestaciones homosexuales[39]. Adicionalmente, el supermercado aportó un acta de intervención sobre el incidente de dos hombres que fueron encontradas teniendo relaciones sexuales en el baño del establecimiento de Santa Isabel el 2 de agosto de 2004 (ninguno de ella era el señor Olivera)[40], y; una nota sobre la expulsión de Crissthian Olivera de un gimnasio con anterioridad a los hechos, debido a su orientación sexual[41].

56. Por otra parte, la Comisión nota que la víctima presentó en el marco del proceso ante el INDECOPI sus declaraciones; un video del reportaje del periodista Juan Subauste para el programa Reporte Semanal[42], y; un video sobre el incidente discriminatorio contra los miembros del grupo Raíz Diversidad Sexual presentado en un reportaje del programa Panorama[43]. Lo anterior, asimismo, acreditaba que el llamado de atención del que fue objeto guardaba relación con su orientación sexual. En particular, sobre el video realizado por el Reporte Semanal, el 17 de agosto de 2004, el reportaje, como explicó el señor Olivera en la audiencia pública[44], consistía en mostrar la discriminación "extendida hacia la comunidad LGBTI". Así, una pareja heterosexual compuesta por el presentador y su pareja, y Crissthian junto a su pareja, ingresaron al local de supermercados Santa Isabel en San Isidro, es decir, en otra sucursal de la misma cadena de supermercados, y comenzaron a besarse. En dicho contexto, Crissthian Olivera y su pareja recibieron una amonestación por parte del personal de dicho establecimiento que les señaló que por "política de la empresa" debían retirarse y que "afuera en la calle [podían] hacer todo lo que qu[isieran], pero a[llí] no". Ello, a diferencia de lo ocurrido con el periodista y su acompañante que se besaron sin sufrir restricción alguna.

57. Adicionalmente, la Comisión observa que conforme refirió el señor Olivera en la audiencia pública del caso, el día de los hechos hubo presencia policial en el llamado de atención en su contra. La víctima indicó que este hecho surgió de la prueba aportada por la empresa. Además esta información se desprende de la sentencia del tribunal de alzada tras la apelación. De hecho, los votos en discordia del dos miembros del tribunal de alzada que conoció del recurso de apelación tras la resolución del INDECOPI, expresaron que

[36] Informe del Jefe de Prevención de pérdidas de 12 de agsoto de 2004, 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.
[37] Cartas adjuntas por el Supermercados Peruanos S.A.como anexo de su contestación ante la CPC. Anexo 18 del ESAP.
[38] Informe de William Silva de 9 de agosto de 2004; Anexo 4 del ESAP; Informe de José de la Cruz de 11 de agosto de 2004. Anexo 16 del ESAP; Informe N° 056-JPP San Miguel de Christian Quispe Dorador, Jefe de Prevención de Pérdidas de 12 de agosto de 2004. Anexo 17 del ESAP; y Declaración de Gabriela Madrid Paredes de 14 de octubre de 2004. Anexo 3 del ESAP.
[39] Informe del psiquiatra René Flores de 27 de mayo de 2005. Anexo 21 del ESAP.
[40] Acta de intervención del supermercado Santa Isabel de 2 de agosto de 2004. Anexo 19 del ESAP.
[41] Nota de prensa del Movimiento Homosexual de Lima (MHOL). Activista gay es discriminado en gimnasio. Anexo 20 del ESAP.
[42] Video del programa Reporte Semanal emitido el 22 de agosto de 2004. Anexo 10 del ESAP.
[43] Video del programa Panorama emitido el 22 de agosto de 2004. Anexo 11 del ESAP.
[44] Declaración de Crissthian Olivera rendida en audiencia de 24 de agosto de 2022.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

creaba convicciones sobre la discriminación, el hecho de que "se haya utilizado personal policial para pedir al denunciante que ces[ara] su conducta homosexual" y que "no es usual que la denunciada disponga de la presencia de personal de policía cada vez que una pareja hetero sexual se profesa caricias al interior de su tienda"[45].

58. Pese a la prueba ofrecida por las partes, así como el propio contexto de discriminación estructural que enfrentan las personas LGTBI respecto de la cual la Corte ya se ha pronunciado respecto de Perú[46], la Comisión nota que las autoridades que conocieron del caso consideraron que la víctima no logró acreditar una diferencia de trato, de tal manera que la empresa no tuvo que ofrecer una justificación del trato discriminatorio. Conforme se desprende de las decisiones administrativas y judiciales, la víctima no logró acreditar que frente al mismo tipo de conductas no se hubiera amonestado a parejas heterosexuales.

59. La Comisión observa que la anterior conclusión resultó de un estándar probatorio que resultó excesivo para la víctima. Las autoridades excluyeron indebidamente prueba que contribuía a acreditar la diferencia de trato; y se advierte en los razonamientos la presencia de estereotipos de género como relativo al razonamiento inicial sobre la afectación de niños y niñas referido por el INDECOPI, o el relativo a la legitimidad de intervenciones ante el carácter exacerbado de las conductas, en circunstancias en que conforme a las propias resoluciones no eran claras las conductas realizadas. Era precisamente con el indicio de la diferencia de trato basada en la discriminación que correspondía a la autoridad judicial, conforme se ha expuesto, analizar que la misma no fuera discriminatoria, lo cual requería una adecuada justificación de parte de la empresa.

60. La Comisión resalta que lo anterior se tradujo en que las autoridades no ofrecieron una protección judicial a la víctima frente a la discriminación por orientación sexual de la que fue objeto. Sin embargo, además, el razonamiento de las autoridades a nivel interno devela indicadores de lo que la perita Laura Clérico denomina discriminación encubierta. Así, la ausencia de encuadre de la discriminación LGBTI como desigualdad estructural; la falta de profundidad en el análisis del acto; el "plus probatorio" requerido a la víctima pese a que solo se exigía la existencia de un indicio; el uso de estereotipos que podría ser además un indicador de falta de imparcialidad[47]. Tales aspectos, en su conjunto, revela asimismo una conducta que conlleva discriminación o al menos tolerancia respecto de esta por parte de las autoridades que fueron llamadas a pronunciarse el caso.

61. En relación con el anterior punto, la Comisión considera oportuno recapitular algunas actuaciones que podrían dar cuenta de este tipo de discriminación encubierta. Así, en primera instancia el INDECOPI, rechazó la denuncia por falta de elementos probatorios que comprobaran el trato desigual. Invocó argumentos como la protección de la niñez y justificó "la actitud de un padre de familia al reclamar al proveedor que exija una pareja de homosexuales prudencia las manifestaciones de afecto". Además, sostuvo que los hechos podían llevar a pensar que hubo una actitud discriminatoria por parte del supermercado, o a que existió "una actitud escandalosa y expresamente provocada por la pareja homosexual"[48]. Asimismo, excluyó el material fílmico, pues no probaba fehacientemente el trato diferenciado y la filmación provenía de una cámara oculta, afirmando que los hechos del 17 de agosto "habían sido provocados por el denunciante" [49].

62. En apelación, si bien el Tribunal desestimó que el argumento respecto de la presencia de niños y niñas indicando que carecía de pertinencia, consideró que el denunciante no había presentado medios probatorios en relación con los hechos ocurridos el 11 de agosto de 2004. Estimó que los reportes del personal aportados

[45] Voto en discordia de Julio Baltazar Durán 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.
[46] Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrs. 51.
[47] Peritaje escrito de la perita Laura Clérico.
[48] Resolución del INDECOPI de 31 de agosto de 2005. Escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[49] Resolución del INDECOPI de 31 de agosto de 2005. Escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

que indicaban que el denunciante y su pareja se besaban, acariciaban y comportaban "forma inmoral", debían considerarse como "expresiones propias de empleados de esos niveles de representación y formación que únicamente acredita las razones por las cuales intervinieron a la pareja". Sostuvo que la sola intervención del agente policial no podía conducir a considerar que ello configura un acto discriminatorio[50]. Dicha instancia, nuevamente excluyó el video de 17 de agosto de 2014, argumentando "se habría obtenido únicamente con intervención de los interesados y no se refieren directamente a los hechos materia de este procedimiento". Se observa que, pese a ello, si tuvo dicha prueba en consideración "para disponer la realización de operativos futuros para la detección de probables conductas infractoras" [51].

63. Posteriormente, la Corte Superior de Lima rechazó el recurso de nulidad, esgrimiendo que las pruebas aportadas por el recurrente no fueron suficientes y que el video aportado que era de fecha posterior a los hechos en cuestión, y estaba editado[52]. Tras la apelación de dicha resolución, la Corte Suprema rechazó el recurso, considerando que quedó acreditado que el accionante permaneció con su pareja en el establecimiento, sin que se acreditara un trato discriminatorio[53]. Finalmente, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema concluyó no podía valorar nuevamente la prueba por ser incompatible con los fines del recurso de casación, rechazando el recurso de casación[54].

64. De la lectura de las referidas resoluciones la Comisión nota que las autoridades, y particularmente el INDECOPI no tuvieron un rol activo en el ordenamiento de diligencias probatorias; se desestimó prueba que tendía a acreditar una situación de discriminación estructural; se omitió valorar argumentos y pruebas que acreditaban con estándar de indicio la discriminación de que habría sido objeto la víctima, y; se omitió referir al contexto de discriminación estructural contra las personas LGBTI en el Perú. Además, la Comisión estima que el video excluido como prueba era de suma relevancia a efectos de la prueba del trato discriminatorio y contexto. Dicha prueba permitía a las autoridades realizar lo que refiere la perita Otero en su peritaje como "test de sustitución", que permite que en el caso de la discriminación por orientación sexual, se compare el trato que recibió una persona del colectivo LGBTI con el que hubiera recibido una persona heterosexual, en una situación comparable; es decir, estudia si la persona LGBTI sufre o no una comparativa desventaja en relación con la persona heterosexual en situaciones análogas[55].

65. En vista de los elementos antes expuestos, la Comisión observa que además de la falta de protección judicial en el caso, la Honorable Corte en el presente caso se encuentra en la oportunidad de examinar si en su conjunto la respuesta judicial dada por el Estado en el caso constituyó una forma de discriminación en perjuicio de la víctima.

66. Por otra parte, **la Comisión referirá al argumento estatal relativo a la afectación del principio de presunción de inocencia que implicaría la aplicación de la inversión de la carga de la prueba** por parte del INDECOPI y de las autoridades judiciales que se pronunciaron con posterioridad en el caso, de tal manera que fuera la empresa quien tuviera que ofrecer una justificación de la diferencia de trato.

67. De forma concreta, el Estado refirió que en los procedimientos administrativos sancionadores, "la presunción de inocencia se ha visto reflejada o traspuesta en el denominado principio de "licitud""[56]. La

[50] Decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de 17 de mayo de 2006. Escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[51] Decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de 17 de mayo de 2006. Escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[52] Resolución de la Corte Superior de Justicia de Lima de 10 de junio de 2008. Escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[53] Resolución de la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia de 14 de junio de 2010. Escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[54] resolución de la sala de Derecho Constitucional y social permanente de la Corte Suprema de 11 de abril de 2011. Escrito de la parte peticionaria de 29 de noviembre de 2011.
[55] Peritaje escrito perita Laura Otero, de fecha 16 de agosto de 2022.
[56] Escrito de contestación del Estado de 14 de diciembre de 2021.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

Comisión observa que, en efecto, el inciso 9 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú, señala dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa, el denominado "presunción de licitud", y refiere que "Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario"[57].

68. Al respecto, la Comisión observa que la perita Otero indicó que la prueba indiciaria para acreditar la diferencia de trato y la consecuente inversión probatoria no afecta la presunción de licitud que el derecho administrativo otorga a personas morales que ejercen el ámbito del consumo. La perita recordó que era el propio modelo que la legislación peruana el que se establecía en este asunto[58].

69. Sobre este extremo, es relevante recordar que la legislación peruana sobre protección al consumidor contempla infracciones administrativas frente a tratos discriminatorios. A la época de los hechos se encontraba vigente el Decreto Legislativo No. 716, Ley de Protección del Consumidor. El artículo 7B del Decreto Legislativo 716 vigente a la época establecía que:

> Artículo 7B. 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.

70. La perita Otero detalló que en un procedimiento como el caso que *sub judice*, no se da un procedimiento administrativo donde el administrado acuda en contra de la administración sino que se trata de un procedimiento en el cual un administrado denuncia ante el INDECOPI a otro administrado y "en tal sentido era necesario invertir la carga probatoria porque el no hacerlo implicó darle una ventaja procesal indebida a la empresa que contaba además con más medios de prueba como normalmente ocurre en este tipo de casos"[59]. Afirmó, además, que exigir a un administrado comprobar la objetividad y razonabilidad de una medida, no afecta esta presunción de licitud. De hecho, precisamente esta inversión de la carga probatoria da cuenta de la asimetría en que se encuentra un consumidor frente a una empresa.

71. En relación con lo anterior, la Comisión recuerda asimismo que es una obligación del Estado adoptar las medidas para asegurar la observancia del derecho a la igualdad y no discriminación dentro de su propia jurisdicción, de tal manera que el Estado debe regular, supervisar y fiscalizar que las empresas adopten medidas y cuenten con políticas públicas para que dicho derecho no sea afectado al interior de las diversas entidades, así sean privadas. Las empresas no solamente cuentan con mejores posibilidades y medios para poder acreditar que una persona no fue objeto de discriminación, sino que, además, la carga de la prueba que recae en la empresa ante prueba que indica que realizó una diferencia de trato basada en una categoría sospechosa, posibilita al Estado brindar una adecuada protección judicial a dicho derecho y también fiscalizar que la propia empresa ha cumplido con adoptar las medidas para salvaguardar dicho derecho.

[57] Artículo 230 inciso 9 de la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú
[58] Peritaje de Laura Otero, rendido en audiencia pública.
[59] Peritaje de Laura Otero, rendido en audiencia pública.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

72. Por otra parte, la Comisión estima relevante referir al argumento estatal sobre **idoneidad de la vía constitucional**. A este respecto, la perita Otero refirió que el procedimiento de protección al consumidor frente a una discriminación por orientación sexual en el ámbito empresarial como la agotada en el presente asunto era una vía adecuada, pues Perú regula mediante normativa expresa la prohibición de discriminación en materia de consumo, por lo que es un procedimiento idóneo, que permite investigar, sancionar y reparar la discriminación, y evitar que siga ocurriendo.

73. El propio Estado refirió a la protección que ofrece la vía del procedimiento administrativo sancionatorio ante el INDECOPI. Las representantes indicaron que en el período 2004-2020, INDECOPI había resuelto al menos 43 procedimientos sobre discriminación en el consumo por orientación sexual e identidad de género, de los cuales 12 casos correspondían a discriminación a parejas homosexuales en establecimientos comerciales abiertos al público[60].

74. En consideración de la Comisión, el hecho de que el señor Olivera hubiese tenido la posibilidad de elección entre el procedimiento sancionatorio y el procedimiento de amparo, que como refirió mediante declaración testimonial el señor Rafael Rodríguez Campos le era accesible[61], no excluye o exonera la responsabilidad estatal, puesto que el procedimiento por discriminación en el ámbito del consumo era una vía idónea como refirió la Comisión en su informe de admisibilidad y reiteró en su informe de fondo. La Comisión estima que el recurso agotado tenía asimismo la virtualidad para ser un recurso efectivo en este caso. Como refirió la perita Clérico, para que el recurso por denuncia de acto de discriminación sea efectivo, debe permitir: determinar si hubo un acto discriminatorio; cesar el acto discriminatorio; reparar; determinar garantías de no repetición. Además, debe permitir el control de convencionalidad[62].

75. Por último, la extensión del procedimiento en su conjunto vulneró la garantía del plazo razonable, en tanto no se justificó la demora. Sobre este aspecto, la Comisión observa que la denuncia por discriminación fue interpuesta el 1 de octubre de 2004, la 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.

76. En cuanto a la complejidad del asunto, el caso no revestía particular complejidad pues consistía básicamente la determinación de sí la empresa había cumplido con la Ley de Protección al Consumidor. Sobre la actividad procesal del interesado la Comisión nota que el señor Olivera ejerció los medios disponibles en la legislación para obtener una decisión respecto de su denuncia sin que se pueda afirmar que sus acciones implicaron una demora excesiva en el proceso. Respecto de la conducta de las autoridades judiciales, la Comisión observa que la denuncia obtuvo recién la resolución de primera instancia 10 meses después de interpuesta. Tras la apelación presentada en septiembre de 2005, el recurso fue resuelto el 17 de mayo de 2006, esto es 8 meses después. Posteriormente el señor Olivera presentó un recurso de nulidad, el cual fue resuelto en el año 2008 y, tras la apelación contra la decisión que rechazó el recurso de nulidad, la misma fue resuelta el 14 de junio de 2010. Finalmente, tras el ejercicio del recurso de casación el mismo fue resuelta el 11 de abril de 2011. Del relato previo se colige que el retardo fue ocasionado por la demora de las autoridades en resolver los recursos interpuestos sin que el Estado haya ofrecido razones que justifiquen los lapsos de tiempo transcurridos para la decisión de cada recurso.

77. Por todo lo anterior, la Comisión concluye que el Estado peruano es responsable por la violación de los derechos establecidos en los artículos 8.1, 11, 13, 24, y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

III. Reparaciones

[60] Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de fecha 16 de septiembre de 2021.
[61] Declaración testimonial de Rafael Rodríguez Campos de 1 de septiembre de 2022.
[62] Peritaje escrito de Laura Clérico de 15 de agosto de 2022.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org

78. El señor Olivera en su declaración ante esta Honorable Corte sostuvo que a la época de los hechos era un defensor de derechos humanos y gay. Indicó que había trabajado en varias organizaciones de derechos humanos, y era vocero del Movimiento Homosexual de Lima. Refirió que tras los hechos le costó abordar el rol de defensor de derechos humanos, y de víctima al mismo tiempo. Sostuvo que nunca más pudo mostrar afecto públicamente en sus relaciones de pareja tras lo ocurrido. Indicó que la única vez que tuvo contacto con un "juez supremo" se sintió humillado pues el juez en plena audiencia le llamó la atención por su postura corporal[63].

79. La perita Clerico[64] sostuvo que en el caso de la víctima convergían tres circunstancias; Christian Olivera se reconoce como "un varón cis homosexual entonces por un lado [concurre] discriminación por orientación sexual o por percepción de expresión de género"; es un defensor de Derechos Humanos; y [concurre una] "situación de desventaja estructural que padecen usuarios o consumidores frente a la situación de ventaja estructural de las empresas (…)". Refirió que estos tres tipos de convergencia ponen en una situación de desigualdad estructural a las personas LGBTI con lo cual.

80. La Comisión subraya la importancia de que las reparaciones tengan en cuenta la necesidad de otorgar reparación integral al señor Olivera. Adicionalmente, conforme a lo referido por las representantes en el Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas, los actos de discriminación tuvieron un impacto en la salud mental de Crissthian Olivera. En razón de lo anterior la Comisión estima relevante que, conforme a lo requerido por sus representantes el Estado brinde la víctima un tratamiento adecuado conforme a sus necesidades, el que debe ser prestado por una persona o institución con la experticia requerida para tratar específicamente a personas que han sufrido actos de discriminación.

81. La Comisión valora la expresión del Estado que informa que viene incorporando políticas transversales que promueven el respeto, promoción y protección de los derechos de las personas LGBTI contenidas en instrumentos como el Plan Nacional de Derechos Humanos, el Plan Nacional de Igualdad de Género y el Plan Nacional Contra la Violencia de Género, así como la adopción de políticas públicas implementadas por diversos sectores en la materia. Sin embargo, considera que el Estado debe erradicar la discriminación basada en la orientación sexual incluyendo su expresión en espacios públicos para lo cual se requiere reforzar la implementación de la capacitación a los agentes estatales en la materia, así como de campañas educativas destinadas a la sociedad en general.

82. Adicionalmente, el Estado debe asegurar la plena aplicación del principio de inversión de la prueba en procesos en que se alega discriminación por parte de las empresas. Para este efecto se considera idóneo la realización de capacitaciones destinadas a operadores de justicia y autoridades administrativas que conozcan de denuncias u otro tipo de acciones en que se alegue discriminación. La Comisión estima que el Estado debe impulsar medidas para promover la debida diligencia en materia de respeto a los derechos humanos en el ámbito empresarial, que incluyan capacitaciones a sus funcionarios y colaboradores.

[63] Declaración de Crissthian Olivera rendida en audiencia de 24 de agosto de 2022.
[64] Peritaje de Laura Clérico rendido en audiencia pública.

1889 F Street N.W., Washington, D.C., 20006, United States | ☎ +1 (202) 370-9000 | 🖷 +1 (202) 458-3992 | ✉ cidhoea@oas.org
www.cidh.org