

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo**

**Discriminación por orientación sexual en el consumo en el Perú, lineamientos y  
pronunciamientos del Indecopi y Tribunal Constitucional**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho  
Administrativo**

**AUTOR**

Valeria Milagros Castro Nieto

**Asesor:**

Alejandro Moscol Salinas

**CÓDIGO DEL ALUMNO:**

20204263

**2020**

## ÍNDICE

1. Carátula.....	1
2. Índice.....	2
3. Resumen.....	3
4. Capítulo I.....	4
2.1 Introducción.....	4
2.2 Derecho a la igualdad.....	4
2.3 Discriminación en el consumo.....	5
2.4 Trato diferenciado ilícito.....	8
2.5 Indecopi.....	9
2.6 Lineamientos administrativos Indecopi en materia de discriminación.....	9
2.7 Criterios Tribunal Constitucional sobre discriminación.....	11
5. Capítulo II.....	14
3.1 Introducción.....	14
3.2 Definición Orientación sexual e identidad de género.....	14
3.3 Definición y teoría sobre la discriminación por orientación sexual en el marco de la protección al consumidor en el Perú.....	18
3.4 Casuística discriminación por orientación sexual en el consumo en el Perú - Indecopi.....	18
6. Conclusiones.....	29
7. Bibliografía.....	31

## **RESUMEN**

En el presente artículo de investigación se desarrolla la materia de discriminación en el consumo por orientación sexual y el trato diferenciado en el Perú en materia de protección al consumidor. Se identifica cuál es la postura del Indecopi y del Tribunal Constitucional en materia de discriminación en el consumo por orientación sexual, se verifica si existe o no un criterio uniforme entre ambas entidades y en base a qué puntos y sustentos se dan estos criterios. La discusión constitucional de la diferencia entre el trato diferenciado ilícito y la discriminación es el tema central de la investigación. Asimismo, se advierte si estos casos sólo pueden ser objeto de tutela del Indecopi, o también puede resolverlos tanto el TC como el Poder Judicial. Se espera llegar a los usuarios, proveedores y al público en general para que tengan cierta orientación en un plano más amplio respecto a la vigencia y existencia del problema que conlleva la discriminación en el consumo por orientación sexual y el trato diferenciado ilícito en nuestro país y daremos los argumentos necesarios, basados y enfocados en pronunciamientos y argumentos del Indecopi y lo que establece nuestra Constitución sobre el derecho a la igualdad. Con esto, el lector podrá comprender cómo identificar cada uno de los casos y situaciones mencionados y entenderá los puntos y pasos a seguir para saber reconocer un caso de discriminación en el consumo. Consideramos será de útil ayuda, tanto para consumidores, como para proveedores para saber cómo actuar frente a las situaciones y ejemplos de casos mencionados.

## **CAPÍTULO I – DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO Y TRATO DIFERENCIADO ILÍCITO**

En este primer capítulo, desarrollaremos todo el marco teórico sobre la discriminación y el trato diferenciado por orientación sexual en nuestro país, incluyendo los criterios del Indecopi y pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

### **Derecho a la igualdad**

Antes de profundizar la investigación en materia de discriminación en el consumo, es importante mencionar el tema del derecho a la igualdad, pues esto nos va a servir como base para poder analizar la figura de la discriminación en nuestro país. El derecho a la igualdad se encuentra regulado en el artículo 2° de la Constitución Política la cual nos dice que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Asimismo, la doctrina también señala que: [...] la igualdad ha de leerse como una aspiración normativa de gran importancia, y se le considera un estándar básico del contenido de la dignidad humana. En esta línea, la igualdad a la que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona —mínimum de humanidad respecto del cual no cabe distinciones—, que es merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes<sup>1</sup>. De la misma mano, el TC ha manifestado que la igualdad no solo es un derecho, sino que también es un principio: [...] la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario<sup>2</sup>. Esta última parte es debido a que no se puede pedir que exista un trato igualitario hacia todos los

---

<sup>1</sup> Constitución Política del Perú 1993

<sup>2</sup> TC 2009

seres humanos, ya que el trato desigual no está prohibido frente a una persona en específico o a un grupo de ellas, ya que si existe desigualdad esta debe ser fundamentada en razones objetivas y razonables que la justifique (esto último hace referencia al trato desigual en nuestro ordenamiento, lo cual vamos a definir líneas más abajo). Nos parece importante mencionar que respecto a este punto el TC también se ha manifestado con lo siguiente: “no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferenciación de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.”<sup>3</sup>

### **¿Qué es la discriminación en el consumo?**

La discriminación es la vulneración agravada del derecho a la igualdad. Discriminar implica tratar de manera desigual a las personas por motivos específicos y reprochables para la sociedad, como origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica, entre otros. Asimismo, podemos decir que la discriminación es un problema que acarrea a nuestra sociedad, al Estado y, sobre todo, a nosotros los ciudadanos. Para erradicarla se han venido tomando ciertas medidas que dependen no sólo de las políticas públicas y de las normas, sino de la sociedad en sí como primer ente. Tanto en el ámbito administrativo como en el constitucional, el Estado peruano ha venido emitiendo diversas normas que frenan y rechazan la discriminación en los aspectos ya mencionados, pero para materia de esta investigación, analizaremos las relacionadas a la materia de consumo y aquí es donde entra a tallar el Indecopi.

Asimismo, la discriminación en el consumo consiste en el comportamiento del proveedor dirigido a negar, diferir o limitar el acceso de bienes y servicios a los consumidores por ciertos motivos de transcendencia social con afectación a su dignidad. Es una infracción administrativa, además de un delito. La discriminación

---

<sup>3</sup> TC, 2005

en las relaciones de consumo constituye un tipo infractor en el ámbito administrativo. Es decir, su consumación determina el inicio de un procedimiento sancionador de parte —vía denuncia de un consumidor afectado— o de oficio —para defender intereses difusos o colectivos— y la imposición de una eventual sanción o multa contra el proveedor responsable de aquella práctica por parte del órgano resolutorio competente del Indecopi.

Mediante la Ley mediante la Ley N° 27049 se empezaba a hablar en nuestro ordenamiento sobre el tema de discriminación en el consumo, anterior Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716, la cual recogía lo siguiente:

Decreto Legislativo 716 Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

c) Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;

d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios; Precisase que al establecer el inciso d) del artículo 5o del Decreto Legislativo No 716, que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, se establece que los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

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, 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.

A raíz de que en el año 2010 surge el Código de Protección y Defensa del Consumidor es que se generan cambios en cuanto a la normativa de la discriminación en el consumo y se da mayor énfasis a otros puntos<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores 38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo. 38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares. 38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

Artículo 39.- Carga de la prueba La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

Entonces, se producirá un acto de discriminación en el consumo cuando el proveedor, que brinda un servicio o producto, hace distinciones no objetivas ni razonables hacia el consumidor, ya sea en el desarrollo de la relación de consumo o en una etapa previa a esta. Está claro que la discriminación se encuentra prohibida, constituyendo un tipo infractor, y que solo se permiten tratos diferenciados cuando los mismos sean objetivos y razonables, pues al tener esta naturaleza son lícitos.

### **Trato diferenciado ilícito**

El artículo 38.3 del CODECO se manifiesta que: el trato diferente de los consumidores debe obedecerse a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen el trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga. Podemos decir entonces que, el trato diferenciado ilícito consiste en aquella conducta por la que un proveedor niega a un consumidor la posibilidad de adquirir un producto o de disfrutar de un servicio por cualquier motivo que no resista un análisis de proporcionalidad, razonabilidad u objetividad, y que más bien esté basado en cuestiones eminentemente subjetivas, como enemistad con el cliente, aplicación exagerada de condiciones para el ingreso a un establecimiento, negar el ingreso a un local comercial por motivos no acreditados, entre otros. Entonces, podemos ver que existe una línea muy delgada entre los casos de discriminación y los de trato diferenciado ilícito, pero para poder resolver éstos y delimitar cuando nos encontramos ante cada uno, se debe precisar que existe la diferenciación y la discriminación. Por un lado, la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

### **Indecopi vs. Tribunal Constitucional en los casos de discriminación en el consumo.**



Desde el año 1998, se ha venido resolviendo una serie de casos, tanto en sede administrativa como judicial, sobre discriminación en el consumo por orientación sexual, de este análisis podemos concluir que no existe un criterio uniforme entre las máximas entidades en la materia, el Indecopi y el TC, ya que ambas instancias no han podido “ponerse de acuerdo” para unificar su criterio al momento de resolver los casos. Veamos a continuación como se ha dado tanto en vía administrativa como en la judicial.

### **Indecopi:**

El Indecopi cuenta con una jurisprudencia muy extensa en cuanto a los casos de discriminación y trato diferenciado, a manera de ejemplo mencionaremos distintos casos que son jurisprudencia relevante del Indecopi (en el próximo capítulo desarrollaremos a manera de ejemplo los casos más relevantes y “sonados” del Indecopi en materia de discriminación sexual):

- Casos tomados como lineamientos relevantes en materia de discriminación:

#### 1. Discriminación por orientación sexual:

- 1.1. Expulsión a pareja por brindarse muestras de afecto.
- 1.2. Negativa a perifonear un nombre distinto al que aparece en el DNI.
- 1.3. Negativa a persona transexual a ingresar a baños de mujeres.

En el año 2007, la Sala de Defensa de la Competencia estableció que existe discriminación «cuando no se aplican las mismas condiciones a consumidores que se encuentran en situación de igualdad, es decir cuando no existe una razón objetiva que justifique el trato diferenciado».<sup>5</sup> Así también, señaló que se da un trato diferenciado lícito cuando:

---

<sup>5</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI FJ 18. Estos criterios reiterados en las resoluciones N° 277- 2007/TDC, 1518-2007/TDC-INDECOPI, 2230-2007/TDC-INDECOPI y 837-2009/CPC-INDECOPI.

- (i) Los consumidores son tratados de manera distinta por encontrarse en situaciones distintas,
- (ii) El trato desigual responde a una finalidad,
- (iii) La finalidad es razonable,
- (iv) Existe congruencia entre el trato desigual brindado y la finalidad perseguida y
- (v) Existe proporción entre el trato desigual y la finalidad de la medida.<sup>6</sup>

Posteriormente, la misma instancia emite un nuevo pronunciamiento en el cual agrega un punto adicional para determinar si se da el supuesto de discriminación en el consumo:

10.- La discriminación es una desvaloración de características inherentes a determinados grupos humanos pese a que éstas son protegidas por nuestro ordenamiento jurídico. Debido a la discriminación, determinados individuos ven afectados sus derechos por la simple pertenencia a un grupo al cual culturalmente se le atribuyen características o comportamientos no deseables, o porque se presume indebidamente que se encuentran en un rango inferior al resto, aun cuando tales características son reconocidas y protegidas constitucionalmente. Así, por ejemplo, las conductas discriminatorias pueden producirse porque las personas pertenecen a un género determinado, una raza u origen étnico particular, poseen una preferencia sexual específica o tienen una creencia religiosa distinta, condiciones que son reconocidas por la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) como derechos fundamentales. [...] <sup>7</sup>.-Atendiendo a lo expuesto, se configurará un acto de discriminación en consumo cuando se advierta que el consumidor pertenece a un grupo determinado, caracterizado por una preferencia sexual, raza, sexo, idioma específico –entre otros– en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución y que, en mérito a dicha condición es que se le ha negado la prestación de un servicio o la adquisición de un producto. Este nuevo criterio fue duramente criticado, ya que establecía que para que exista discriminación dicha persona tenía que pertenecer a un grupo determinado cuando en la realidad esto no sucedía en el 100% de los casos, sin perjuicio de ello, todos los criterios mencionados

---

<sup>6</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI FJ 18:

<sup>7</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 421-2008/SC2-INDECOPI FJ 10 y 12.

sirvieron y sirven actualmente de base para que las distintas instancias del Indecopi opten por un mejor resolver en la materia descrita.

Actualmente (como se ha mencionado líneas arriba), el CODECO establece que para acreditar la discriminación no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado.

También, contempla dos tipos infractores:

- (i) el tipo básico de selección injustificada de clientela [...] y
- (ii) el tipo agravado de discriminación, contenido en el primer párrafo [...] a diferencia del trato desigual [...] en materia de discriminación la limitación de acceso a un servicio estaría dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos, siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes solo una evidencia de tal desvaloración<sup>8</sup>.

### **Tribunal Constitucional**

El Tribunal señaló que serán objetivos y razonables aquellos tratos diferenciados que cumplan con tener:

- (i) un fin constitucionalmente legítimo,
- (ii) sean idóneas para conseguir dicho fin, y
- (iii) proporcionales con los fines que se buscan lograr<sup>9</sup>.

Asimismo, el TC también establece que para identificar la discriminación se debe aplicar el principio de proporcionalidad aplicándolo al derecho a la igualdad.

Este principio ha de emplearse a través de sus tres sub principios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

---

<sup>8</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI. Votos de los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti FJ 5 y 7

<sup>9</sup> *Ibíd.* Para profundizar sobre el tema se recomienda revisar BARAK, Aharon. Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Lima: Palestra editores. 2017.

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la «intensidad» de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación<sup>10</sup>

El primer punto a evaluar es la intervención en la prohibición de discriminación. El segundo punto de la evaluación es la determinación de la intensidad en la intervención la cual, según el Tribunal Constitucional, puede presentar tres grados:

- I. Intensidad grave: «cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental [...] o un derecho constitucional»<sup>11</sup>
- II. Intensidad media: «cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, 20 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 045-2004-PI/TC FJ 33 21 Óp. cit. FJ 34 22 Óp. cit. FJ 35 25 además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo»<sup>12</sup>
- III. Intensidad leve: «cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el

---

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 045-2004-PI/TC FJ 33

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 045-2004-PI/TC FJ 33

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 045-2004-PI/TC FJ 33

impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo».<sup>13</sup>

Entonces, para el TC no existirá discriminación cuando el acto tenga una causa objetiva y razonable. Para evaluar estos aspectos, deberá tomarse en cuenta el principio de proporcionalidad en base al énfasis que le daremos más adelante a cada paso. Si la medida cumple de manera satisfactoria con cada uno de ellos, entonces, será constitucional y no vulnerará el principio y derecho de la igualdad y el mandato de no discriminación<sup>14</sup>.

Finalmente, y posterior a todo lo descrito y argumentado, en el siguiente capítulo veremos lo siguientes: ¿Cómo se protegen los derechos fundamentales desde la perspectiva de la administración pública, en base a la función administrativa?, ¿es correcto que el Indecopi sea el primer punto de acercamiento entre el consumidor y la administración? Asimismo, en el capítulo II se desarrollará el marco teórico y casuística relacionada específicamente con la discriminación en materia de orientación sexual.

## **CAPÍTULO II – DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO POR ORIENTACIÓN SEXUAL**

En el presente capítulo se abordará el marco teórico de la discriminación en el consumo en el Perú por orientación sexual, para ello primero se abordará y definirá la orientación sexual, la diferencia con la identidad de género. Posterior a ello, se desarrollará la base teórica de la

---

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 045-2004-PI/TC FJ 33

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 048-2004-PI. Observar el criterio de las sentencias recaídas en los expedientes N° 4993-2007-PA/TC y 0261-2003-AA/TC.

discriminación por orientación sexual en el consumo en el Perú y se finalizará el capítulo con una exposición de casuística más relevante sobre este tema dada por el Indecopi.

### **Orientación Sexual vs. Identidad de género**

Para poder abordar este punto, en primer lugar, se hará una pequeña definición para saber las diferencias que existen entre el significado “sexo” y el de “género”.

Por un lado, el sexo de una persona se determina al nacer, es una condición biológica, una persona puede nacer siendo hombre o mujer, se asocia a los atributos físicos y externos, pero también a la anatomía interna, hormonas, etc.

Por otro lado, el género se refiere a los roles construidos socialmente, los comportamientos, actividades y atributos que una sociedad considera “apropiados” para los niños o niñas, hombres o mujeres. Estos roles influyen en la forma en que las personas interactúan y en cómo se sienten consigo mismas. Es necesario recalcar en este punto que, a pesar de que el sexo biológico es el mismo en todas las culturas, los aspectos relacionados al género sí pueden diferir.

Ahora sí, luego de haber tenido esta pequeña introducción, hablaremos sobre la orientación sexual y la identidad de género. Ello va a ser de mucha ayuda para entender el tema de la discriminación por orientación sexual en el consumo, ya sí también entender el motivo por el cual se le conoce en los casos del Indecopi como Discriminación por orientación sexual y no discriminación por “elección sexual”. Recordemos sobre este punto, que la orientación sexual no es un tema que se elige ni se dispone o influye sobre otra persona. La orientación sexual, como bien lo dice la palabra, es una “inclinación” y orientación que tiene cualquier ser humano respecto de sus gustos frente a otra persona y de cómo se siente.

La orientación sexual es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva hacia otros. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad, como la identidad o el sexo biológico. La orientación sexual va desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva e incluye diversas formas de bisexualidad. Esta es diferente a la conducta sexual, porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas. Las teorías respecto

a los orígenes de la orientación sexual son muchas, pero en su mayoría los estudios científicos han resuelto que la orientación sexual es la suma y mezcla de la interacción de factores biológicos, cognitivos y del entorno, en la mayoría de personas la orientación sexual sale a flote a una edad temprana.

El punto más importante de esta parte de nuestra investigación, es saber por qué llamamos “Discriminación por orientación sexual” y justamente, esto se da porque la orientación sexual no es una elección, los seres humanos lo elegimos ser gay o heterosexuales, esta surge para la mayoría de personas a principios de la adolescencia. Si bien el tema de la elección va más por el lado de elegir si uno mismo desea actuar de acuerdo a sus sentimientos, pero esta no es una elección que se pueda cambiar voluntariamente, uno puede decidir cómo comportarse, más no la inclinación que por naturaleza se tiene.

Habiendo analizado este punto bastante fundamental e importante y teniendo claro qué es la orientación sexual, podemos hablar de los casos de discriminación por orientación sexual en materia de consumidor en nuestro país.

### **Discriminación por orientación sexual**

La discriminación con motivo de la orientación sexual se materializa no solo en actos de violencia física y verbal, sino en actitudes diferenciadoras de impacto negativo hacia personas de cierta inclinación sexual —como aquellas contrarias a la heterosexualidad—, con potencialidad de ocasionar vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, derecho que ya se ha desarrollado al inicio de la presente investigación, al libre desarrollo de la personalidad, a la sexualidad y la dignidad humana, entre otros.

Debemos añadir que, la discriminación que se comete en contra de las personas por su orientación sexual, se conoce como homofobia. En los casos que desarrollaremos más adelante, el Indecopi decide sancionar a las empresas materia de controversia, porque se ha advertido y comprobado que sí existió una discriminación por la orientación sexual de una o varias personas, dependiendo el caso en específico. Por ende, el mismo Indecopi decidió sancionar a dichas empresas al haber quedado acreditado que sí existió un comportamiento homofóbico para con los consumidores afectados.

La homofobia son todos los actos que limitan el acceso, goce o ejercicio de los derechos humanos de las personas con una orientación sexual distinta, a la “comúnmente aceptada”. Como bien se ha explicado en el capítulo anterior, la línea de diferencia entre un caso de discriminación y uno de trato diferenciado ilícito es muy delgada entre ambos casos, tan delgada que muchas veces se logra confundir el uno con el otro, y ciertos casos que deben ser sancionados no lo son, y casos que, si deben ser sancionados por haberse tipificado el supuesto de discriminación en el consumo por orientación sexual, no se sancionan.

A nivel mundial, el panorama de los casos de discriminación por orientación sexual es bastante desalentador, y peor aún en América Latina. Tanto en Perú, Chile y Colombia, se puede apreciar que día a día son varias las personas, homosexuales que sufren de algún tipo de violencia y discriminación homofóbica, sin contar los casos donde estas personas han perdido la vida a consecuencia de la poca tolerancia social en la que vivimos, y peor aún, sin contar los casos de suicidio que se conocen (y los que no). Como se ha mencionado en el capítulo anterior, este es un tema básico de los Derechos Humanos y Constitucional, en diversos países la homosexualidad aún es criminalizada. Es materia de esta investigación el tema en sí de la discriminación en el consumo, pero no queríamos dejar de hacer esta pequeña comparación frente a otros países.

### **Discriminación por orientación sexual en el marco de la protección al consumidor - Indecopi en el Perú**

Queremos empezar mencionando que, para que un caso de discriminación en el consumo se configure, no es necesario “estar dentro o expuesto netamente a la relación de consumo”, es decir, no se tiene que haber pagado por un producto previamente o adquirido el servicio para que se cometa la infracción, sino más bien, esta conducta puede darse también cuando el proveedor impide el ingreso al establecimiento a una persona, ahí es donde se le niega toda posibilidad de pagar el precio y entablar la relación de consumo en sí, es decir, varios de los casos de discriminación pueden darse también en una etapa “preliminar”.

Respecto a los pronunciamientos que ha tenido la Sala Especializada en Protección al Consumidor (SPC) del Indecopi, se concluye que los casos de discriminación por orientación sexual en el consumo se tipifican como discriminación agravada, al igual que los casos de



discriminación por motivos étnico-raciales, la discapacidad, la identidad de género u otros motivos similares. Por otro lado, tenemos los casos que se tipifican como discriminación no agravada, los cuales refieren a los que son distintos a los ya mencionados. Sobre esta tipificación, debemos hacernos la siguiente pregunta: en los casos donde la víctima alega que fue discriminada por su orientación sexual, y donde ya se probó un trato diferenciado que el denunciado no pudo justificar, ¿qué elementos adicionales se requieren para que se reconozca dicha gravedad de la tipificación y se sancione con la severidad que amerita? Consideramos que esta es una pregunta fundamental que debe resolverse para poder identificar la gravedad de la sanción que va a imponerse en el caso.

La preocupación por la exigencia de un plus probatorio ha sido resaltada con particular énfasis respecto de los casos de discriminación en el consumo por orientación sexual e identidad de género en un reciente estudio de la jurisprudencia sobre la materia que concluye lo siguiente:

“El INDECOPI ha construido un estándar que prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género. A pesar de ello, sólo un cuarto de los procedimientos estudiados logró una respuesta final positiva del INDECOPI. Por lo tanto, podemos concluir que el Sistema de Protección al Consumidor no ha sido un mecanismo efectivo para sancionar las conductas discriminatorias en contra de las personas LGBT. En este contexto, la prueba ha representado el mayor obstáculo en la persecución de justicia en sede administrativa, tanto en los casos ganables como no-ganables. Además de las dificultades que trae consigo el propio sistema de prueba que realiza una incorrecta distribución de la carga de la prueba y exige medios de prueba que no están necesariamente a disposición de todos, la excusa probatoria también ha sido utilizada por los juzgadores para rechazar pretensiones que solicitaban acciones positivas por parte de los proveedores. Los hallazgos presentados en esta investigación nos invitan a (re)evaluar la efectividad del Sistema de Protección al Consumidor en torno a la discriminación 37 DELGADO CAPCHA, Rodrigo. La prueba de la discriminación prohibida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú. Actualidad Jurídica N° 288, noviembre de 2017, Lima, p.191 –

203. -35- hacia las personas sexualmente disidentes. El objetivo, entonces, es lograr construir un sistema que comprenda lo que significa ser marica o trans\* en el Perú.”<sup>15</sup>

Conforme a una interpretación literal del artículo 39 del Código del Consumidor, reforzada por una lectura constitucional que tenga en cuenta el derecho fundamental a no ser discriminado, así como el deber del Estado al respecto, y cumpliendo un parámetro de razonabilidad, no se puede exigir al consumidor que denuncia haber sido discriminado por el proveedor, que pruebe que el trato desigual recibido responde a la intención discriminatoria del denunciado (elemento subjetivo). A ese denunciante, solo le es exigible probar la existencia de un trato desigual (elemento objetivo), siendo que de cumplir ello, corresponderá al proveedor acreditar una causa objetiva y razonable que justifique dicho trato. Una interpretación contraria que exija ese plus probatorio para dar por acreditada la discriminación, incluso en casos donde el trato desigual ha sido probado por el consumidor y donde el proveedor no ha acreditado la justificación de este, no siendo controvertida la pertenencia del denunciante a una categoría sospechosa de discriminación, desnaturaliza la finalidad de la prohibición de discriminar a los consumidores contenida en los artículos 38 y 39 del Código del Consumidor, despojando de tutela a quienes la ley, precisamente, ha buscado proteger.

### **Casuística**

A continuación, y con todo lo aprendido líneas arriba en el presente artículo, analizaremos un caso bastante conocido sobre discriminación por orientación sexual en el consumo resuelto por el Indecopi en nuestro país. Este caso es completo y cuenta con todos los elementos ya descritos para poder realizar un gran análisis sobre la materia de discriminación y trato diferencia. Asimismo, se apreciará cómo dos instancias de una misma entidad, resuelven de forma distinta el caso, es por ese motivo y al tener todos los elementos necesarios que sólo expondremos este expediente. Primero, se pondrá en contexto sobre los detalles del caso y cómo fue resuelto este mismo en cada una de las instancias, finalmente se

---

<sup>15</sup> ZELADA, Carlos J. Ironía probatoria: Los estándares de prueba utilizados por INDECOPI en casos de discriminación por orientación sexual e identidad de género (1999-2019). Ponencia presentada en la edición XXXVII del Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), 24-27 de mayo de 2019, Boston (Estados Unidos).

culminará con el análisis de ambas instancias del Indecopi y con mi opinión y apreciación personal, basándonos en todo lo ya desarrollado. Con todo ello, se busca poner en práctica lo aprendido y lograr que el lector tenga mayor claridad sobre la discriminación en el consumo por orientación sexual.

**EXPEDIENTE:** 0001-2015-SIA/CPC-INDECOPI-LAL.

**DENUNCIADO:** DISCORP PERÚ S.A.C.

**MATERIA:** PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR –  
DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL EN DISCOTECA.

## **DE OFICIO**

### **I. HECHOS:**

1. Con fecha 07 de febrero de 2015, el señor Diego Alejandro Brytton Ahumada (en adelante, el Sr. Bytton) hace público lo siguiente en su cuenta de la red social Twitter: *“Anoche me sacaron de AMA (una discoteca) por besar a un hombre, pusieron de argumento que estaba prohibido y que para eso me vaya a otro lado”*.
2. El día 9 de febrero de 2015, la Discoteca Discorp (en adelante, Discorp) publica el siguiente comunicado en su cuenta de Facebook: *“Ante los recientes hechos, Ama Disco Lounge deja en claro que somos un establecimiento abierto al público en general, y no seleccionamos ni discriminamos injustificadamente a nuestros consumidores, toda vez que la discriminación es inaceptable desde cualquier perspectiva, y creemos que debe ser eliminada para una convivencia pacífica. No obstante, Ama Disco Lounge, como cualquier otro negocio respetuoso de los derechos de sus consumidores, está en la obligación de salvaguardar dichos derechos, y tomar las medidas necesarias cuando medie una causa objetiva y justificada para ello. Siendo así, Ama Disco Lounge permite las muestras de afecto entre parejas, siempre que estas no sean exacerbadas ni evidencien una excesiva intimidad entre los demás clientes; por tanto, no existe trato discriminatorio por opción sexual cuando Ama prohíbe la conducta desarrollada por las parejas que excedan lo aceptable para el establecimiento abierto al público, conforme así lo ha establecido la Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI. Seguros de venir*

*actuando conforme a nuestra normatividad legal, continuaremos brindándole el mejor servicio y agradecemos a nuestra distinguida clientela por la confianza depositada y por el respaldo ante esta situación”.*

3. El día 09 de febrero d 2015, el Sr. Brytton presenta un reclamo en el Libro de Reclamaciones físico de Ama Disco Lounge (en adelante, Discorp), manifestando haber sido retirado por parte del personal de seguridad, quienes le indicaron que estaba prohibido besarse con alguien del mismo sexo ya que no era “discoteca de ambiente” y que se vaya a otro lado. Ante ello, un representante de Discorp manifestó lo siguiente, en la misma hoja de reclamación: *“El cliente estuvo haciendo actos obscenos por lo que se le retiró, además de recibir reporte de otros clientes que pasaban por su lado, que estaba mareado fastidiando cuando pasaban. En la discoteca no discriminamos”.*
4. El 12 de febrero de 2015, en la ciudad de Trujillo, se llevó a cabo una diligencia de inspección, por parte de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi La Libertad en el local de Discorp, en virtud de la cual se solicitó recabar información sobre el incidente suscitado el día 06 d febrero de 2015 y solicitar a Discorp que cumpla con presentar en el plazo de 2 (dos) días hábiles, los siguientes documentos:
  - Lista del personal de seguridad que trabajó el viernes 06 de febrero de 2015, precisando el nombre del personal que modificó y solicitó la advertencia al afectado.
  - Las grabaciones sin editar de las cámaras 10, 8, 1 y las cámaras de seguridad que se encuentran ubicadas en el pasadizo Entel y en el Bar Bicanuda desde las 12:00 am hasta las 3:30 am, con excepción de la cámara N° 1, cuya grabación será desde las 3:00 am hasta las 3:30 am.
  - Procedimientos de seguridad con los que cuenta la empresa de seguridad de Discorp para atender los diversos tipos de conflictos que puedan suscitarse durante el horario de atención al público.
  - El procedimiento de seguridad con el que cuenta la inspeccionada para tratar los conflictos que puedan darse en el horario de atención al público.

5. Con fecha 16 de febrero de 2015, Discorp presenta un escrito en el cual se apersona y señala adjuntar los videos de seguridad de la noche de los hechos y otros medios probatorios documentales. Asimismo, presenta los siguientes fundamentos de hecho:
- Que Discorp es un establecimiento abierto al público que se caracteriza por el respeto a sus clientes y que no participa de prácticas discriminatorias sea cual fuere su origen.
  - Que, salvo el reclamo interpuesto a través del Libro de Reclamaciones, hasta la fecha en la que se realizó la visita del Indecopi, el Sr. Bytton no presentó denuncia alguna contra el establecimiento.
  - De acuerdo a las grabaciones de seguridad de las cámaras de Discorp, el Sr. Bytton no fue objeto de discriminación, sino que se le invitó a retirarse por tener un comportamiento inadecuado, ello sin ninguna presión física por parte de los agentes de seguridad.
6. Mediante Resolución N° 1 del 14 de julio de 2015, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de la Libertad inició un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, El PAS) contra Discorp, por presuntas infracciones a los artículos 38.1, 38.2 y 38.3 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el CODECO), toda vez que Discorp habría incurrido en presuntas prácticas discriminatorias al realizar una política de selección de clientela para el acceso y permanencia de Ama Discotec Lounge, sin que medien razones de seguridad o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas o razonables que justifiquen dicho accionar, al haber retirado del Sr. Bytton de sus instalaciones, impidiendo su permanencia y reingreso a su establecimiento, al haber besado a una persona del mismo género, pese a que otras parejas heterosexuales se encontraban en las mismas circunstancias.
7. Con fecha 30 de julio de 2015, Discorp presenta sus descargos, donde solicitan que el PAS iniciado por la Comisión sea declarado infundado en todos sus extremos, conforme a los siguientes fundamentos:

- Que el señor Bytton no habría presentado denuncia formal contra Discorp ante Indecopi.
- Que el señor Bytton señala en su denuncia pública por Twitter que el 6 de febrero de 2015 lo “sacaron por besarse con otro hombre, con el argumento de que eso estaba prohibido y que se vaya a otro lado”, hecho que habría sido falso pues los agentes de seguridad le pidieron verbalmente que se comporte adecuadamente tras observar que la pareja se estaban tocando las partes íntimas mientras bailaban y ante el caso omiso a esto del Sr. Bytton y su acompañante, se les pidió que se retiren del local.
- Añaden también que el artículo 38° del CODECO establece que existen causa de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares que podrían motivar a la exclusión de personas, en este caso, se trató de la tranquilidad de todos los demás clientes de Discorp y que tuvieron que presenciar los tocamientos íntimos del Sr. Bytton y pareja. Agregan que la causa objetiva ha sido probada a través de los videos de seguridad exhibidos, por la declaración jurada de los agentes de seguridad y por las diversas versiones de los clientes y testigos que aseguran ver visto los comportamientos mencionados. En conclusión, hubo una causa objetiva y razonable para que Discorp lo invite respetuosamente a retirarse del local.
- Que el día 6 de febrero de 2015 no fue la primera vez que el Sr. Bytton asistió a la discoteca, ya que es cliente frecuente y nunca se han tenido mayores inconvenientes con el Sr. y que a la fecha continúa asistiendo a las instalaciones del local.
- Que el señor Bytton se apersonó solo a La Discoteca y en estado etílico avanzado y pese a ello no fue impedido de entrar al local y que para las 3:10 am, después del hecho ocurrido, el Sr. Bytton no estuvo en la capacidad de recordar los hechos debido a su estado.
- Que no se habría infringido el artículo 38° del CODECO, sino que diligentemente Discorp ha obrado en la protección de la tranquilidad de lo demás clientes.

- Respecto del reclamo presentado por el Sr. Bytton en el Libro de Reclamaciones de Discorp, éste se trata de una Queja, más no de un reclamo. Indican que no existe cargo de respuesta al mencionado reclamo, ya que al tratarse de una queja únicamente fue atendido en el mismo Libro de Reclamaciones.
8. Mediante Resolución Final N° 0898-2015/INDECOPI-LAL, la Comisión sancionó con una multa de 50 UIT a Discorp por infracción al artículo 38° del CODECO bajo los siguientes argumentos:
- De la revisión de las cámaras de seguridad, se verificó que la pareja baila y se besa, sin visualizarse tocamientos indebidos, tal como refiere Discorp; por el contrario, se aprecia que el personal de seguridad se acerca y separa con las manos a la pareja mientras bailaban.
  - Discorp manifestó que el artículo 38.3 prescribe que el trato diferenciado debe ser probado por causas objetivas y razonables, en ese sentido, la causa ha sido probada objetivamente a través de los videos de seguridad, las declaraciones juradas y por las diversas versiones de clientes y testigos que aseguran haber visto el comportamiento inadecuado del señor Bytton y su pareja.
  - Sin embargo, las 8 declaraciones juradas presentadas carecen de valor probatorio, pues no se encuentran acompañadas de medios probatorios adicionales, que permitan establecer que los presuntos testigos se encontraban en las instalaciones el día que sucedieron los hechos materia de controversia.
  - De los medios probatorios que obran en el expediente y que han sido analizados de los acápites anteriores, se ha probado que Discorp procedió a retirar de su establecimiento al Sr. Bytton y su acompañante después de besarse, sin que se haya acreditado de forma fehaciente los motivos que justifiquen su accionar.
  - De los videos se verifica que, parejas heterosexuales se comportan y bailan de la misma forma que el Sr. Bytton y acompañante, sin que Discorp tome como medida de seguridad el proceder a retirarlos del establecimiento.
  - Finalmente, que en la medida que existen indicios suficientes y medios probatorios que acreditan que el personal de Discorp retiró de su establecimiento al Sr. Bytton

después de besarse con una persona del mismo género, corresponde sancionar Discorp por infracción al artículo 38° del CODECO.

9. Mediante la misma Resolución, la Comisión dictó las siguientes medidas correctivas:

- Que Discorp publique un aviso en su página web, cuenta de Facebook, Twitter e Instagram colocando visiblemente para todos los consumidores de la Discoteca, el siguiente texto: “ *Discorp Perú S.A. informa al público en general que en la discoteca “ Ama Disco Lounge” se encuentran prohibidas todas las prácticas discriminatorias contra los consumidores por cualquier motivo, incluyendo consideraciones de origen, de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, opción sexual o cualquier otro motivo*”. Los referidos avisos deberán permanecer por el lapso de diez (10) meses.
- Que Discorp capacite a todo su personal directo e indirecto, para que eviten conductas discriminatorias similares a la sancionada, debiendo acreditar dicha capacitación ante la Secretaría Técnica.

10. Discorp interpone Recurso de Apelación contra la Resolución N° 0898-2015/INDECOPI-LAL, donde solicitan se revoque en todos sus extremos y se declare NULA, bajo los siguientes términos:

- Que el día 31 de julio cumplimos con presentar nuestros descargos los cuales no fueron merituados en la Resolución mencionada.
- Que La Comisión no debió extender la imputación de cargos respecto de si había parejas heterosexuales en las mismas circunstancias que los agraviados, toda vez que el señor Bytton nunca mencionó ello ni lo dejó por sentado en el Libro de Reclamaciones del local;
- La Comisión no debió desestimar las declaraciones juradas del personal y clientes, que había presentado, señalando que carecían de valor probatorio, pues debieron ser actuadas bajo el principio de presunción de veracidad, en ese sentido, debieron ser tomadas como válidas o, en todo caso, debieron ser corroboradas por la



Comisión, máxime si el procedimiento era de oficio, pero ello no sucedió, vulnerándose así nuestro derecho como administrados.

- Respecto de las grabaciones, en las mismas no se demuestra tratos discriminatorios contra el Sr. Bytton, por el contrario, se ven claramente el comportamiento inadecuado de él y como el agente de seguridad se acerca y le solicita verbalmente que se retire.
- Que la Comisión no ha realizado una investigación para determinar la identidad de la persona con la cual se encontraba el Sr. Bytton. Asimismo, la Comisión no se habría contactado con el Sr. Bytton para recabar pruebas suficientes y se expongan los hechos.
- Se realizaron actos contra el pudor por parte de la pareja pues se estaban tocando las partes íntimas mientras bailaban y ante el caso omiso del personal de seguridad, se les solicitó que se retiren de la pista de baile más no del local especialmente, en el video se aprecia que el compañero del Sr. Bytton no es invitado a retirarse de la discoteca, se aprecia que continúa en las instalaciones, tampoco se ve que el Sr. Bytton haya sido custodiado a las afueras de la discoteca por el personal de seguridad.
- La carga probatoria corresponde a la Administración, ya que se trata de un procedimiento iniciado de oficio, son ellos quienes deben acreditar que existió un trato desigual y una vez verificado este, corresponderá al proveedor demostrar la existencia de una causa objetiva y justificada para que haya incurrido en dicha práctica.

11. La Sala mediante Resolución Final N° 2116-2016/SPC-INDECOPI, emite el siguiente pronunciamiento:

*“Se revoca, por mayoría, la resolución venida en grado, en el extremo que halló responsable a la Discoteca por presunta infracción al artículo 38°, numerales 38.1, 38.2, 38.3, del CODECO; y, reformándola, se declara infundado el procedimiento de oficio seguido contra la referida empresa, pues no quedó acreditado que la*

*denunciada haya incurrido en prácticas discriminatorias al haber retirado a dos de sus clientes de la discoteca el día 7 de febrero de 2015, por su orientación sexual”.*

Para tales efectos, la Sala consideró los siguientes argumentos y medios probatorios:

- De una revisión de los medios probatorios (videos), los vocales consideran que el señor Bytton y su acompañante si presentaron un comportamiento inadecuado dentro de las instalaciones de Discorp. Ello se puede apreciar en las imágenes cuando bailaban tuvieron acercamientos y tocamientos que, al margen de ser una pareja homosexual o heterosexual, configuraron, por su grado de intensidad una conducta que razonablemente generó incomodidad en los demás clientes del establecimiento, lo cual quedó corroborado cuando las personas que se encontraban en la pista de baile se alejan y toman distancia del punto donde se encontraban el Sr. Bytton y acompañante bailando, creando un vacío en la pista de baile entre ellos y el resto de clientes.
- De las imágenes no se aprecia que una pareja heterosexual haya presentado el mismo comportamiento que el Sr. Bytton y su acompañante, por lo que queda claro que la razón por la cual la pareja fue retirada no se debe a que fuese una pareja homosexual, sino que, al margen de la orientación sexual de ambos, la pareja presentó un comportamiento que no debía ser permitido en ningún establecimiento comercial.
- En los establecimientos comerciales existen parámetros mínimos de conducta que deben ser observados por toda persona que concurre a los mismos, por respeto a los demás.
- En el expediente obran declaraciones juradas que dan cuenta de que el señor Bytton y su acompañante exhibieron una conducta que incomodó a los declarantes, por lo que consideraban correcto que el personal de la discoteca los haya retirado de la pista de baile.

12. Finalmente, respecto de la Resolución Final emitida por el tribunal, se suscribió un Voto en Discordia del señor Vocal Alejandro José Rospigliosi Vega, sustentando su posición en atención a los siguientes argumentos:

- De una revisión de los medios probatorios precitados, sobre todo de los videos, el vocal aprecia que los agentes de seguridad no invitaron al Sr. Bytton y compañía a salir de la pista de baile tal como Discorp alegaba. Por el contrario, de los videos se advierte que mientras los jóvenes citados estaban bailando y besándose por ratos, por un lapso aproximado de 4 minutos, los agentes de seguridad ingresaron a la pista de baile con dirección a ellos, acto seguido los separaron y después les hablaron, siendo que después de un momento ambos jóvenes fueron retirados por los agentes de seguridad acompañado cada uno por ellos, se advierte que cada agente coloca su brazo sobre la espalda de los jóvenes conduciéndolos fuera de la pista de baile con dirección a los exteriores del local.
- De los videos se advierte que el señor Bytton y su acompañante, no mostraron comportamiento inadecuado y/o impropio mientras bailaban, al observar a los jóvenes cuando bailaban y se besan no se aprecia una conducta que no sea propia de una pareja y/o clientes que acuden a una discoteca para divertirse, diferenciando ello de comportamientos adecuados, vulgares, obscenos.
- De las imágenes, el vocal aprecia que había parejas heterosexuales que bailaban y se besaban de la misma forma que el señor Bytton y acompañante, y que a diferencia de ellos no fueron expulsados.
- Corresponde desestimar las declaraciones juradas presentadas por Discorp, tanto de los clientes como del personal de seguridad, ya que de éstas últimas no quedó acreditado que hayan estado en el local la noche de los hechos.
- Discorp no demostró la existencia de causas objetivas y justificadas por las cuales retiró al señor Bytton y su acompañante, el vocal concluye que corresponde confirmar la Resolución impugnada en el extremo que halló responsable a Discorp por infracción al artículo 38° del CODECO, numerales 38.1, 38.2 y 38.3, al haber quedado acreditado que incurrió en prácticas discriminatorias contra aquellos jóvenes por su orientación sexual.

- La Comisión debió imponer una sanción mayor, con una multa de hasta 150 UIT, siendo que la sanción de 50 UIT impuesta a Discorp no resultaba suficiente para desincentivar las conductas discriminatorias.

En el presente caso, podemos identificar como ambas instancias del Indecopi han resuelto de forma muy distintas el caso. En la primera instancia, la Comisión manifiesta que si se han encontrado frente a un caso de discriminación en el consumo por orientación sexual y sanciona a la empresa por este comportamiento contra el consumidor, argumentado que de los videos y pruebas expuestas, si se incurrió en dicha causal completamente sancionable. Por otro lado, tenemos el pronunciamiento del Tribunal, quienes manifiestan que no se habría incurrido en la causal de discriminación por orientación sexual, y explican que de los mismos videos y pruebas se advierte que fueron los consumidores quienes tuvieron un comportamiento inadecuado y poco ético en la pista de baile. Nos preguntamos, ¿cómo dos instancias de una misma entidad puedes ver un mismo caso de forma tan distinta, teniendo los mismos medios probatorios como son los videos? Personalmente, estoy de acuerdo con la resolución de primera instancia, y con el voto en discordia del vocal Rospigliosi, quienes manifiestan que la pareja de consumidores tuvieron un comportamiento tan igual como cualquier otra pareja heterosexual que se encontraba en la pista de baile, y el hecho que ni bien hayan tenido contacto entre ellos (dos hombres) los agentes de seguridad se hayan acercado y los hayan expulsado de la discoteca, es un hecho que debe ser completamente sancionable, ya que como proveedores han demostrado la falta de tolerancia y respecto hacia el consumidor. Por otro lado, también considero que para dar un mayor detalle o una opinión un poco más amplia sobre el presente caso, habría que tener acceso a las pruebas (videos) pero de todo lo argumentado en el expediente, podemos concluir y aplicar lo enseñado anteriormente con la lectura del presente artículo, para resolver un caso como este hay que superar ciertos puntos que se deben ir tachando para revisar si se incurrió o no en la falta como proveedor.

## **CONCLUSIONES**

A manera de conclusión general, podemos advertir que la materia de discriminación en el consumo es bastante amplia, es por ello que, al inicio del presente avance se ha abordado el tema general de la discriminación en el Perú y el trato diferencia ilícito, concluyendo así que ambos son dos supuestos distintos pero muy parecidos entre sí. Con esto queremos decir que, la línea de diferencia entre ambos supuestos es tan estrecha y delgada que las autoridades al momento de identificar estos casos y resolverlos deben analizar a detalle cada uno de los hechos y supuestos, siempre y cuando el caso no sea del todo claro, porque como también se ha venido explicando a lo largo del artículo, una vez identificado el caso como discriminatorio, sea por motivo de raza, sexo, ideología, etc, este debe ser sancionado en base a los hechos acontecidos y dicha sanción debe ser razonable e ir acorde con el hecho cometido. Para los casos de trato diferenciado, no debe existir una sanción directa al proveedor, ya que estos no están tipificados como infracción discriminatoria en el CODECO.

Como conclusión final, pasamos al tema de la discriminación por orientación sexual, en este punto del artículo se explicaron e identificaron los motivos por los cuales en nuestro país los casos de discriminación por orientación sexual en el consumo son tipificados como tales y no como discriminación por “identidad sexual” ya que, como bien se ha venido advirtiendo, son dos cosas completamente distintas. Partiendo de esta gran diferencia, es que pueden identificarse los casos mencionados anteriormente. Asimismo, este punto esta muy ligado a la primera parte estudiada en el presente artículo, la labor del Indecopi y del Código del Consumo, y de como esta agencia de competencia es que resuelve los casos desarrollado anteriormente, en qué aspectos se basa para emitir dichas resoluciones y cuáles son los puntos similares y diferentes que tiene el Indecopi con el TC respecto a la discriminación en nuestro país.

Finalmente, el presente artículo ha buscado educar al lector sobre la discriminación en el consumo por orientación sexual en nuestro país, instruir con las causales para tipificar un caso como tal y que el lector sepa a qué ente acudir cuando como consumidor sienta que ha sido discriminado y su derecho al trato igualitario a otros ha sido vulnerado y cómo actuar frente a un hecho como este.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- AMAYA AYALA, Leoni Raúl. Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi. Lima, Indecopi, 2015.

- AMAYA AYALA, Leoni Raúl. El sujeto llamado Consumidor: Entre el *homo oeconomicus* y el *homo sociologicus*. En *Actualidad Jurídica*, Lima, Gaceta Jurídica, Tomo 124, marzo, 2004, págs. 45-60. 6. AMAYA AYALA, Leoni Raúl. La discriminación por orientación sexual en las relaciones de consumo. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica Editores, Abril 2008, Número 115 - Año 13, págs. 17 a 26.
- BACA ONETO, Víctor. *Protección al consumidor*. Lima: Indecopi, 2013
- BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima, Palestra editores, 2017.
- DELGADO CAPCHA, Rodrigo. La prueba de la discriminación prohibida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú. *Actualidad Jurídica N° 288*, Noviembre de 2017, Lima, p.191 – 203.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Serie Documentos Defensoriales, documento 02. Lima: Defensoría del Pueblo, 2007.
- DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO Y TRATO DIFERENCIADO ILÍCITO, *Jurisprudencia del Indecopi 2015*
- DURAND CARRIÓN, Julio Baltazar: *El Derecho del consumidor: Análisis de su autonomía y nuevas perspectivas de desarrollo*. Editorial Cultural Cuzco 2006.
- EGUGUREN PRAELI, Francisco. Principio de Igualdad y derecho de no discriminación. En: *Revista Ius Et Veritas Año 8 N° 15 (Nov 1997)*. Lima.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación. En *Revista: Derecho & Sociedad; Año 22, N.º. 37 (dic. 2011)*.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de los consumidores*. Lima: Rodhas, 2012.
- GONZALES MARTÍN, Nuria. “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”. *Derecho & Sociedad*, año 13, número 18, 2002. Lima.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y Juan Manuel Sosa Sacio. “Comentario al artículo 1” y “Comentario al artículo 2, inciso 2: Igualdad ante la ley”. En *La Constitución comentada. Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- LINEAMIENTOS SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, 2019.

- LEY 29571. CODIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.
- MINISTERIO DE CULTURA.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- RODRIGO CASTILLO, Judith. Tarjetas de crédito, ¿es posible negar su contratación a personas con discapacidad visual?, 2018.
- RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.
- ZELADA, Carlos J. Ironía probatoria: Los estándares de prueba utilizados por INDECOPI en casos de discriminación por orientación sexual e identidad de género (1999-2019). Ponencia presentada en la edición XXXVII del Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), 24-27 de mayo de 2019, Boston (Estados Unidos).