

Discriminación por orientación sexual en las relaciones de consumo

Corte IDH. *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484

Por Jeannette Llaja Villena¹ y Beatriz Ramírez Huaroto²

1. Introducción

El 11 de abril de 2023 la Corte IDH notificó públicamente su sentencia en el caso de Crissthian Olivera Fuentes, primero sobre discriminación por orientación sexual en las relaciones del consumo, en el que se responsabiliza a un Estado por no fiscalizar la actuación de empresas privadas.³

El Sr. Olivera Fuentes y su pareja fueron discriminados en un supermercado en el año 2004, cuando en el Perú y en el Sistema Interamericano recién empezaba a construirse un marco jurídico de protección de derechos para las personas LGTBIQ+.⁴ En ese momento, la CIDH solo había declarado la

1 Abogada (Pontificia Universidad Católica del Perú). Magíster en Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica del Perú). Maestranda en Gobierno y Gestión Pública en América Latina (Universidad Pompeu Fabra). Fue abogada del caso en sede interna como parte de DEMUS – Estudio para la defensa de los derechos de la mujer.

2 Abogada (Pontificia Universidad Católica del Perú). Magíster en Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica del Perú). Profesora de Derecho (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Escuela de Posgrado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y Academia de la Magistratura).

3 Corte IDH. Comunicado de Prensa 24/2023. 11 de abril de 2023.

4 En la sentencia se precisa que el acrónimo LGTBIQ+ se refiere a personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer, en donde el signo + representa a las personas con una orientación sexual, una identidad de género, una expresión de género y características sexuales diversas que se identifican a sí mismas utilizando otros términos. Corte IDH. *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484, nota al pie 37.

admisibilidad del caso *Giraldo Vs. Colombia*,⁵ en el que se denunciaba la negación a una mujer privada de libertad del derecho a la visita íntima de su compañera de vida.

Al momento de la emisión de la sentencia, casi dos décadas después de los hechos materia del caso *Olivera Fuentes*, la Corte IDH ya había desarrollado una importante jurisprudencia sobre la base de la CADH y otros tratados del SIDH para fortalecer el reconocimiento y garantía de los derechos de la diversidad sexual.

Los casos “*Atala Riffo y niñas*”,⁶ “*Duque*”,⁷ “*Flor Freire*”,⁸ “*Azul Rojas Marín y otra*”,⁹ “*Vicky Hernández y otras*”,¹⁰ y “*Pavez Pavez*”¹¹ establecieron un marco interpretativo desde el que se abordó la discriminación contra *Cristhian Olivera*. Asimismo, la Opinión Consultiva OC-24/17¹² reconoció la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías protegidas contra la discriminación al amparo de la CADH.

Luego de esta introducción, en la segunda parte se hace un resumen de los hechos del caso. En la tercera parte se presentan los principales hitos del procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En la cuarta parte se analiza el fondo de la sentencia. En la quinta parte se resumen las reparaciones ordenadas. Por último, a modo de conclusión, se hace un comentario general de la relevancia de la sentencia.

2. Los hechos del caso

El 11 de agosto de 2004, en horas de la noche, el Sr. *Olivera Fuentes* y su pareja se encontraban en la cafetería *Dulces y Salados de Supermercados Santa Isabel* (hoy bajo la denominación *Plaza Vea* a cargo de la empresa *Supermercados Peruanos*) realizando demostraciones de afecto que consistían en proximidad física, miradas románticas y lectura de poemas.

5 CIDH. Informe N° 71/99. Petición 11.656. *Marta Lucía Álvarez Giraldo*. Colombia, 4 de mayo de 1999.

6 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

7 Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

8 Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

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.

10 Corte IDH. *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422.

11 Corte IDH. *Caso Pavez Pavez Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449.

12 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.

La supervisora de la tienda, junto a miembros de seguridad, les señaló que debían cesar sus demostraciones de afecto o que, de lo contrario, se retiraran de la tienda. De acuerdo con la empresa, un cliente se había quejado porque había niños circulando por la zona.

Con posterioridad, el 17 de agosto de 2004, el Sr. Olivera Fuentes y su pareja realizaron demostraciones afectivas en otro local del mismo supermercado, ocasión en la que el personal les indicó que por política de la empresa debían retirarse. Estos hechos fueron parte de un reportaje del programa televisivo *Reporte semanal*, en el que concurrió también una pareja heterosexual que realizó la misma conducta, pero a la que no le hicieron ninguna indicación.

El 1 de octubre de 2004, el Sr. Olivera Fuentes denunció formalmente lo ocurrido ante la Comisión de Protección del Consumidor del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad (INDECOPI), institución que desde el año 1998 había desarrollado jurisprudencia administrativa frente a los casos de discriminación por razones étnico-raciales en el consumo, fundamentalmente relacionadas a la actuación de discotecas,¹³ en la que, de acuerdo a la norma que regulaba su actuación, debía aplicar el estándar de inversión de la carga de prueba.¹⁴ En el proceso, el Sr. Olivera Fuentes presentó el video publicado en el programa televisivo acerca de los hechos ocurridos una semana después de los actos iniciales de discriminación como un indicio de la actuación de la empresa.

Como respuesta a la denuncia administrativa, la empresa de supermercados alegó que el Sr. Olivera Fuentes no había logrado probar la existencia de un acto de discriminación en su contra y que el fin de la intervención de la empresa fue el “respeto a la moral y las buenas costumbres” y el interés superior de los niños que se encontraban jugando en la zona contigua a las mesas de la cafetería.¹⁵

Además, presentó un informe titulado “Informe médico-psicológico que trata el significado de la exhibición pública de manifestaciones eróticas entre parejas del mismo sexo y su efecto sobre la niñez”, en el que, entre otros elementos, se reivindica el ambiente familiar compuesto por un padre y una madre para el desarrollo psicosexual normal de los niños, como referencia para su identificación sexual y el entendimiento de las relaciones complementarias entre hombre y la mujer. Asimismo, indicó que el efecto de “asistir a escenas eróticas” consistentes en “besos, abrazos, caricias” en una pareja homosexual nunca será neutro y que “las relaciones eróticas homosexuales podían quebrar la comprensión de las relaciones afectivas entre un hombre y una mujer, a partir de lo que ve en su propia familia, provocándole inseguridad y angustia”.¹⁶ La empresa también presentó cartas en las que diversos clientes mostraban su rechazo a las muestras de afecto desplegadas por el Sr. Olivera Fuentes y su pareja.¹⁷

La revisión de todo el expediente administrativo muestra que la empresa nunca negó la intervención realizada al Sr. Olivera Fuentes, sino que la justificó.

13 Casos Discotecas The Edge y The Piano (1998), Sol y Luna, Delirium Café & Bar y Bauhaus (1998), entre otros. Conf. INDECOPI. *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito. Jurisprudencia del INDECOPI*. Lima, Indecopi, 2015.

14 Artículo 7.b del TUO del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor.

15 *Idem*, nota 4, párr. 53.

16 *Idem*, nota 4, párr. 54.

17 *Idem*, nota 4, párr. 53.

La Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI resolvió declarar infundada la denuncia por medio de la Resolución N° 1039-2005/CPC de fecha 31 de agosto de 2005. En su fundamentación, argumentó en extenso que la protección del interés superior del niño configura una causa objetiva para el trato diferenciado en el entendido de que las muestras de afectos homosexuales pueden dañar la integridad psicosexual de los/as niños/as y su salud integral.¹⁸ Para resolver el caso en concreto, señaló que los medios probatorios presentados no le generaban convicción acerca de los hechos denunciados y que, por tanto, no podía pronunciarse al respecto.

Ante la apelación del denunciante, el 17 de mayo de 2006 el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI emitió la Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI por la que confirmó la resolución precedente, pero modificándola en sus fundamentos. Asimismo, dispuso que la Comisión organice y realice operativos destinados a identificar posibles conductas discriminatorias por orientación sexual en establecimientos abiertos al público. Si bien concluyó en que el denunciante no pudo probar el trato diferenciado, tomó abierta distancia de la fundamentación de la primera resolución.

En primer lugar, estableció que las muestras de afecto entre las personas en un establecimiento público deben ser permitidas o restringidas con criterios totalmente independientes a la orientación sexual de las personas que las realizan y, en segundo lugar, señaló que “todas las alegaciones en cuanto al interés superior del niño no se corresponden con los hechos objeto de la denuncia”.

Esta decisión fue cuestionada ante el Poder Judicial en el marco de un proceso contencioso administrativo, en el cual la Segunda Sala en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, primero, y la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, luego, consideraron infundada la demanda, mientras que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente declaró improcedente el recurso de casación presentado.

El denunciante presentó el 13 de septiembre de 2006 una demanda contencioso-administrativa solicitando la nulidad del primer extremo de la Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI fundamentando su pretensión en que se vulneró el “debido proceso administrativo” al exigir un estándar probatorio que desconocía el principio *pro consumidor* y que, por tanto, violaba la Ley de Protección al Consumidor.

El 10 de junio de 2008 la Segunda Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia, por la que declaró infundada la demanda, pues consideró que “no se advierte que [la resolución de INDECOPI] 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 ha actuado conforme a ley”. Ello, en la medida en que “las pruebas aportadas por el recurrente no son suficientes por constituir prueba realizada por el propio recurrente”.

¹⁸ La Comisión analizó en aproximadamente doce hojas si la exposición de niños a muestras de afecto por parte de parejas homosexuales daña su salud mental y concretamente su desarrollo psicosexual. Para ello, no solo hizo eco del informe médico-psicológico presentado por la empresa denunciada, sino que citó a otros psiquiatras de la misma tendencia respecto de la homosexualidad.

Asimismo, se pronunció sobre la justificación del trato diferenciado contra el denunciante, al considerar que su conducta era “no adecuada” y justificando la intervención en la “causa objetiva [de] la tranquilidad del resto de consumidores” y “el interés superior del niño” y el atentar contra “la cultura social”.

Ante la apelación presentada, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió su sentencia de fecha 14 de junio de 2010, en la cual confirmó la sentencia precedente en consideración de que, a su criterio, no se encontraba acreditado que el recurrente había sido víctima de un trato discriminatorio por razón de su orientación sexual. La Sala no evaluó las posibles causas objetivas y justificadas del trato diferenciado en tanto que “las pruebas aportadas [...] no otorgan certeza de los hechos ocurridos”.

Contra esta sentencia se presentó un recurso de casación que fue declarado improcedente por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente el 11 de abril de 2011, bajo la consideración de que admitirlo supondría “una nueva valoración de la prueba actuada”.

El argumento que se mantuvo en las resoluciones del proceso administrativo y el judicial es que el Sr. Olivera Fuentes no pudo probar el trato diferenciado, de forma que se redujo la discriminación vivida a versiones contradictorias entre las partes. Se desestimó el valor probatorio como indicio del video del reportaje televisivo con hechos del 17 de agosto de 2004, y se guardó silencio sobre la respuesta y pruebas presentadas por el supermercado en los que explicaba y justificaba su actuación discriminatoria.

Sin embargo, mientras la Comisión de Protección al Consumidor, aludiendo al interés superior del niño, recogió argumentos del informe médico-psicológico presentado por la empresa sobre las consecuencias de la exposición de los niños a conductas homosexuales, los órganos jurisdiccionales, en una aparente neutralidad, aludieron a actos de pareja “excesivos” o “exacerbados” que afectaban a la infancia, así fueran protagonizados por personas heterosexuales u homosexuales.¹⁹

3. Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se presentó el 29 de noviembre de 2011 y, por los hechos expuestos, se denunció la violación del derecho a la igualdad ante la ley (art. 24) en relación con la obligación de respetar y garantizar derechos sin discriminación derechos (art. 1.1) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2); derecho a la vida privada (art. 11.2), a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), en conexión con el artículo 1.1; así como de los derechos a las garantías judiciales (art. 8.1) y protección judicial (art. 25) en conexión con el artículo 1.1. de la CADH. La CIDH declaró admisible la petición el 28 de diciembre de 2017 en cuanto a presuntas violaciones a todos esos derechos.²⁰

19 Mayor desarrollo sobre lo resuelto en sede interna se encuentra en Ramírez Huaroto, B. y Llaja Villena, J. (febrero de 2011). Protección del/a consumidor/a y prueba en los casos de discriminación: una agenda pendiente. *Gaceta Constitucional*, Tomo 38, 269-280.

20 CIDH. Informe 172/17. Petición 1718-11. Admisibilidad. *Cristhian Manuel Olivera Fuentes*. Perú. 28 de diciembre de 2017.

El 29 de octubre de 2020 la Comisión aprobó su Informe de fondo en el que concluyó que el Estado había violado los derechos a las garantías judiciales –plazo razonable (art. 8.1), vida privada (art. 11), igualdad ante la ley (art. 24) y protección judicial– tutela efectiva (art. 25.1), todos ellos en relación con la obligación de respetar y garantizar derechos sin discriminación (art. 1.1.) de la CADH.

Se desestimaron las alegaciones en torno a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13) y la relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2). De conformidad con el artículo 50 de la CADH, recomendó al Estado reparar integralmente al Sr. Olivera Fuentes, incluyendo el pago de una indemnización por daños materiales e inmateriales. Asimismo, le recomendó adoptar cuatro medidas específicas para evitar la repetición de los hechos: a) elaborar e implementar una política pública para promover en la sociedad el respeto a los derechos de las personas LGBTI y su aceptación social, en especial a través de la educación y la cultura general; b) crear o fortalecer mecanismos de entrenamiento especializados a todos los operadores de justicia y fuerzas de seguridad sobre la temática; c) exigir, promover y orientar 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; y d) adoptar medidas para ratificar la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.²¹

El 4 de junio de 2021 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH, luego de seis meses de notificado al Estado peruano sin que se hayan observado avances en el cumplimiento de las recomendaciones. La Comisión consideró que el caso permitiría “profundizar [la] 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”, así como “continuar desarrollando los estándares relativos a la tutela judicial efectiva en este tipo de casos”.²²

La Corte IDH deliberó el 4 de febrero de 2023. Antes de pronunciarse sobre el fondo, se atendió a cuatro argumentos presentados por el Estado.

En primer lugar, cuestionó que la CIDH se extralimitó en su competencia, pues analizó y valoró medios probatorios. Frente a ello, la Corte IDH precisó que los órganos del SIDH no fungen como una cuarta instancia de revisión judicial que examina la valoración de la prueba para determinar su compatibilidad con la normativa interna, sino con relación a la CADH.

En segundo lugar, el Estado alegó que el Sr. Olivera Fuentes no agotó los recursos internos porque adoptó una vía que no era la más idónea para obtener tutela. La Corte IDH replicó que no era necesario el agotamiento de la vía interna respecto de todos o cualquiera de los recursos disponibles, sino que los recursos a ser agotados son aquellos que resultan adecuados en la situación particular de la violación de derechos humanos alegada y que esto se dio en el caso.

21 CIDH. Informe No. 304/20, Caso 13.505. Fondo. *Crissthan Manuel Olivera Fuentes*. Perú. 29 de octubre de 2020.

22 CIDH. Nota de remisión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 13.505. *Crissthan Manuel Olivera Fuentes*. 4 de junio de 2021.

En tercer lugar, se alegó que, durante el trámite ante la Corte, los representantes de la víctima hicieron referencia a hechos ajenos al marco fáctico establecido por la CIDH en el informe de fondo. El Tribunal dio la razón parcialmente al Estado, pues excluyó uno de los hechos alegados.

Finalmente, el Estado alegó que, durante el trámite ante la Corte, los representantes de la víctima alegaron la violación de los derechos a la libertad (artículo 7) y a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13) en relación con supuestos actos generalizados de represión destinados a la invisibilización de la población LGBTIQ+. La Corte IDH señaló que dichas alegaciones estaban limitadas a los hechos del caso que eran el análisis del procedimiento administrativo y jurisdiccional interno y, por tanto, eran procedentes, pues entraban dentro del marco fáctico comprendido en el informe de fondo.

4. Análisis del fondo de la sentencia

En la sentencia se declararon vulnerados los derechos a la libertad personal (art. 7.1), a la vida privada (art. 11.2), a la igualdad ante la ley (art. 24), a las garantías judiciales (art. 8.1) y a la protección judicial (art. 25.1) consagrados en la CADH. Se trató de una recurrencia en cuanto a los derechos declarados como vulnerados en los casos previos sobre diversidad sexual, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Caso	Derechos declarados vulnerados
Atala Riffo Vs. Chile	garantías judiciales (art. 8.1) protección a la honra y a la dignidad (art. 11.2) protección a la familia (art. 17) igualdad ante la ley (art. 24) obligación de no discriminación (art. 1.1)
Duque Vs. Colombia	igualdad ante la ley (art. 24) obligación de no discriminación (art. 1.1)
Flor Freire Vs. Ecuador	garantías judiciales (art. 8.1) protección a la honra y a la dignidad (art. 11.1) igualdad ante la ley (art. 24) obligación de no discriminación (art. 1.1) obligación de adoptar medidas (art. 2)
Azul Rojas Marín Vs. Perú	integridad personal (art. 5) libertad personal (art. 7) garantías judiciales (art. 8.1) protección a la honra y a la dignidad (art. 11) protección judicial (art. 25) obligación de no discriminación (art. 1.1) obligación de adoptar medidas (art. 2)

Caso	Derechos declarados vulnerados
Vicky Hernández y otras Vs. Honduras	reconocimiento a la personalidad jurídica (art. 3) vida (art. 4) integridad personal (art. 5) libertad personal (art. 7) garantías judiciales (art. 8) privacidad (art. 11) libertad de expresión (art. 13) nombre (art. 18) protección judicial (art. 25) obligación de no discriminación (art. 1.1)
Pavez Pavez Vs. Chile	libertad personal (art. 7) garantías judiciales (art. 8.1) vida privada (art. 11) igualdad ante la ley (art. 24) protección judicial (art. 25) trabajo (art. 26) obligación de no discriminación (art. 1.1)

En tanto el acto discriminatorio denunciado fue perpetrado por una empresa, es decir, un agente no estatal, la Corte IDH analizó la fundamentación dada en las respuestas administrativas y judiciales frente a la denuncia del Sr. Olivera Fuentes para determinar la existencia de responsabilidad estatal.

La declaración de responsabilidad estatal se centró en dos líneas argumentativas: por un lado, los parámetros y las exigencias sobre la carga de la prueba impuestos por los órganos administrativos y judiciales y, por el otro, los estereotipos por orientación sexual que afectaron la imparcialidad de dichos órganos.

En primer lugar, la Corte IDH combinó los estándares para la valoración de las pruebas en los casos de discriminación por motivos históricos, con los que deben operar cuando se trata de actuación de agentes empresariales. Sobre lo primero, ya tenía abundante jurisprudencia previa; sobre lo segundo, innovó en esta sentencia siguiendo estándares del Sistema Universal y del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Por ambas razones se estableció como razonable que solo se exija a quien denuncia “aquello que está en posibilidad material de probar, lo que se traduce en el aporte de indicios de su denuncia”, a fin de poder dar un “panorama de hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación”. Una vez que la víctima ha presentado un caso *prima facie*, la carga de la prueba pasa al autor –en este caso, la empresa–, que debería demostrar que no hizo tal distinción o que existió una justificación objetiva y razonable que amparaba la diferencia de trato.²³

En el caso concreto, aunque la Corte IDH se declaró incompetente para determinar la veracidad de lo denunciado, declaró la existencia de

23 *Idem*, nota 4, párr. 109.

fuertes indicios de discriminación en razón de la orientación sexual del Sr. Olivera y su pareja, a través no solo de la propia denuncia interpuesta por el Sr. Olivera y su testimonio, sino también de las declaraciones realizadas por los trabajadores de Supermercados Peruanos S.A., así como de la propia estrategia de defensa del supermercado.²⁴

Una consideración especial se hizo sobre el valor de los testimonios en contextos de discriminación histórica. Así, precisó que “en un contexto donde aún prevalecen prejuicios y existe una discriminación histórica y estructural contra personas LGBTIQ+, las instancias administrativas y los tribunales deben ser especialmente cuidadosas a la hora de desechar o desvalorar testimonios”. La regla debe ser que ningún “testimonio puede ser infravalorado únicamente en razón de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de una persona”.²⁵

En segundo lugar, la Corte IDH sostuvo que las instancias administrativas “concluyeron sesgadamente que toda manifestación de afecto entre una pareja homosexual podría implicar un aspecto erótico” y que esa forma de valoración “conlleva un estereotipo negativo por orientación sexual que contiene una carga peyorativa que no habría sido aplicada a una pareja heterosexual” de forma automática. Ello no fue posteriormente corregido, ni reparado judicialmente. Además, consideró que en sede interna “fueron valorados peritajes y testimonios con gran contenido de estereotipos”.²⁶

En tanto las resoluciones administrativas apelaron a prejuicios sociales sobre actos afectivos realizados por una pareja homosexual y su alegado impacto sobre otras personas (y, en particular, niños y niñas), amparando así al supermercado sin un mayor análisis de lo que realmente sucedió, estuvieron motivadas en razones discriminatorias con base en la orientación sexual del Sr. Olivera Fuentes y su pareja. Ello comprometió el acceso a un órgano imparcial que analizara la denuncia, lo que es parte del debido proceso.²⁷

La Corte IDH recordó su jurisprudencia previa sobre imparcialidad subjetiva y resaltó que

los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima.²⁸

Se desestimaron las alegaciones sobre violación del plazo razonable como parte del debido proceso, pues transcurrieron cinco instancias (entre el ámbito administrativo y el judicial) en un lapso de seis años y medio, desde la interposición de la denuncia por parte del Sr. Olivera Fuentes hasta la

24 *Idem*, nota 4, párr. 108.

25 *Idem*, nota 4, párr. 116.

26 *Idem*, nota 4, párr. 122.

27 *Idem*, nota 4, párr. 124.

28 *Idem*, nota 4, párr. 123.

última resolución definitiva dictada por la Corte Suprema de Justicia, sin que se apreciara conducta negligente por parte del Estado peruano.

Tampoco se declararon violaciones autónomas a los derechos a la integridad psíquica y moral (art. 5), así como a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13), en tanto se entendieron analizadas “bajo el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad personal y el derecho a la vida privada”.²⁹

El estándar más novedoso de la sentencia es el referido a la obligación de las empresas privadas de respetar los derechos humanos de las personas LGTBIQ+ y la obligación de los Estados de reglamentar, monitorear y fiscalizar su actuación.

La Corte IDH recuerda que la obligación que tienen los Estados de garantizar derechos abarca el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes protegidos, “siendo necesario adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en las sociedades”, lo que incluye un “deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.³⁰

Como en el “Caso de los Buzos Miskitos”,³¹ la Corte IDH marcó pautas a partir de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos. Así señaló que los Estados deben adoptar medidas para que las empresas: a) cuenten con políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; b) incorporen prácticas de buen gobierno corporativo con enfoque de parte interesada; c) cuenten con procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y d) cuenten con procesos que permitan reparar violaciones a derechos humanos con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando afectan a personas en situación de pobreza o en situación de vulnerabilidad.³²

En tanto el estigma, profundamente arraigado en la sociedad, así como los estereotipos negativos que recaen sobre la comunidad LGTBIQ+ perpetúan los actos de discriminación, la Corte IDH destacó la necesidad de implicar a toda la comunidad para eliminar todo tipo de prácticas y actitudes discriminatorias, muy particularmente, al sector empresarial, que tiene la “responsabilidad de fomentar un cambio positivo para la comunidad LGTBIQ+” respetando sus derechos en el contexto laboral y en las relaciones comerciales a través de la oferta de productos y servicios.³³

Respecto de las relaciones afectivas, el Tribunal indicó que “la CADH –entendida a la luz de los estándares internacionales sobre empresas privadas y derechos humanos– obliga a los Estados a exigir a las empresas privadas una estricta igualdad de trato entre personas LGTBIQ+ y personas heterosexuales en materia de afecto público”.³⁴ Reiteró la jurisprudencia previa, en el sentido de que, aunque el objetivo

29 *Idem*, nota 4, párr. 129.

30 *Idem*, nota 4, párr. 96.

31 Corte IDH. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432.

32 *Idem*, nota 13, párr. 100.

33 *Idem*, nota 13, párr. 102.

34 *Idem*, nota 13, párr. 118.

general de proteger el principio del interés superior del niño es en sí mismo un fin legítimo e imperioso, ello “no puede ser empleado como un argumento para justificar actos discriminatorios en razón de la orientación sexual”.³⁵

Con base en diversos documentos aprobados por órganos de las Naciones Unidas, la Corte IDH precisó algunas obligaciones concretas como parte de la “reglamentación, monitoreo y fiscalización con el fin de que las empresas adopten acciones dirigidas a eliminar todo tipo de prácticas y actitudes discriminatorias contra la comunidad LGBTIQ+”: a) formular políticas para atender su responsabilidad de respetar los derechos humanos e incluir en ellas expresamente los derechos de las personas LGBTIQ+, b) ejercer debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar toda repercusión negativa, potencial o real, que hayan causado o a la que hayan contribuido en el disfrute por parte de las personas LGBTIQ+ de sus derechos humanos, o que esté directamente relacionada con sus operaciones, productos, servicios y relaciones comerciales, así como para rendir cuentas sobre cómo les hacen frente, y c) tratar de resolver toda repercusión negativa en los derechos humanos que hayan causado o a la que hayan contribuido poniendo en práctica mecanismos de reparación por sí solas o cooperando con otros procesos legítimos, lo que incluye establecer mecanismos eficaces de reclamación a nivel operacional para las personas o comunidades afectadas y participar en ellos.³⁶

5. Resumen de las reparaciones

Al haber sido declarado responsable de la violación de derechos humanos del Sr. Olivera Fuentes, el Estado peruano está en la obligación de resarcir los daños de manera integral. Por ello, además de la compensación pecuniaria, debe adoptar medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. La sentencia emitida por sí misma es una forma de reparación.

Como medida de rehabilitación, la Corte IDH reconoció que Crissthian Olivera “padeció un profundo sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad psíquica y moral” por la actuación del Estado peruano durante dieciocho años en relación con la discriminación por su orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Por eso, ordenó “brindarle gratuitamente, de forma prioritaria, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico, según corresponda”, que incluye “provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos directamente relacionados y necesarios”.³⁷

Como medidas de satisfacción, dispuso: a) publicar el resumen oficial de la sentencia elaborado por la Corte en el Diario Oficial y en un medio de comunicación de amplia circulación nacional; b) publicar la sentencia en las páginas web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Indecopi y el Poder Judicial; y c) publicar una cartilla informativa o infografía de la sentencia con lenguaje accesible en las redes sociales de dos instituciones públicas estatales.³⁸ Se desestimó un acto de reconocimiento público de responsabilidad.³⁹

35 *Idem*, nota 13, párr. 120.

36 *Idem*, nota 13, párr. 104.

37 *Idem*, nota 13, párr. 140.

38 *Idem*, nota 4, párr. 145.

39 *Idem*, nota 4, párr. 146.

Como garantías de no repetición se establecieron tres principales: a) diseñar e implementar una campaña anual informativa de sensibilización y concientización a nivel nacional en los medios de comunicación respecto de la importancia de promover en la sociedad una cultura de respeto, no discriminación y garantía de los derechos de las personas LGBTIQ+; b) elaborar un plan pedagógico integral en materia de diversidad sexual y de género, igualdad y no discriminación, perspectiva de género y derechos humanos de las personas LGBTIQ+ en el ámbito de consumo para la formación regular de autoridades que cumplan funciones en ese ámbito, así como un manual de razonamiento jurídico sobre estándares interamericanos en casos de discriminación hacia personas LGBTIQ+; y c) diseñar e implementar una política pública con el objetivo monitorear y fiscalizar que las empresas y sus trabajadores y trabajadoras cumplan con la legislación nacional, así como con los estándares interamericanos sobre igualdad y no discriminación de las personas LGBTIQ+.⁴⁰

Finalmente, se fijó una indemnización compensatoria por el daño inmaterial en atención a “las violaciones cometidas, los sufrimientos ocasionados y experimentados en diferentes grados y el tiempo transcurrido”.

6. Consideraciones finales

La discriminación da cuenta de patrones socioculturales por los cuales se estigma a otros seres humanos y se les trata de forma diferenciada en atención a ello. Los Estados, el peruano entre ellos, reconocen su obligación de combatir este fenómeno y eso se expresa en el reconocimiento de disposiciones específicas, entre otras, en materia de derecho del consumo. Sin embargo, en la práctica, los criterios establecidos para la probanza de las denuncias presentadas configuraron una barrera de acceso para sancionar efectivamente estos casos.

En los casos de discriminación por orientación sexual, a diferencia de otras categorías de discriminación, se lidia con un obstáculo adicional: el prejuicio es socialmente extendido, tolerado y reforzado, lo que se agrava en tanto el marco legal legitima la diferencia entre heterosexuales y homosexuales en general. En estos casos es imperiosa la necesidad de sancionar efectivamente y verificar que, en el marco de las relaciones de consumo, como en todas las demás, las personas no sufran tratos diferenciados en atención a su pertenencia a determinado colectivo socialmente estigmatizado.

La sentencia de la Corte IDH en el presente caso marca un derrotero para el Perú y para la región en cuanto a obligaciones estatales exigibles a empresas en materia de no discriminación por orientación sexual.

40 *Idem*, nota 4, párrs. 153-161.