

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre la Resolución N° 3444-2012/SPC-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

Autora

Veronica Rosario Alvarado Oscanoa

Revisor

Delgado Capcha, Rodrigo

Lima, 2021

Resumen: La discriminación en el consumo es un hecho lamentable que aqueja a diversos sectores de la población. La comunidad trans no es ajena, sin embargo, tienen una mayor limitación para acceder a la protección como consumidores. Por ello, el presente informe jurídico analiza la Resolución N° 3444-2012/SPC-INDECOPI, que revocó la resolución emitida por la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi al considerar que no había medio probatorio que acredite el trato discriminatorio hacia una consumidora transgénero. En ese sentido, el trabajo contará con un marco teórico que permitirá explicar el concepto de la discriminación en el consumo; la importancia del reconocimiento de la identidad de género; y, si la normativa incluye la protección del consumidor trans. Luego de ello, se analizará si denegar el perifoneo a una persona trans por el nombre que se identifica debió ser considerado un acto de discriminación a la luz de la Ley de Protección al Consumidor (actualmente derogada) y bajo el Código de Protección al Consumidor. Asimismo, se señalarán las falencias en el razonamiento del voto mayoritario, toda vez que consideramos se habría constituido una infracción al mandato de no discriminación al no existir una causa objetiva y razonable que justificase un trato diferenciado para limitar sus derechos como consumidora. Finalmente, se plantearán recomendaciones para complementar futuros razonamientos de la Sala; así como, prácticas en los establecimientos comerciales para asegurar el reconocimiento a la identidad de los consumidores trans, y reafirmar su pertenencia en el mercado.

Abstract: Discrimination in Consumer's Market is an unfortunate event that has been afflicting many aspects of the population. The trans community is not unknown to these situations. However, they have a greater limitation to access their protection as consumers. Therefore, this law report analyzes ruling N° 3444-2012/SPC-INDECOPI which revoked the ruling issued by Indecopi's Consumer Protection Commission, considering no evidence was found to prove discrimination against a transgender woman. Consequently, the report will present a theoretical framework to explain discrimination in consumption, the recognition of gender identity, and if the regulation includes trans consumers in their protection. Afterwards, it will be analyzed whether denying calling a trans person with the name they identify should have been considered an act of discrimination according to the Ley de Protección al Consumidor (repeal) and under the Código de Protección al Consumidor. Likewise, we must point out the shortcomings in the reasoning of the majority vote, considering there was an infringement of the non-discrimination mandate since there was no objective and reasonable cause that justified a

differentiated treatment. As a conclusion, certain guidelines will be presented to complement future reasonings; as well as practices in commercial establishments to ensure the recognition of trans consumer's identity and reaffirming their belonging in markets.

Palabras claves: *constitución, principio de igualdad, no discriminación, transgénero, consumidor, consumidor trans, identidad de género, gimnasio, perifoneo, protección al consumidor, e Indecopi.*



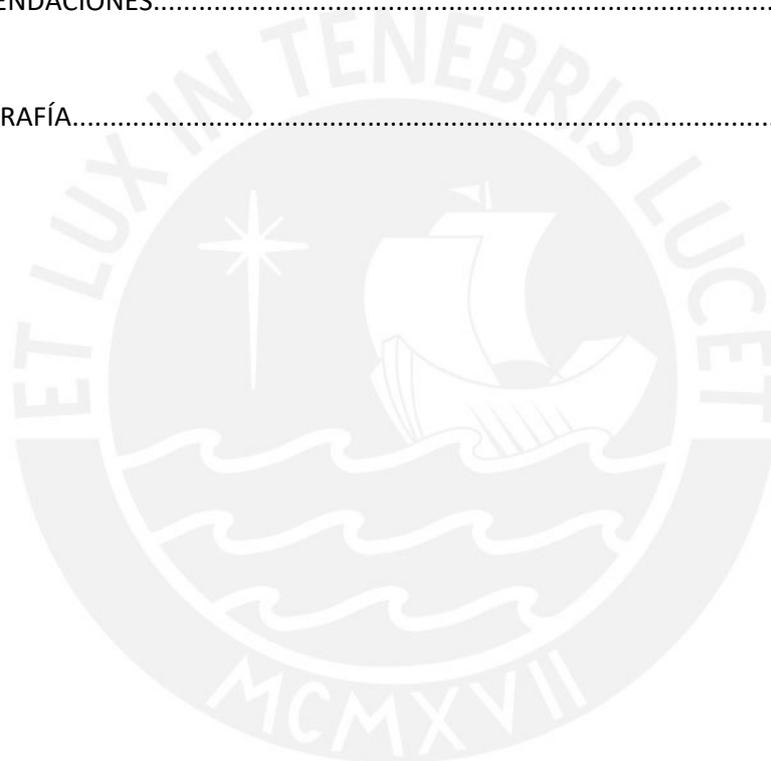
*Este trabajo está dedicado a mis
padres, mis hermanos y mis abuelos.
Gracias por enseñarme que la vida es
complicada, pero se hace más
llevadera con las personas correctas.
HIMYM S9Ep24/9:25*



ÍNDICE DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	JUSTIFICACIÓN.....	6
III.	IDENTIFICACIÓN DE HECHOS.....	8
IV.	IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS.....	13
V.	ANÁLISIS DEL CASO.....	14
5.1.	14	
5.1.1.	¿Qué se entiende por discriminación en el consumo?	14
5.1.2.	Desarrollo de la identidad de género y su relevancia en las personas trans	
	17	
5.1.3.	¿La prohibición de discriminación e identidad de género de las personas trans se encuentra regulada por mandato constitucional e internacional?	21
5.2.	28	
5.2.1.	Determinar si la negativa por parte de JM Fitness de perifonear a la señora Álamo con un nombre distinto al que consta en el DNI es un acto discriminatorio que impide su acceso al gimnasio.	28
5.2.2.	Determinar si existe proporcionalidad en la negativa de perifonear a la señora Álamo con un nombre distinto al que figura en su DNI.	34

5.2.3.	Determinar si existe prohibición alguna de perifonear a una persona por un nombre distinto al indicado en el Documento Nacional de Identidad (DNI).	36
5.2.4.	Determinar si era relevante que el trato desigual se produzca respecto de otros clientes del gimnasio JM Fitness, y no su staff de instructores, para evaluar si se produjo un acto discriminatorio en contra de la señora Álamo.	38
VI.	CONCLUSIONES	42
VII.	RECOMENDACIONES	43
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	44



I. INTRODUCCIÓN

La discriminación en todas sus formas es un hecho condenable. Para luchar en contra de ella existen diversos textos normativos¹ vigentes que buscan impedir la desprotección de las personas afectadas, de las cuales, quienes forman parte de la comunidad LGTBIQ+² podrían sufrir de una desventaja adicional cuando los administradores de justicia no comprenden del todo la necesidad de su protección, y las medidas necesarias para no ser discriminadas.

En el Perú, de acuerdo con la “II Encuesta Nacional de Derechos Humanos” solicitada por el Ministerio de Justicia, más de 1.7 millones de peruanos adultos forman parte de la comunidad LGTBIQ+ (2019, p. 20). Por ello, el informe jurídico mostrará las oportunidades de mejora de los operadores de justicia; así como, la problemática de la falta de reconocimiento los consumidores pertenecientes a la comunidad, quienes pueden sentirse impedidos de iniciar un procedimiento administrativo a causa de obtener un pronunciamiento que no tome en consideración su identidad de género, y termine no sancionando la conducta denunciada; quedándose, así, sin protección legal alguna.

Más allá de los esfuerzos que se hayan tenido para brindar la debida protección a los miembros de la comunidad LGTBIQ+, es evidente que queda un camino muy largo por recorrer. Sin perjuicio de ello, aplaudo el voto en discordia del caso materia de análisis, puesto que presentó argumentos resaltantes que hubiesen permitido darle una mejor resolución al caso, al no considerar necesario que un acto le ocurra a otros para determinar

¹ **Constitución Política del Perú 1993. Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado (...).

Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios.

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1.- Derechos de los consumidores. (...)

Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores. (...)

DECRETO LEGISLATIVO N° 1033, LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 2.- Funciones del INDECOPI.- d) Proteger los derechos de los consumidores (...).

² El presente informe jurídico tomará en cuenta lo señalado por la Opinión Consultiva OC24/17 del 24 noviembre de 2017, emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos referente a las siglas LGBTI (lesbiana, gay, bisexual, trans e intersex), donde señala que dicha terminología no es fija y evoluciona rápidamente. Asimismo, utilizarán esta sigla de manera indistinta, sin que ello suponga desconocer otros términos; sin embargo, para demostrar la evolución de las siglas se utilizará LGTBIQ+, que hace referencia a Lesbiana, Gay, Transexual, Bisexual, Intersexual, Queer y todo lo demás (+). De acuerdo con lo señalado por el diario The Huffington Post. Ramírez, C. (2020). Diccionario con orgullo: más allá de las siglas LGTBIQ+. *The Huffington Post*. Life. Recuperado de https://www.huffingtonpost.es/entry/diccionario-con-orgullo-mas-alla-de-las-siglas-lgtbiq_es_5eceb67c5b6af633ec30ef1

su carácter discriminatorio, especialmente si se compara con personas que no forman parte de la comunidad.

Así, la “II Encuesta Nacional de Derechos Humanos” reveló que el 71% de las personas de la comunidad LGTBIQ+ son discriminadas, ocupando el primer puesto en comparación de los demás grupos que sufren de discriminación (Ministerio de Justicia, 2019, p. 20). En ese sentido, los reiterados actos de discriminación podrían terminar con su normalización, lo cual –definitivamente– dificultaría su detección; existiendo así, una mayor responsabilidad de analizar este tipo de casos.

Ahora bien, el presente informe basa su análisis sobre el razonamiento de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) referente al posible acto de discriminación en el consumo producido en contra de una consumidora transgénero³. Para su desarrollo, se procederá a analizar si el actuar del proveedor generó un acto discriminatorio, el mismo que daría inicio con la negativa del gimnasio Gold’s Gym a perifonear a una consumidora transgénero por el nombre con el cual se identifica, y no por el que se encontraba consignado en su Documento Nacional de Identidad (DNI), aduciendo que es lo que ordenaría el Código Civil.

De ese modo, en el año que ocurrieron los hechos se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor –, el cual impedía a los proveedores establecer algún tipo de discriminación respecto a los solicitantes⁴. Entonces, queda establecido que la persona que no haya podido adquirir el producto o servicio también será protegida por la ley.

Seguidamente, se presentará la justificación de la elección de la Resolución N°3444-2012/SPC-INDECOPI, para continuar con la identificación de los hechos y los problemas jurídicos (principal y accesorios); y, así realizar el análisis de cada uno de ellos.

³ La definición desarrollada por la Opinión Consultiva OC24/17 sobre transgénero, o persona trans, será explicado más adelante. No obstante., es aquella persona que no se identifica con el sexo biológico de nacimiento.

⁴ Artículo 7B.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios (...).

Finalmente, se señalarán las conclusiones del informe jurídico, acompañándolo de unas breves recomendaciones.

II. JUSTIFICACIÓN

En palabras de Carlos Fernández Sessarego, el derecho es la interacción de vida humana, valores y normas, siendo este componente vivo lo que le permite ser cambiante y adaptar las regulaciones en base a las nuevas interacciones sociales (2015). De modo tal que, así como cambia la vida, también cambian las reglas; entre ellas, las relacionadas a la protección del consumidor.

En el año 2019, una encuesta realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos reveló que uno de cada tres peruanos ha sufrido de discriminación (2019). Sin embargo, esta situación se remonta a muchos años atrás. En el año 1997, un hombre denunció haberse visto impedido de ingresar a una discoteca por el color de su piel. Tras la favorable resolución -y el comunicado de prensa- del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi), se incrementaron las denuncias (Sasaki, 1999, p. 301). Los consumidores eran escuchados y defendidos.

Lamentablemente, tiempo después, el Poder Judicial señaló que la libertad de contratación permitía a los establecimientos elegir quienes entraban y quienes no, cuando claramente se trataban de prácticas discriminatorias que afectaban el acceso a un determinado sector de la población, tal y como fue señalado en el “Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. 1998 – 1999” (Defensoría del Pueblo, 1999, p. 125); prevaleciendo el derecho a la libertad sobre el derecho a la igualdad. No fue hasta la aprobación de la Ley 27049⁵ que se incorporó al T.U.O. del Decreto Legislativo N° 716, Ley del Protección al Consumidor, -actualmente derogado⁶- la prohibición explícita de no discriminar a los consumidores.

⁵ Ley que precisa el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados en el consumo, modificando diversos artículos del Decreto Legislativo N° 716.

⁶ Si bien esta norma ha sido derogada, el actual Código de Protección y Defensa del Consumidor recoge la prohibición de discriminación en el consumo en el artículo 38°.

Ahora bien, todo ello surgió mucho antes de plantearse el tema de la defensa de los consumidores transgénero. Al respecto, su falta de visibilización impide el pleno disfrute de bienes y/o servicios; así también, como la protección legal que les corresponde. En ese sentido, debido a la humillación, el estigma de tener una identidad de género distinta al sexo asignado al nacer y la vaga respuesta de la administración pública en el presente caso, hace que las personas trans se vean limitadas a denunciar. Por otro lado, la falta de políticas públicas, sumado al prejuicio de creer que las personas transgénero solo se dedican a la prostitución; o, algo como la falta de reconocimiento y ser llamadas por un nombre con el cual no se identifican en frente de muchas personas (Naciones Unidas, 2018). En otras palabras, la discriminación sistemática, estaría causando una estigmatización en las personas trans, así como, impidiendo su libre desarrollo.

Asimismo, en la conferencia de prensa de las Naciones Unidas, el experto independiente en la protección contra la violencia y discriminación de la orientación sexual e identidad de género, Victo Madrigal-Borloz, señaló que los administradores de justicia toman decisiones sin tomar en consideración el ambiente sociocultural en los que viven, sean por diversos prejuicios, o mero desconocimiento (2018). En ese sentido, es necesario que las autoridades estatales sean capacitadas respecto a la necesidad de proteger a las personas trans, las situaciones que viven día a día, y las implicancias de su falta de protección; evaluar la razón de por qué solicitan protección ante una conducta determinada, aunque aparentemente no sea considerada discriminatoria a personas cisgénero⁷.

Esta situación se ve reflejada en el “Informe Anual del Observatorio de Derechos LGBT”, donde se determinó que, entre los años 2017 y 2018, existieron 341 vulneraciones a los derechos de las personas LGBT, de las cuales 108 provinieron de agentes estatales (Observatorios de Derechos Humanos LGBT, 2019, p. 54). Por otro lado, el “Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas LGBTI en el Perú 2020”, elaborado por Promsex, plasmó que únicamente 37% de las personas transgénero conocen los canales de denuncia frente actos de discriminación, y más del 70% tuvo alguna dificultad para denunciar algún hecho de violencia (2020, p.68). Entonces, ¿qué es lo que tiene que pasar para que los consumidores trans puedan ser escuchados?

⁷ De acuerdo con la Opinión Consultiva OC24/17 del 24 noviembre de 2017, hace referencia a cuando la identidad de género de la persona coincide con el sexo asignado al nacer.

Debido a ello se ha elegido la Resolución N° 3444-2012/SPC-INDECOPI, la cual versa sobre la materia de discriminación en el consumo y desarrolla la controversia entre una mujer transgénero y un gimnasio internacionalmente reconocido⁸, que ha perdido popularidad entre los consumidores limeños debido a la falta de calidad en el servicio (Moral, 2018, p.31). Por ello, resulta relevante reafirmar nuestra preocupación con respecto al acceso de bienes y servicios de personas que forman parte de las minorías, especialmente cuando el desmedro es causado por un privado que forma parte del engranaje de competencia en el mercado; de modo tal, que termina afectando el derecho fundamental a la igualdad, así como el disfrute, o acceso a un bien y/o servicio.

La resolución en cuestión busca generar un debate jurídico e, incluso, plantearnos qué tanto ha evolucionado el derecho en materia de protección al consumidor. En ese sentido, ¿la prohibición de discriminación en el consumo incluye la protección de las personas trans? Más aún, ¿perifonear a una persona trans con un nombre con el cual no se identifica vulnera la prohibición de discriminación en el consumo?

Adicionalmente, considero que este informe me permitirá educarme en temas de identidad de género y contribuirá en mi formación, no solo como futura abogada, sino como ser humano.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS

1. Antecedentes

1.1. Hechos materia de denuncia

En el mes de marzo de 2009, Juan Carlos Álamo Moscoso⁹ (en adelante, la señora Álamo)¹⁰ acudió al gimnasio Gold's Gym en la sede de Jesús María con la finalidad de contratar una membresía. No obstante, esta fue condicionada al ingreso del baño de

⁸ Actualmente la cadena de gimnasios Gold's Gym cuenta con 700 sedes en 29 países. En Golds Gym (2020).

⁹ Nombre consignado en su DNI, sin embargo, no se encuentra identificada con el mismo al ser una mujer transgénero.

¹⁰ Este cambio en el género de la palabra "señor" se hace tomando en consideración su identidad de género, lo cual será parte del análisis del informe.

varones y a ser perifoneada por el nombre consignado en su Documento Nacional de Identidad (en adelante, DNI).

Debido a ello, expresó su voluntad de no utilizar las duchas ni sauna del baño de damas y solicitó que la llamasen Scarlet, nombre con el cual se identifica al ser una mujer transgénero; o, en su defecto, por sus apellidos¹¹. Sin embargo, el mánager del gimnasio le negó la posibilidad de adquirir una membresía.

Por tal motivo, el 15 de abril de 2009, la señora Álamo denunció a Gold's Gym ante el Indecopi, en la medida que consideró habría sido discriminada por ser transgénero.

1.2. Cargos imputados

El día 2 de septiembre de 2009, mediante Resolución N° 2836-2009/CPC, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi admitió a trámite la denuncia presentada por la señora Álamo contra JM Fitness S.A.C. (en adelante, JM Fitness)¹² por la presunta infracción a los artículos 5° inciso d) segundo párrafo y 7B° de la Ley de Protección al Consumidor (en adelante, la Ley), a razón que la empresa denunciada habría condicionado la contratación de una membresía a favor de la señora Álamo, a la utilización de los servicios higiénicos de varones, y al perifoneo por su nombre de varón, a pesar de ser transgénero.

1.3. Descargos de Gold's Gym Jesús María

La denunciada señaló que, al momento de negociar su inscripción al gimnasio, la señora Álamo no solicitó que se le llamase por sus apellidos sino por el nombre de "Scarlet", lo cual contravendría el Artículo 29° del Código Civil¹³.

¹¹ Tal como obra en la carta presentada el 14 de abril del 2009, ubicada en la foja 6 del exp. N° 1033-2009-CPC.

¹² Persona jurídica responsable de Gold's Gym.

¹³ Artículo 29.- Cambio o adición de nombre. Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita. El cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad.

Asimismo, indicó que a la denunciante le correspondía utilizar el baño de hombres debido al sexo anatómico contenido en su DNI; y, que ser “travesti” no afectaría el uso del baño de caballeros, ello en concordancia con la definición brindada por el Diccionario de la Real Academia Española donde se señala que no implica el desencuentro del sexo biológico.

1.4. Informes Orales

Debido al cambio de la conformación de los Comisionados, se citó a ambas partes a una audiencia de informe oral para el 23 de agosto de 2010, asistiendo únicamente JM Fitness, quien señaló que existían otros miembros con la identidad sexual de la señora Álamo que se sujetaban a la regla impuesta.

2. Resolución de la Comisión

El 24 de septiembre de 2010, se efectuó el pronunciamiento de la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la Comisión), quien declaró infundada la denuncia en el extremo referente a la utilización del baño de varones, en base a los siguientes argumentos:

- El juicio de ponderación que realizó JM Fitness fue válido, puesto que pudo generarse una alteración de la tranquilidad de sus consumidores por la exposición de los cuerpos; además, el convencionalismo social determinó que dichos espacios sean separados por sexos.
- Existen miembros transgénero que utilizan los baños correspondientes a su sexo biológico.

Por otro lado, la Comisión declaró fundada la denuncia en el extremo referente a la infracción a los Artículos 5º literal d) y 7ºB de la Ley, por los siguientes argumentos:

- La prohibición del artículo 29 del Código Civil no debe ser asumida como norma imperativa para todos los ámbitos cotidianos de la vida. Pues, de ser así, ninguna persona podría tener un sobrenombre o cambiarlo con fines lúdicos.

- Solicitar al proveedor que llame a la señora Álamo por el nombre con el cual se identifica, no afecta a terceros, ni significa un costo adicional a Gold's Gym.

Así pues, se acreditó que la denunciada incurrió en un trato discriminatorio al condicionar la contratación de una membresía al perifoneo de la denunciante utilizando su nombre de varón.

En ese sentido, sancionó a JM Fitness con una Amonestación y le ordenó lo siguiente:

1. En calidad de medida correctiva:
 - a. Remitir una carta de disculpas por el trato discriminatorio a la denunciante.
 - b. Capacitar a su personal sobre el trato a personas trans, debiendo acreditar dicha capacitación.
2. Que cumpla con el pago de las costas y costos incurridos por la señora Álamo durante el procedimiento.

Asimismo, cabe señalar que la Comisión fundamentó su pronunciamiento reconociendo que el derecho a la identidad de una persona incluye su género y que este difiere del sexo biológico, teniendo el derecho de construirla libremente.

3. Apelación

El día 14 de octubre de 2010, JM Fitness presentó una apelación en contra de la Resolución emitida por la Comisión. En su escrito reiteró que nunca condicionó a la denunciante la contratación de una membresía, sino que se limitó a informar las reglas del servicio, las cuales eran congruentes con el artículo 26° de la Ley 26497¹⁴, que establece que el DNI constituye la única cédula de identidad personal para todos los actos en que esta requiera ser acreditada. Asimismo, agregó que el artículo 29° del Código Civil era claro al establecer que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones. Finalmente señaló que, aun cuando en el ámbito personal o lúdico, no habría problemas en que sus empleados y miembros del gimnasio puedan denominarse de la forma que

¹⁴ Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

quisieran; ante una opción de tratamiento uniforme todos debían ser tratados de la misma forma, no siendo viable imponer la habilitación de un campo adicional en sus sistemas.

Con respecto a la apelación, se debe señalar que la denunciante no apeló el extremo declarado infundado; por lo tanto, este quedó consentido.

4. Actuación de la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor

El 16 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor incorporó al expediente impresiones de los horarios de clases publicitados en el portal web de Gold's Gym, en los que figuraban los nombres de instructores como Tito, Toti, Kike, entre otros. JM Fitness informó que se utilizaron alias de los instructores debido a que sus horarios impresos solo admiten un determinado número de caracteres.

5. Resolución de la Sala Especializada en Protección al Consumidor

Con fecha 22 de noviembre de 2012, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala), mediante Resolución N° 3444-2012/SPC-INDECOPI, revocó la resolución de la Comisión; declarándola infundada por voto mayoritario, en base a los siguientes argumentos:

- La Comisión omitió evaluar si se acreditó un trato desigual respecto de otros clientes del gimnasio, y no sobre su staff de instructores, toda vez que este es el grupo relevante para evaluar la actuación de la denunciada frente a la señora Álamo.
- No obra en el expediente medio probatorio alguno que confirme que otros miembros del gimnasio eran perifoneados por un nombre distinto al consignado en su DNI, toda vez que este sería el único escenario en el que la denunciante hubiese podido afirmar que era objeto de un trato diferenciado.

No obstante, cabe precisar el voto en discordia emitido por el vocal Julio Baltazar Durand, quien señaló que no existió proporcionalidad en la negativa de JM Fitness de perifonear a la denunciante bajo el nombre de Scarlet. Además, expresó que la identidad de género

tiene un componente dinámico, debiéndose de considerar las diferencias de los consumidores para garantizar la igualdad de sus derechos.

Por ello, el vocal consideró el concepto de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, toda vez que los derechos fundamentales son vinculantes para los entes públicos y privados. Asimismo, precisó que el derecho a la igualdad tiene dos dimensiones: una formal (el legislador no debe no realizar diferencias injustificadas) y otra material, o sustancial, (exigencia de ser tratado en forma distinta, cuando un sujeto no se encuentra en una situación igual). Por ende, el vocal consideró que, de una interpretación constitucional, negar un tratamiento diferenciado a sujetos que se encuentran en una situación especial, constituiría una infracción.

Finalmente, respecto a la acreditación de un trato diferenciado, señaló que no puede exigirse a los consumidores acreditarlo respecto de otros, toda vez que se denuncia la ausencia del mismo.

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Problema jurídico: ¿La prohibición de discriminación en el consumo incluye la protección de las personas trans en el marco internacional y constitucional?
 - o Problemas accesorios:
 - Definición de discriminación en el consumo.
 - Alcances de la identidad de género de cara a las personas trans.
 - Determinar si la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege a los consumidores transgénero.
 - Determinar si la Constitución Política del Perú de 1993 protege a los consumidores transgénero.
 - Determinar si la normativa en protección al consumidor incluye la identidad de género de los consumidores transgénero

2. Problema jurídico: ¿Denegar el perifoneo a una persona transgénero con un nombre con el cual no se siente identificada va en contra de la prohibición de discriminación o únicamente puede llamarse a una persona por nombre que registra en su DNI?

- Problemas accesorios:
 - Determinar si denegar el perifoneo a una persona transgénero con un nombre distinto al que aparece en su DNI vulneraba la normativa sobre protección al consumidor.
 - Determinar si la negativa por parte de JM Fitness de perifonear a una persona transgénero con un nombre distinto al que consta en el DNI sería un acto discriminatorio que impide el acceso al disfrute de un bien o servicio.
 - Alcances y relevancia del *deadnaming*.
 - Determinar si existe proporcionalidad en la negativa de perifonear a una persona trans por un nombre distinto al que aparece en el DNI.
 - Determinar si existe prohibición legal de perifonear a una persona por un nombre distinto al indicado en el DNI.
 - Determinar si era relevante que el trato desigual se produzca respecto de otros clientes del gimnasio JM Fitness, y no su staff de instructores, para comprobar el acto discriminatorio.

V. ANÁLISIS DEL CASO

V.1. ¿La prohibición de discriminación en el consumo incluye a en su protección de las personas trans?

V.1.1. ¿Qué se entiende por discriminación en el consumo?

Para tener una mejor comprensión de la noción de la discriminación en consumo será importante disgregar a la discriminación y la relación de consumo. En ese sentido, la Defensoría del Pueblo (2007) define la discriminación como el acto conformado por tres elementos:

- (i) Un trato diferenciado o desigual;
- (ii) Un motivo o razón prohibida por las normas (raza, origen, sexo, identidad étnica o cultural, religión, opinión, filiación política, filiación

sindical, orientación u opción sexual, indumentaria o de cualquier otra índole); y

(iii) Un objetivo o un resultado que anule o menoscabe el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho. (p. 14)

De ese modo, será necesaria la concurrencia de dichos elementos para su configuración, ya que sin ellos no podría ocurrir. Así, la Defensoría del Pueblo no indica como factor relevante la intencionalidad, sino que el trato diferenciado se produzca sobre la base de la pertenencia de una persona a un grupo determinado, y no otro.

Con respecto a los motivos prohibidos, al indicarse “o de cualquier otra índole”, esto da cabida a que pueden ir incorporándose jurisprudencialmente, o mediante ordenamientos legales, al poseer un contenido histórico, religioso, sexual, color de la piel, etc.; todos elementos íntimos de la naturaleza humana, muchos de ellos inmutables, toda vez que uno no podría modificar su edad, o color de piel. Por lo tanto, no todos tendrían que estar mencionados en un determina momento, sino que se otorga la posibilidad de incluir nuevos grupos dependiendo de su necesidad de protección.

Para complementar lo señalado, es relevante señalar que no todo trato diferenciado será una discriminación, sino únicamente cuando este no sea razonable, justificado y cause un perjuicio. De ese modo estarán permitidas las diferencias basadas en las habilidades individuales de las personas, mas no aquellas características o estereotipos (Shelton, 2008, p. 25). Lo expuesto va en concordancia con los elementos de la discriminación planteadas por la Defensoría del Pueblo, al ser necesario que se produzcan los tres elementos señalados, para poder hablar propiamente de un acto discriminatorio.

Ahora bien, para tener una definición más completa sobre la discriminación en el consumo, es relevante conocer la definición de consumidor. La Ley, vigente al momento de ocurrir los hechos del caso materia de análisis, lo definía como “las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”¹⁵, como podemos apreciar, no

¹⁵ Ley de Protección al Consumidor. Artículo 3.

hace distinción si la persona fuese trans, o no, para ser consumidor y ser pasible de protección.

Actualmente, la norma vigente, el Código de Protección al Consumidor (en adelante, el Código de Consumo), aprobado por Ley N° 29571, promulgada el 01 de noviembre de 2010, define al consumidor como “las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No (...) el proveedor”¹⁶. Es decir, la definición no ha cambiado de manera sustancial, salvo la inclusión del ámbito familiar o social y agregó que el proveedor no será consumidor; sin embargo, esto podía ser colegido de la redacción del artículo de la Ley. Asimismo, ninguna de las definiciones hace restricciones sobre la sexualidad, transexualidad, u orientación sexual de la persona para ser considerada, o no, consumidor.

Estas definiciones se encuentran en concordancia con la doctrina, que considera al consumidor como toda persona que puede tener interés en la adquisición de bienes o servicios, y, a su vez, recibirá una protección para accionar, exigir, impugnar la actuación y condiciones generales del proveedor cuyos productos o servicios han adquirido o desea adquirir (Farina, 1995, p.44). Esto es importante, ya que los consumidores trans son, al fin y al cabo, consumidores que -lamentablemente- encuentran mayores dificultades para acceder a bienes y servicios, sin condiciones impuestas solo por el hecho de ser trans; sin embargo, ello será desarrollado más adelante.

Otro elemento relevante para comprender la discriminación en el consumo es conocer el ámbito de aplicación de la norma. Respecto de la Ley, no se verificó que esta contenía una tutela expresa sobre la protección al consumidor que se encontraba en una etapa preliminar, como sí sucede en el en el artículo III del Título Preliminar Código de Consumo, el cual señala que protege al consumidor “se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta”¹⁷,

¹⁶ Código de protección y defensa del consumidor. TITULO PRELIMINAR. Artículo IV.

¹⁷ Código de protección y defensa del consumidor. TITULO PRELIMINAR.

Artículo III.- Ámbito de aplicación.

1. El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.

mediante la cual permite la protección al consumidor que está en una operación previa a la adquisición de bienes o servicios. No obstante, de la redacción del artículo 7B^o¹⁸, la Ley incluía a los solicitantes; además, los “Lineamientos sobre protección al consumidor”, emitidos el año 2006 por el Indecopi, dan paso la aplicación de la Ley para aquellos casos en los que no se había configurado la relación de consumo, o se encontraba en una etapa previa (2006, p. 13).

Habiendo dicho ello, la discriminación en el consumo podrá ser definida como aquel acto discriminatorio, donde exista un trato diferenciado sobre la base de un motivo prohibido que genere un menoscabo al reconocimiento o goce de un derecho, en este caso ver limitado su derecho al acceso de bienes o servicios, en el marco de una relación de consumo, o en una etapa previa a esta. Al respecto, Moises Rejanovinschi precisa que la discriminación no permite, o pone trabas a, que los consumidores puedan acceder a productos o servicios determinados; sin embargo, esto es contradictorio pues un proveedor busca generar más ingresos, motivo por el cual, debería permitir a los consumidores acceder a sus ofertas (2017, p. 243).

En otras palabras, la discriminación en el consumo resulta en una doble afectación, tanto para el consumidor como para los proveedores de bienes o servicios, debido a que, al limitar el acceso a bienes y/o servicios, pierden el ingreso que hubiesen podido obtener. Obviamente, el beneficio económico no podrá ser equiparado con limitar un derecho.

V.1.2. Desarrollo de la identidad de género y su relevancia en las personas trans

Antes de iniciar el desarrollo de la identidad de género, es relevante mencionar que la Opinión Consultiva OC-21/1470¹⁹ dio mayor énfasis a la vinculatoriedad de las opiniones consultivas, de tal modo que son ineludibles en su consideración por parte de los Estados del sistema interamericano; forzando su obligatoriedad a través del parámetro de

2. Las disposiciones del presente Código se aplican a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en éste.

3. Están también comprendidas en el presente Código las operaciones a título gratuito cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo.

¹⁸ 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.

¹⁹ Emitida el 19 de agosto de 2014.

convencionalidad²⁰ (Zelada, 2020, p. 100). Habiendo realizado la precisión correspondiente, corresponde desarrollar el concepto de identidad de género.

La Opinión Consultiva N° 24, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) recogió conceptos internacionales sobre definiciones que pueden no estar definidas en las diversas normativas nacionales e internacionales. Entre ellas, una es la más relevante para el análisis del caso: la identidad de género.

f) Identidad de Género: (...) es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos. (2017, p.16-17).

Asimismo, en esta misma opinión consultiva, la Corte refuerza que la identidad de género se encuentra vinculada al “concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada” (2017, p. 46). Esta protección a vida privada deberá de ser entendida, en este caso concreto, como la libertad de poder decidir el nombre con el cual se identifica la señora Álamo, así como, la decisión de con quien, o quienes, desea compartir el nombre que no expresa su identidad de género.

²⁰ El control de convencionalidad es una herramienta que permite a los órganos jurisdiccionales analizar la vinculatoriedad entre las disposiciones nacionales y la Convención, tomando en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: García, Sergio. (2016). Sobre el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, (21). Pp. 173.

Es decir, la Corte opina que esa protección no se refiere simplemente al contenido de esos derechos, sino que, a través de ella, el Estado también estaría garantizando la plena vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer, lo que va acorde con la definición de persona transgénero, como podemos apreciar a continuación:

h) Tránsgendero o persona trans: Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. (...) La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual.

En la Sentencia del 24 de febrero de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH), en el marco del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, se señaló lo siguiente:

“(…) 78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’.

En el ámbito Constitucional, la Sentencia recaída en el expediente N° 06040-2015-PA/TC reconoció, en su fundamento 14, el derecho a la identidad de género como “parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano y que, por ello, le permiten distinguirlas de otras personas. (...) No seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer”, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que

ha decidido desarrollar su vida, y (...) merece una tutela constitucional al formar parte de su identidad”. Dicho reconocimiento permitirá estar acorde lo señalado por la legislación internacional, así como, brindar una mejor justificación sobre la protección a la identidad de las personas trans.

Con respecto al contenido del derecho a la identidad, el Tribunal Constitucional precisó en la sentencia recaída en el expediente N° 0529-2009-PA/TC, que debe ser “2. entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (**nombres**, **seudónimos**, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)”. Así pues, consideramos que, al señalar de manera expresa, “nombre” y “seudónimos” independientemente de “registros” se plantea la posibilidad de integrar el nombre que uno elija, pudiendo ser diferente al que conste en registros como categoría reconocida, y protegida, por el derecho de identidad. Lo señalado resulta esencial para tener un mejor entendimiento del derecho a la identidad de género, al ser este una parte fundamental del derecho a la identidad.

De la lectura de la jurisprudencia presentada, queda claro que se reconoce la identidad de género en el ordenamiento jurídico peruano; así también, estará reconocido en el derecho a la identidad los seudónimos de las personas, debido a ello, existe una relación de parte-todo con la expresión propia del ser humano que, más allá de identificarse como hombre o mujer, deberá tener el derecho de ser individualizado mediante su nombre o seudónimo. Situación que las personas trans es, al fin y al cabo, protegida.

Ahora bien, en relación con la discriminación, ¿la regulación incluye en la protección a las personas transgénero? O, ¿existe algún límite que impide su reconocimiento en la discriminación en el consumo? Es un tema que pasaremos a analizar.

V.1.3. ¿La prohibición de discriminación e identidad de género de las personas trans se encuentra regulada por mandato constitucional e internacional?

V.1.3.1. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Como hemos señalado, la discriminación en el consumo limita a que determinados grupos de personas puedan tener un acceso pleno a los productos y/o servicios que deseen adquirir, por el único motivo que, quienes los ofrecen, consideran que no los merecen.

Para determinar el alcance de la Convención, es necesario partir por los artículos que brindan una protección sobre la discriminación:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas **o de cualquier otra índole**, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

En base a lo señalado, queda constatada dos características principales: (i) las personas trans son protegidas por el hecho de ser humanos; y, (ii) la redacción da lugar a incluir nuevas categorías protegibles, motivo por el cual estaría incluido la identidad de género de las personas trans, así como de todas aquellas personas cuya identidad de género no sea respetada, ni se le permita ser libremente desarrollada.

Asimismo, la Opinión Consultiva N° 24 de la Corte señaló que la identidad de género es “un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero” (2017, p. 48). Así, la Convención no es ajena en incluir su reconocimiento, a fin de que los Estados Parte garanticen el acceso a la protección, y puedan manifestar libremente su identidad de género, de modo tal que puedan compartir públicamente únicamente lo que consideren necesario; sin tener la obligación de dar información que no deseen a agentes privados.

Además, con la referida Opinión Consultiva, desarrolla la protección que merecen las personas trans, al formar parte de una minoría que necesita ser protegida para garantizar el reconocimiento de su dignidad, ya que existe una finalidad de plasmar “la tutela efectiva de los derechos de estas personas que han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales” (2017, p. 22).

De igual manera, podemos destacar que este reconocimiento abarca el derecho al nombre. El mismo que, según el informe sobre Reconocimiento de derechos de personas LGBTI emitido por la Corte, debe permitir que las personas trans tengan acceso a documentos de identidad acorde al género con el cual se identifican (CIDH 2018, p. 56). En ese sentido, si existe un reconocimiento expreso al derecho al nombre de las personas trans, así como lo indica el artículo 18 de la Convención:

Artículo 18. Derecho al Nombre

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Debería de producirse un reconocimiento por parte de los agentes económicos, o con quienes desee relacionarse una persona trans, con respecto a su nombre, así no haya sido cambiado en los registros, toda vez que quien puede lo más, puede lo menos. Sobre este punto, la Corte señaló que el nombre, sea o no registrado en algún documento oficial, forma parte de la identidad, estaría garantizando la plena vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer. La identidad de género y sexual se encuentra a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones para que puedan vivir con dignidad y respeto al que tienen derecho todas las personas (2017, p. 49-54).

De igual modo, la Opinión Consultiva señaló que la igualdad se desprende directamente de la unidad del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, motivo por el cual es imposible considerar superior a un determinado grupo, conduzca a

tratarlo con privilegio; o a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o lo discrimine (2017, p. 32). Sobre esta noción de igualdad ante la ley²¹, además de encontrarse regulada en la Convención, la misma no hace distinción sobre personas trans o no.

Consecuentemente, de no proyectarse derechos para la protección de minorías, las personas trans pueden sufrir un rechazo social que termine con ellas dedicándose a la mendicidad, los bailes nocturnos y el trabajo sexual (Cedeño, 2019). En decir, si bien tienen la posibilidad de desarrollar su identidad, carecen de reconocimiento social que los llevaría a aislarse con motivo de la estigmatización, con lo cual no habría una aplicación real y social del derecho a la identidad de género ni igualdad ante la ley.

Entonces, podemos afirmar que la Convención reconoce la identidad de género de personas trans, aunque no se encuentre de manera explícita, toda vez que las personas trans son personas y tienen los derechos reconocidos en los organismos legales; así también, se aplica el derecho de identidad de género al formar parte del derecho a la identidad y ser una categoría protegible.

V.1.3.2. En la Constitución Política del Perú de 1993

En el ámbito nacional, el artículo 2.2° de la Constitución Peruana de 1993 reconoce los derechos de grupos humanos que merecen una protección adicional por su condición de minoría.

Artículo 2.- Toda **persona** tiene derecho: (...) 2. **A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por** motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de **cualquiera otra índole.** (*resaltado nuestro*)

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

De acuerdo con el artículo, existe un reconocimiento de los derechos fundamentales que, al igual que la Convención, aplica su protección por el mero hecho de ser personas, motivo por el cual se incluye la protección de las personas trans.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha reconocido dos dimensiones con respecto al derecho a la igualdad: una formal²² y otra material²³. Ahora bien, de la lectura en conjunto se entiende que, las personas trans no son iguales a las personas cisgénero²⁴. Por lo tanto, no se encuentran en una situación de igualdad, y existe una obligación por parte del Estado, así como organismos administrativos, de realizar acciones que equiparen la situación de desigualdad en la que viven.

A manera de ejemplificar la visibilidad de la identidad de género y las personas trans en el ordenamiento, la Sentencia recaída en el expediente N° 06040-2015-PA/TC emitida el 21 de octubre de 2016, señaló que “(...) la realidad biológica (...) no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social.

Es decir, se reconoce el componente dinámico del ser humano como la capacidad de poder determinar quién es, más allá de si se identifica como hombre o mujer por el componente biológico que todos tenemos; o, si su identidad de género difiere de esta, de modo tal que la prohibición de discriminación constitucional también incluye y reconoce a las personas trans. Ahora bien, ¿se debió de haber llegado a esta conclusión bajo las normas de protección al consumidor vigentes al momento de ocurrir los hechos del caso materia de análisis? Más aún, ¿bajo el Código de Consumo debería de ser considerado acto

²² Esta dimensión impone una exigencia al legislador para que no realice diferencias injustificadas, pero, también, a los demás órganos del Estado para que no apliquen la ley de forma desigual a supuestos semejantes (FJ 10). Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N.º 0606-2004-AA/TC del 28 de junio del 2004.

²³ Se sostiene, que, a parte de la obligación de abstención por parte del Estado de realizar actos discriminatorios, existe una obligación positiva para equiparar situaciones desiguales (FJ 11). Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0606-2004-AA/TC.

²⁴ De acuerdo con la Opinión Consultiva OC24/17 del 24 noviembre de 2017, hace referencia a cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer.

discriminatorio perifonear a una persona trans con un nombre con el cual no se siente identificada?

5.1.3.3 En la legislación en materia de Protección al Consumidor

Ahora bien, respecto a la Ley, su artículo 5°, en un párrafo que explica lo que incluye el literal d), reconoce el trato equitativo, así como un listado de motivos prohibidos:

Precítese que al establecer el inciso d) (...), 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 (resaltado nuestro).

Una vez más, podemos apreciar la inclusión de “cualquier otra índole”, lo que indica que sí era posible la protección de la identidad de género según la Ley. En este caso, se encontraba en un apartado diferente al inciso d), independiente de la prohibición de discriminación²⁵.

El reconocimiento señalado es tal, que alcanzaba la prohibición de discriminación establecida en la normativa vigente durante la ocurrencia de los hechos. De ese modo, el Documento Defensorial N°2 señaló que discriminación en el artículo 7B de la Ley era siempre ilícita, en tanto no se permite el acceso a un determinado segmento de la población a bienes o servicios por causas subjetivas e injustificadas (2007, p. 77). Lo antes mencionado guarda coherencia con la redacción del artículo 7B° de la Ley, al indicar lo siguiente:

²⁵ El Artículo 7B° será desarrollado en el apartado siguiente.

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 (...). (*resaltado nuestro*)

Como podemos determinar, la prohibición de discriminación planteada es general, para todas las personas que funjan el rol de consumidores, o solicitantes (dígase de la etapa previa a la contratación), velando por su potencial relación de consumo. En esa misma línea, los Lineamientos del Indecopi del año 2006 reconocieron que la discriminación racial, social o de género, son conductas recurrentes, e inaceptables, que no se ha llegado todavía a erradicar. Por lo mismo, precisó que la tarea del Indecopi es monitorear el mercado a fin de detectar prácticas que reducen las opciones de los consumidores y la capacidad de competir de las empresas (2006, p. 35).

Entonces, podemos afirmar que sí existía un reconocimiento expreso sobre la discriminación en base al género que, al ser mencionado de manera global, también incluía la identidad de las personas trans, quienes tienen un género distinto al biológico, proyectando su identidad a través del mismo; y, la Ley les otorga protección por el mero hecho de ser personas.

Por otro lado, la legislación actual ha visto la necesidad de incluir determinados grupos de consumidores que podrían encontrarse en una situación de desventaja en el mismo artículo sobre la prohibición de discriminación; tal y como se observa en el artículo 38° del Código de Consumo:

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 es tos 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.** (...) (*resaltado nuestro*)

Precisando “de cualquier otra índole”, lo que estaría incluyendo a la prohibición de discriminación por identidad de género, íntimamente relacionado con las personas trans, y únicamente permitiendo el trato diferenciado de los consumidores por causas objetivas y razonables.

Adicionalmente, el ente encargado de la protección al consumidor no ha sido ajeno a pronunciarse con respecto al reconocimiento y protección del derecho a la identidad de género. Sobre ello, se presentó el caso donde se le impidió ingresar a una persona trans al hospedaje Estrella Sol y Luna E.I.R.L., en donde la Sala Especializada en Protección al Consumidor hizo un reconocimiento expreso sobre la identidad de género, al señalar que “20. La Sala entiende que debe combatirse cualquier conducta discriminatoria, entre ellas, por ejemplo, la que afecta a la identidad de género. Lo anterior, a efectos de cautelar el derecho a la identidad que posee cualquier individuo dentro de la sociedad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política”²⁶. De ese modo, una vez más, comprobamos que existe una motivación y justificación de proteger este derecho.

Por otro lado, la jurisprudencia del Indecopi reconoce una prohibición de discriminación basados en identidad de género, de modo tal que ha señalado como medida correctiva incluir, en lugares visibles y fácil acceso, el siguiente mensaje²⁷:

Este establecimiento está prohibido de discriminar a cualquier consumidor por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, **identidad de género**, edad o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Si una persona advierte

²⁶ Resolución N° 1539-2018/SPC-INDECOPI con fecha 22 de junio de 2018.

²⁷ Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI con fecha 24 de julio de 2019.
Resolución N° 0175-2021/SPC-INDECOPI con fecha 26 de enero de 2021.

que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a formular el reclamo correspondiente, así como a denunciar este hecho ante el Indecopi. (resaltado nuestro)

Es de ese modo que, aunque la identidad de género no se encontraba expresamente en la Ley ni se encuentra en el Código de Consumo, sí estaría contenida en la jurisprudencia y ordenamientos nacionales e internacionales, quienes reconocen el concepto de identidad de género, justamente para darle mayor dinamismo a las legislaciones que forman parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención)²⁸; además, de acuerdo con la normativa señalada, las personas trans merecen una protección por el hecho de ser personas.

V.2. ¿Denegar el perifoneo a una persona transgénero con un nombre con el cual no se siente identificada va en contra de la prohibición de discriminación o únicamente puede llamarse a una persona por nombre que registra en su DNI?

V.2.1. Determinar si la negativa por parte de JM Fitness de perifonear a la señora Álamo con un nombre distinto al que consta en el DNI es un acto discriminatorio que impide su acceso al gimnasio.

El nombre de toda persona es una pieza fundamental en el proceso de individualización de todo ser humano. La Opinión Consultiva N° 24 señaló que su finalidad es “afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado. Con él se busca lograr que cada persona posea un signo distintivo y singular frente a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse como tal. Se trata de un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia” (2017, p. 51,54). De lo contrario, se verían obligadas a presentar una identidad que no representa su individualidad, más aún cuando las personas trans se encuentran en una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad; afectando así, el ejercicio

²⁸ Perú firmó el Pacto de San José el 09 de julio de 1977. El mismo fue ratificado el 07 de diciembre de 1978.

y goce efectivo de sus derechos reconocidos por mandato constitucional y el derecho internacional.

De ahí la importancia de recalcar la elección del nombre que realiza una persona trans con su identidad de género. Cuando una persona trans decide optar por el nombre que la identifica, más allá de si haya realizado un cambio en el registro, significa que fue producto de un proceso íntimo de la persona trans en su camino hacia la aceptación; cuyo objetivo es mostrarle a la sociedad quien es en realidad.

En ese sentido, un reportaje de la *BBC* entrevistó a personas trans quienes explicaron la importancia de su nombre. Para la periodista Carrie Marshall, una mujer trans de 44 años, quien dijo que ser llamada por su antiguo nombre cuando estaba siendo ella, era extremadamente vergonzoso, ya que no se conocen mujeres con el nombre de “Gary”; en otro caso tenemos a Dylan Falconer Kaden, quien se tomó un año para poder encontrar su nombre, pero una vez que lo consiguió, sintió que fue como un regalo que te hace feliz y atesoras (Wilson, 2019). Es decir, de ninguna manera se trata de una elección aleatoria, ya que tuvieron que pasar por un proceso interno de autodescubrimiento, hasta llegar a sentirse cómodas con su nombre.

Dicha elección representa la cúspide de un proceso de aceptación y proyección de la identidad de la persona, motivo por el cual no deberían de ser llamados por un nombre con el cual no se identifican, ni representa quienes son. A esta práctica se le conoce como *deadnaming*, o nombre muerto, que ocurre cuando alguien, de manera intencional, se refiere a una persona trans por el nombre que solían utilizar antes transicionar²⁹. También puede referirse al nombre de nacimiento, o nombre del documento de identidad que no puede ser cambiado (Brito, 2018). En ese sentido, como hemos señalado en el punto anterior, la Corte también ha reconocido el nombre como un atributo de la personalidad, al permitir identificarse con mayor libertad.

El criterio del Indecopi sobre la discriminación en el consumo establecido en la Ley concuerda con lo desarrollado al inicio del informe jurídico. Ahora bien, las personas

²⁹ Dígase del proceso mediante el cual la persona cambia su aspecto y modo en el cual es percibida por los demás, para dar paso a una persona del género con el cual se identifica. Planned Parenthood (sf). “Qué debo saber sobre la transición?”. *Planned Parenthood*. Identidades transgénero. Consulta el 22 de mayo de 2021. <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/identidad-de-genero/trans-e-identidades-de-genero-no-conforme/que-debo-saber-sobre-la-transicion>

discriminadas ven “afectados sus derechos por la simple pertenencia a un grupo al que culturalmente se le atribuyen características no deseables, (...) o porque se presume que se encuentran en un rango inferior (...) aun cuando tales características son reconocidas y protegidas constitucionalmente”³⁰. En este caso, JM Fitness ignoró que la señora Álamo sea trans al no reconocer su nombre, siendo este la proyección de su identidad de género, tal vez por no ser “deseable” que una persona con un sexo biológico cambie su nombre, no lo sé. Lo que sí puedo afirmar es que priorizó la “tranquilidad”³¹ de los clientes no trans en la utilización de los baños, esto claramente por considerarla en un rango inferior.

Ahora bien, no reconocer el nombre con el cual se identifica un consumidor trans lo expone en una situación de doble afectación. Primero, los obligan a utilizar el baño correspondiente a su sexo biológico, toda vez que, como señaló la denunciada, era posible registrarse y utilizar el baño de hombres, como muchos otros consumidores trans hacían³². Sobre este primer punto, en México, Paulina Malagón, una mujer trans, efectuó un contrato con un gimnasio que le impuso la condición de utilizar el baño correspondiente a sexo biológico; sin embargo, sufrió de “múltiples miradas lascivas y prolongadas, risas y comentarios en tono de burla”³³ por partes de otros miembros (El Universal, 2019); ello en razón de ser víctima de prejuicios que caen sobre este grupo minoritario que necesita de una protección activa por parte de la normativa; además de no corresponderle usar el baño de hombres en tanto su aspecto físico no coincide con el de los demás, y por ser mujer.

Como segunda afectación, es no tomar en cuenta el nombre con el que se identifica, tal y como sucede en el caso materia de análisis, toda vez que, tiene un nombre que la identifica como mujer; no obstante, ello no fue reconocido. Es decir, condicionaron el acceso a un servicio a llamarla por el nombre de otra persona, como si lo señalado por la Constitución,

³⁰ Resolución N° 0421-2008/SC2-INDECOPI con fecha 28 de noviembre de 2008.

³¹ Foja 133 del Exp. N° 1033-2009-CPC.

³² “(...) En la audiencia de informe oral del 23 de agosto de 2010, incluso señaló que existían otros miembros del gimnasio que compartían la identidad sexual de la señorita Scarlet y que acudían a su establecimiento, sujetándose a la regla materia de análisis en el presente punto”. En la Resolución Final N° 2264-2010/CPC con fecha 24 de septiembre de 2010.

³³ Extracto de la denuncia por: @Alainwho (5 de agosto de 2019) *Tweets* [Perfil de Twitter]. Recuperado el 10 de Julio de 2021. https://twitter.com/Alainwho/status/1158488632879144963?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1158488632879144963%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_c10&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.24-horas.mx%2F2019%2F08%2F07%2Fmujer-transgenero-denuncia-discriminacion-en-smartfit-le-niegan-entrar-al-vestidor-de-mujeres%2F

la Convención, la Ley y el Código, no fuesen suficientes para reconocer la identidad de la señora Álamo; además, de encontrarse bajo el escrutinio de los otros miembros que sepan que es una persona trans, quitándole el poder de decir con quien comparte, o no, esa información íntima y de su vida privada.

Del mismo modo, de acuerdo con la Defensoría del Pueblo, lo relevante para determinar cuándo nos encontramos frente a un caso de discriminación es “evaluar si el comportamiento pretendido o impuesto por el proveedor se basa en características prejuiciosas por las cuales se otorga un trato de inferioridad debido a motivos de diversa índole, es decir, cuando no existan razones objetivas y justificadas” (2007, p. 77). Situación que claramente estaría ocurriendo, ya que si bien el establecimiento puede decidir no atender a un cliente en tanto amenace “la seguridad y tranquilidad de sus clientes y el establecimiento, u medien otras razones objetivas y justificadas”, o cuando existan razones objetivas y justificadas, negar el perifoneo no encajaría en dentro de esta situación.

En ese sentido, el perifonear a la señora Álamo con el nombre que se identificaba le otorgaba un sentido de pertenencia para acceder a un bien o servicio, mas no atentaba la seguridad y tranquilidad de los clientes, de lo contrario no habrían optado por ofrecer membresía alguna en un primer lugar; no obstante, JM Fitness decidió imponerle una condición que mermaba su identidad personal, cuya aceptación le hubiese permitido plenamente del servicio. Por lo tanto, sí constituía un acto discriminatorio en su contra que negaba su identidad personal y de género.

Ahora bien, para determinar si nos encontramos frente a una discriminación en el consumo actualmente, el Indecopi, a través de la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI³⁴, señaló lo siguiente:

27. De este modo, a través del presente pronunciamiento, la Sala establece un cambio de criterio en relación al modo en el que deben analizarse las conductas donde exista un trato desigual que no se encuentre justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastará para

³⁴ Resolución emitida el 24 de julio de 2019

configurar un acto discriminatorio, debiendo imputarse dichas acciones del proveedor, independientemente de la causa que origine el trato desigual, como una infracción a la prohibición de discriminación en el consumo contenida en el artículo 38° del Código.

En ese sentido, a la luz de la normativa vigente, tampoco habría una causa objetiva y razonable que justifique la negativa de perifonear a la señora Álamo con el nombre que se identifica, toda vez que el argumento del denunciado de perifonear a sus miembros por el nombre consignado en el DNI “eran aplicados a la generalidad de clientes, y se ajustaba a normas de orden público, como la invariabilidad del nombre comprendidas en el Código Civil”³⁵, vulnera el reconocimiento del nombre de las personas trans como parte fundamental de su desarrollo; debiendo ser necesarias conductas que los pongan en una condición de igualdad, especialmente si se trata de una acción mínima como es el perifoneo.

Al respecto, Rodrigo Delgado señala que podrá hablarse de discriminación en el consumo agravada, cuando el acto responda a motivos étnico-raciales, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género u otros motivos similares; sin embargo, aún no existen suficientes pronunciamientos de la Sala para determinar los elementos que permitan reconocer la gravedad de estos actos (2020, p. 32). Es decir, se plantea la necesidad de desarrollar jurisprudencia que permita proteger las personas que forman parte de estos grupos, debido a la grave afectación que pueden tener si no se les protege como debería.

No obstante, hace falta que el Indecopi remarque en sus resoluciones la importancia de la identidad de género de la persona trans, toda vez que cuando una mujer trans denunció haber sido discriminada luego de usar-de manera constante y reiterada- el baño de damas de un establecimiento comercial hasta que se lo prohibieron sin motivo, si bien revocó la improcedencia de la denuncia; también, indicó que “la parte denunciante expuso argumentos vinculados a la identidad de género, la situación de discriminación de la población trans y el derecho a la identidad; lo cierto es que, al ser materia de controversia en esta instancia únicamente el análisis de relación de consumo entre las partes del

³⁵ Fundamento 2. Resolución N° 3444-2012/SPC-INDECOPI.

procedimiento, únicamente la Sala se centrará en aquellos fundamentos vinculados a dicha finalidad”³⁶.

Entonces, podemos determinar que la normativa reconoce la prohibición de discriminación de las personas trans, aunque hace falta que la Sala se pronuncie de manera más amplia sobre la identidad de género para recalcar el aspecto dinámico de la persona; tan desarrollado por el Tribunal Constitucional y la Convención, como lo hizo la Opinión Consultiva N° 24, ello para no dificultar el reconocimiento de los consumidores trans en su acceso a bienes y servicios.

Habiendo quedado establecido que la prohibición de discriminación incluye a las personas trans y su reconocimiento a la identidad de género, tanto en la Ley como en el Código de Consumo, denegar perifonear a una persona trans por el nombre con el cual se siente identificada representa un impedimento al acceso de bienes y servicios; toda vez que niega una parte fundamental de la señora Álamo, quien expresar su identidad de género a través del nombre de su elección.

Adicionalmente, el Código de Consumo reconoce trato preferente a niños, niñas, gestantes, adultos mayores y personas con discapacidad³⁷, ¿por qué no habría de ser posible con las personas trans, si con este artículo se busca equiparar una situación de desventaja en la que se encuentran? Con dicha medida, podrían generarse menos barreras, en tanto consumidores trans necesitan de mecanismo para equiparar su situación en el mercado; así como, contar con el reconocimiento que toda persona de derecho ostenta.

En ese orden de ideas, la Observación General N° 20, emitido por Naciones Unidas, sobre “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales” señaló que es necesario “prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes (...) donde los Estados pueden adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas

³⁶ Resolución N° 2310-2020/SPC-INDECOPI con fecha 3 de diciembre de 2020.

³⁷ Artículo 41.- Trato preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad.
41.1 El proveedor está en la obligación de garantizar la atención preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad, en todos los sistemas de atención con que cuente, debiendo facilitar al consumidor todos los mecanismos necesarios para denunciar el incumplimiento de esta norma bajo responsabilidad. (...)

en los motivos prohibidos de discriminación (...) que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de facto” (2009:4); motivo por el cual, válidamente hubiese podido solicitarse a JM Fitness de abstenerse de imponer diferencias que interfirieran con el libre desarrollo de la identidad de género de la señora Álamo, el mismo que se proyecta con el nombre elegido para ser reconocida por los otros miembros como mujer. Pues de no ser así, se estaría desconociendo completamente la identidad de la señora Álamo como mujer trans.

Así, el reconocimiento de estos actos sirve para mejorar el sentido de pertenencia y acceso al mercado por parte de consumidores trans; sin embargo, no se limita a esto sino que es una oportunidad para el agente económico para generar mayores ingresos. En esa misma línea, el reconocimiento de la identidad trans se sustenta en el componente dinámico de cada sujeto, donde las autoridades deberían de apostar por una construcción de la identidad alejada de elementos estáticos (biológicos), toda vez que debería de existir mayores aportes legales para el desarrollo de jurisprudencia sobre la identidad trans (Zelada & Neyra, 2017p. 101-108).

Entonces, por lo señalado en ambas normativas, la negativa efectuada por JM de perifonear a la señora Álamo con un nombre distinto al que consta en su DNI, sí sería un acto discriminatorio que impidió el pleno disfrute de los servicios del gimnasio y afectó su reconocimiento frente a la sociedad; así como, frente a otros miembros del gimnasio.

La relevancia de ser llamada con el nombre de su elección es permitir confirmar el derecho de la señora Álamo a un nombre que revela su identidad de género externalizada con su apariencia física, lo cual se conduce con las normas de conducta prescritas para su “nuevo”³⁸ sexo, que constituye su aceptación social como miembro de una comunidad (Soley-Beltran, 2014). Es decir que sí pudo desarrollarse de manera plena de acuerdo con la identidad de género, sin embargo, JM Fitness no la reconoció al ignorar lo señalado en la Constitución, ya que se estaría discriminando a una persona trans al no respetar, ni reconocer, su nombre como expresión de su identidad de género.

³⁸ Término atribuido por la autora para hacer referencia a la apariencia física actual de una persona trans.

V.2.2. Determinar si existe proporcionalidad en la negativa de perifonear a la señora Álamo con un nombre distinto al que figura en su DNI.

Con respecto a este punto, somos de la opinión que no existe proporcionalidad en la negativa de perifonear a una persona trans por un nombre distinto al que aparece en el DNI.

Sobre este punto, consideramos que no es necesario imaginar que una situación nos ocurre a nosotros mismos para ponernos a pensar en los demás; sin embargo, imaginemos que nos empiezan a llamar por un nombre que no es nuestro. Probablemente no nos sintamos cómodos. Ahora, ¿qué pasa si ese nombre no va acorde con el sexo con el cual nos identificamos?, o peor aún ¿si viene acompañado por los términos de “señor” o “señora” contrario con el cual nos identificamos? Genera incomodidad. Tal vez a nosotros no mucho, pero a aquellos que vienen luchando por un ápice de reconocimiento puede significar un hecho vergonzoso, como si todo por lo que pasaron no hubiese sido suficiente para ser reconocidos.

Ahora bien, veamos que reconocer el nombre elegido por una persona trans no es ajeno a los agentes económicos internacionales. La compañía MasterCard viene trabajando diversos bancos para brindar su nuevo servicio: *True Name program*. El cual es un programa, en coordinación con los bancos, que se encuentra diseñado para consignar los nombres con los cuales se identifican los consumidores trans en sus respectivas tarjetas de crédito (Denham, 2019). Cabe señalar que todo ello sucede en Estados Unidos y, como bien señala *The American Bar Association*, en un país donde hay más de 1.55 millones de personas trans que sufren de una latente discriminación, cuyo contexto se traduce que en Estados como Florida, Georgia y Texas es legal despedir, desalojar o, incluso, rechazar del acceso al cine por el único motivo de ser transgénero (Romero, 2020).

En Reino Unido, Starbucks lanzó una nueva campaña titulada “*What’s your name?*” (¿cuál es tu nombre?), donde muestra a consumidor trans que tenía como nombre de nacimiento “Jemma”, y al acercarse al local de Starbucks encuentra aceptación al ser llamada por “James”, el nombre con el cual se identifica, en frente de todos (Christie, 2020). Sobre este caso en particular, cabe resaltar la labor realizada por Starbucks al no realizar cuestionamientos, ni miramientos sobre el nombre que elige el consumidor.

Incluso puedo recordar reuniones con mis amigas en esa cafetería, y cambiarnos el nombre a modo de juego. Nadie lo cuestionaba, simplemente lo escribían en el vaso y, cuando estaba listo, nos llamaban (situación muy parecida al perifoneo, pero sin el micrófono).

En ese orden de ideas, una forma adicional para dilucidar el conflicto es a través del test de proporcionalidad, que pone en una balanza los derechos en conflicto y engloba tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; siendo necesario que superen cada uno de ellos para llegar al próximo. En el caso concreto se contraponen: la libertad de empresa de JM Fitness versus el libre desarrollo de la personalidad, o la identidad de género de la señora Álamo.

El subprincipio de idoneidad es “la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido” (Traverso, 2013, p. 47). Ahora, podemos afirmar que la negativa de perifonear a la señora Álamo con un nombre distinto al que figura en el DNI era idóneo, pues sirve para uniformizar el trato de todos los consumidores, supuesto que buscaba JM Fitness.

Una vez superado este nivel, pasamos al subprincipio de necesidad. En este, ¿habían medidas menos gravosas? Si, toda vez que si se buscaba uniformizar, pudo consultar a los consumidores cómo quisiesen ser llamados y sobre ese registro también puede uniformizar, de modo menos gravoso y que no afecte el reconocimiento del nombre, el seudónimo, la identidad, tal y como ha sido desarrollado a lo largo del informe jurídico. Además, por una formalidad decide discriminar a una persona que no se identifica con el nombre consignado en su DNI. Por lo tanto, podemos afirmar que no existió proporcionalidad en la negativa del perifoneo.

V.2.3. Determinar si existe prohibición alguna de perifonear a una persona por un nombre distinto al indicado en el Documento Nacional de Identidad (DNI).

Uno de los argumentos planteados por JM Fitness sobre el motivo por el cual no perifoneó a la señora Álamo por el nombre con el cual se identifica³⁹, era que las reglas del gimnasio

³⁹ Fundamento 4. Resolución N° 3444-2012/SPC-INDECOPI.

seguían lo establecido en el artículo 26° de la Ley 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. En ese sentido, será relevante para el análisis contar con el artículo en cuestión:

Artículo 26°.- El documento Nacional de Identidad (DNI) es un documento público personal e intransferible. Constituye la única cédula de Identidad Personal para todos los actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales y, en general, para todos aquellos casos en que, por mandato legal, deba ser presentado. (...)

Por ello, indicó que correspondería llamar a una persona por el nombre contenido en su DNI. Además, dicha regla iba en relación con el artículo 29° del Código Civil, ya que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, como podemos apreciar:

Artículo 29.- Cambio o adición de nombre. Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, **salvo por motivos justificados** y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita. (...) (*resaltado nuestro*)

Al respecto, el artículo 26° no hace referencia a un perifoneo, o forma en la que pueda ser llamada una persona luego de haber realizado un contrato como la suscripción a un gimnasio, sino a la presentación del documento como identificación de la persona; motivo por el cual, llamar a la señora Álamo con el nombre que se identifica correspondía a una potestad libre de JM Fitness.

Ahora bien, referente al artículo 29°, si bien debería de ser un motivo justificado el cambio de nombre en razón a que la señora Álamo no se identifica con su nombre registrado en el DNI, ni va acorde con su identidad de género, al ser una mujer trans; el artículo hace referencia a procedimientos no contenciosos donde se realice el cambio de nombre y se expida una resolución judicial pronunciando el nombre correspondiente (Gaceta Jurídica 2003, p. 1224), no niega la posibilidad de perifonear a una persona con el nombre que se identifica.

En otras palabras, el argumento expuesto por JM Fitness no guarda relación con perifonear a un miembro del gimnasio con un nombre distinto al que obra en el DNI, de lo contrario no habría correlación con el artículo 32° del Código Civil, el cual otorga protección jurídica al seudónimo, toda vez que “cuando adquiere la importancia del nombre, goza de la misma protección jurídica dispensada a éste”; siendo la razón fundamental para la protección del seudónimo, el derecho fundamental a la identidad personal (Gaceta Jurídica 2003, p. 1232). Bajo esa línea argumentativa, Carlos Fernández Sessarego indica que el seudónimo logra una función individualizadora e identificadora de la persona cuando alcanza la relevancia del nombre, o en caso de sustituirlo (Fernández, 1997, p. 251), situación que ocurre con la señora Álamo al expresar su identidad personal y de género a través del nombre de su elección.

A modo ejemplificativo, si aceptásemos el argumento de JM Fitness y únicamente pudiésemos llamar a las personas por los nombres que aparecen en el DNI, ¿qué pasaría con las compras que realizamos en la bodeguita de la esquina? ¿carecerían de validez? Bajo esta lógica, se impediría que no sean válidos los contratos realizados en algún establecimiento comercial que no utilice nuestro nombre consignado en el DNI. Sin embargo, la realidad dista de dicha premisa, toda vez que no siempre llamamos a las personas con las que formamos algún vínculo contractual, o no, por el nombre que aparece en registro. De ese modo, relacionarnos con otras personas implica un proceso más allá del nombre que pueda estar en el DNI, y no por ello dejan de ser menos válidos.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional precisó que “conforme al artículo 38° de la Constitución “todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución”, norma que impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública”⁴⁰. Por lo tanto, el organismo especializado tiene la potestad sancionar actos de discriminación, aunque existan leyes específicas que puedan desencadenar discriminación en el consumo, siempre que carezcan de un motivo objetivo y razonable; debido a la prevalencia de la prohibición de discriminación.

⁴⁰ Fundamento 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1848-2004-AA/TC con fecha 26 de agosto de 2004.

V.2.4. Determinar si era relevante que el trato desigual se produzca respecto de otros clientes del gimnasio JM Fitness, y no su staff de instructores, para evaluar si se produjo un acto discriminatorio en contra de la señora Álamo.

Como señala la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 1°: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Es sobre ese principio que se colige que cada ser humano es único e irrepetible, así como el respeto de la misma, será el fin supremo. La Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación.

Por lo señalado es que se trata de un vínculo amparado por el derecho. Sobre este punto, Marcos Catalán indica que no habrá diferencia si el vínculo es contractual, extracontractual o fáctico (2018, p. 397). En ese sentido, se formó un vínculo entre la señora Álamo y JM Fitness, el cuál ocasionó una vulneración al artículo 38° del Código de Consumo por tratarse de un acto discriminatorio hacia una persona trans

Sobre ello, es importante señalar que Alfredo Bullard dice que la prohibición determinados productos lleva al consumo clandestino que podría afectar su vida (2010, p.49). Si bien el texto en mención hace referencia a la baja calidad de determinados productos que son los únicos a los que pueden acceder ciertos consumidores debido al bajo costo, y que la prohibición de los mismos tendría como consecuencia el acceso clandestino con afectación aún peor. Somos de la opinión que aplica al presente caso, toda vez que, limitar el acceso a este servicio porque el costo que tiene, si bien no es monetario, significa negar parte de ella para ser aceptada en un entrenar en un gimnasio. Lo cual podría generar un efecto multiplicador en otros locales o para otros posibles consumidores.

Es decir, los otros miembros del gimnasio aceptaban ser perifoneados por el nombre en su DNI porque se identifican con ese nombre. Aquel les brinda un sentido de pertenencia y es una modalidad de definir quienes son al ser perifoneado.

Al respecto de la discriminación, Renata Bregaglio señala que, a diferencia de la vulneración de la igualdad, constituye un trato diferenciado que se produce

arbitrariamente y se basa en motivos prohibidos⁴¹ (2015, p. 78). En ese sentido, no es relevante que a otros miembros del gimnasio los perifoneen por el nombre que se encuentra consignado en el DNI o, incluso, que otros consumidores transgénero los llamen por un nombre por el cual no se identifican – lo cual también es cuestionable, sin embargo, no es materia de análisis en el presente informe jurídico.

Con respecto a la Ley, existió una conducta discriminatoria al no reconocer la identidad de la señora Álamo. En la sentencia recaída en el expediente N° 0529-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional reconoció que dentro del contenido del derecho a la identidad se encontraban los nombres y seudónimos de la persona. En tanto, la señora Álamo es una persona trans, también debió de ser aplicado, ya que, en los Lineamientos del año 2006, el Indecopi reconoció la discriminación racial, social o de género, como conductas que deben ser erradicadas. En ese sentido, estaban incluidas aquellas prácticas que desmedren la identidad de la persona trans por pertenecer a una minoría que necesita ser protegida de conductas que impidan su acceso a bienes y servicios en el mercado.

Adicionalmente, no debió de haberse tomado en consideración cómo se trataba a los otros clientes para acreditar si se produjo un trato discriminatorio, toda vez que el caso trata sobre la señora Álamo, no sobre los otros clientes, quien recibió un trato denigratorio por una característica intrínseca suya. Sobre ello, la discriminación vulnera la dignidad del consumidor porque lo minusvalora por una característica personal. Por esa razón, si el consumidor acredita que se le negó el acceso a un servicio, y que ello es atribuido a una característica personal por la cual las personas generalmente son minusvaloradas, entonces se puede determinar que hubo un acto discriminatorio. No siendo necesario que se acredite el trato del proveedor hacia otras personas, toda vez que la vulneración a su dignidad no depende del trato que otros reciben, sino de cómo se trató a la denunciante.

En esa línea, el artículo 5° literal d) de la Ley señala que uno de los derechos de los consumidores es la “protección de sus intereses económicos, mediante el trato

⁴¹ La profesora Bregaglio los define como las condiciones sociales de determinados grupos que son considerados “inferiores en relación con otros, y que reciben el nombre de grupos en situación de vulnerabilidad”, sobre los cuales versan restricciones sistemáticas. Asimismo, la lista puede ser ampliada. En Bregaglio, Renata (2015). “El principio de no discriminación por motivo de discapacidad”. En IDEHPUCP. Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Lima: PUCP, Pp. 82.

equitativo”, debiéndose encontrar una interpretación de la norma que se ajuste al caso concreto para dar justicia, incluso da la posibilidad que se prescindiera de ella (Herrera, 1993, p. 62). Entonces, tampoco era relevante que el trato desigual se produzca respecto de otros clientes del gimnasio, ya que la Sala pudo evaluar el caso respecto del trato equitativo que debió recibir la señora Álamo, pues de lo contrario se vulneraba su identidad de género.

Por otro lado, sobre la probanza del trato diferencia, Rodrigo Delgado señala que el trato diferenciado no es tanto el controvertido cuando el denunciado lo acepta, y su argumentación es sobre las causas que lo motivaron (2020, p. 31); situación que ocurrió, ya que, en este caso, JM Fitness sí reconocía la identidad de género de otros consumidores, mas no la de la señora Álamo. Además, su fundamentación se basó en los motivos objetivo por los que no la llamaría por el nombre que se identifica. En ese caso, ese es el trato diferenciado. Entonces, bajo esta premisa ¿por qué tendría que volver a probarlo la señora Álamo?

Así también, César Higa indica que la carga de la prueba “debe ser utilizada solo cuando se alega trato diferenciado, pero no si el consumidor alega un trato atentatorio contra su dignidad por una característica intrínseca suya” (2019), tal y como sucede en el presente caso respecto de la señora Álamo.

De ese modo, consideramos que bastaba con el testimonio brindado por la señora Álamo, quien por ser transgénero forma parte de motivos prohibidos que dan pie a la discriminación; así como, una situación de vulnerabilidad que bien pudo haber sido mejorada por JM Fitness.

Finalmente, queda comprobado que el proveedor podía – y tenía el deber – de perifonear a la denunciante por el nombre con el cual se identificaba, toda vez que ella logró manifestar su identidad de género a través de su nombre. Asimismo, la denunciante no estaba solicitando realizar un contrato con un nombre distinto al consignado en su DNI, sino que reconozcan su identidad de género y ser tratada con el respeto que se merece -además de disfrutar plenamente el servicio que quería contratar-; ello se hubiese logrado únicamente siendo perifoneada por su nombre: Scarlet.

VI. CONCLUSIONES

1. Se produjo una vulneración al artículo 7B° de la Ley de Protección al Consumidor, en tanto incluía en su protección la identidad de género de las personas trans. En ese sentido, el perifonear a la señora Álamo con el nombre con el que se identificaba le otorgaba un sentido de pertenencia para acceder a un bien o servicio, mas no atentaba la seguridad y tranquilidad de los clientes, pues de lo contrario no habrían optado por ofrecer membresía alguna en un primer momento. No obstante, JM Fitness decidió imponerle una condición que mermaba su identidad, e impidió el pleno disfrute de los servicios del gimnasio; ya que, de aceptarla, hubiese afectado su identidad y su reconocimiento frente a otros miembros del gimnasio.
2. La negativa del perifoneo no es una causa objetiva y razonable. Existe un reconocimiento legal del nombre de una persona trans como parte fundamental de su desarrollo; así también, son necesarias conductas que igualen sus condiciones, especialmente si se trata de una acción tan mínima para el agente económico, pero que tiene un gran impacto en el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans, como es el perifoneo con el nombre que se identifican.
3. No debió de haberse tomado en consideración cómo se trataba a los otros clientes para acreditar si se produjo un trato discriminatorio, toda vez que el caso trata sobre la señora Álamo, no sobre los otros clientes que hayan recibido un trato denigratorio por una característica intrínseca a la suya.
4. La discriminación vulnera la dignidad del consumidor porque lo minusvalora sobre la base de una característica personal. Por esa razón, si el consumidor acredita que se le negó el acceso a un servicio por una característica personal, entonces se puede determinar que hubo un acto discriminatorio. No siendo necesario que se acredite el trato del proveedor hacia otras personas porque la vulneración a su dignidad no depende del trato que reciben otros consumidores, sino de cómo se trató a la persona que alega el hecho sobre la base de un motivo prohibido.
5. De los datos proporcionados en el presente informe, se encontró que más de 1.7 millones de peruanos forma parte de la comunidad LGTBIQ+, con lo cual entre el 2017 y 2018 únicamente 341 personas denunciaron vulneraciones, de

las cuales 108 provinieron de agentes estatales. Entonces, es necesaria la capacitación de los operadores estatales para atender denuncias provenientes de personas de la comunidad LGTBIQ+.

6. Únicamente 37% de personas transgénero conocen los canales de denuncia frente actos de discriminación, y más del 70% tuvo alguna dificultad para denunciar algún hecho de violencia; es decir, claramente existe una desventaja para el acceso a la justicia, situación limita su acceso al mercado de bienes y servicios. Por ello, es necesario implementar mecanismos que faciliten el acceso a la justicia y al mercado.
7. Es imperativo tomar en consideración, además de los lineamientos, el mandato constitucional y supranacional para implementar políticas que garanticen el acceso a bienes y servicios a los consumidores trans; así también, tener en consideración como el dinamismo de la persona para su protección.
8. Al discriminar a una persona transgénero cuyo nombre no es reconocido por el agente económico, genera una doble afectación. Tanto por el hecho de limitar el acceso a un determinado bien o servicio, y en la pérdida de ingreso que el proveedor hubiese podido obtener en caso haber permitido el acceso al consumidor discriminado, toda vez que el fin último del agente económico es generar más ingresos. Obviamente, el beneficio económico no podrá ser equiparado con limitar el derecho de acceder a bienes o servicios que se desea obtener.
9. El nombre elegido por la señora Álamo no se trata de una elección sin valor. No es un “juego” ni una cuestión de azar, sino que es la culminación de un proceso interno que la llevó a determinar que ese el nombre por el cual manifiesta su identidad de género; más allá de si legalmente hubiese, o no, podido cambiarlo, es necesario reconocerlo para brindarle un sentido de pertenencia, y ponerla al mismo nivel que los consumidores cisgénero, ello para facilitar su acceso a bienes y servicios en el mercado.

VII. RECOMENDACIONES

1. Los consumidores somos seres completamente sociales, con lo cual tomar en consideración únicamente el aspecto biológico para determinar el nombre de

una persona es limitante, ya que no solo nos basamos en la anatomía o genética. El ser humano tiene la libertad de desarrollar su propia identidad para ser tan reduccionista. Por ello, debemos a empezar a escuchar las vivencias trans, para emitir pronunciamientos con menos estigma y más empatía.

2. Exhortamos a los agentes económicos a perifonear, o llamar, a los consumidores trans por el nombre con el cuando indican que se identifican o, en todo caso, por el apellido; en caso de no encontrarse cómodo identificando a la persona con el género femenino o masculino, acompaña del nombre o apellido, podría hacer uso de términos como “usuario”, “cliente”, “miembro”, entre otros. Ello, en tanto, respetar la identidad de género de una persona trans trae beneficios económicos y sociales.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Bregaglio, R. (2015). El principio de no discriminación por motivo de discapacidad. *IDEHPUCP*. Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Lima: PUCP, Pp. 78.
- Brito, J. (2018). “What is Deadnaming?” [¿Qué es el deadnaming?]. *Healthline*. Recuperado de <https://www.healthline.com/health/transgender/deadnaming#:~:text=Deadnaming%20occurs%20when%20someone%2C%20intentionally,or%20their%20E2%80%9Cgiven%20name.%E2%80%9D>
- Bullard, A. (2010). ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, año 6, número 10, pp. 5-58.
- Catalan, Marcos, & Malheiros da Cunha Frota, P. (2018). Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasilero. *Derecho PUCP*, (80), 391-423.
- Cedeño, L. (2019). La estigmatización: una forma normalizada de la violencia intragénero. *Revista Universidad y Sociedad*, 11(4), 77-85. Epub 02 de septiembre de 2019. Recuperado de

http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000400077&lng=es&tlng=es.

Christie, D. (2020). Starbucks ad inspires by transgender people testing out new names [Anuncio de Starbucks inspira a personas transgénero a usar sus nombres]. *Marketing Dive*. Recuperado de <https://www.marketingdive.com/news/starbucks-ad-inspired-by-transgender-people-testing-out-new-names/571557/>

Comisión Interamericana de Derechos Humano (CIDH) (2018). *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI: Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>

Corte Interamericana De Derechos Humanos (CIDH) (2017). *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.

Denham, H. (2019). Inclusivity comes to credit cards: Mastercard creates 'True Name' for transgender, non-binary customers [La inclusión llega a las tarjetas de crédito: Mastercard crea el "nombre verdadero" para clientes transgénero, no binarios]. *The Washington Post*. Recuperado de <https://www.washingtonpost.com/business/2019/06/18/mastercard-launching-true-name-its-transgender-nonbinary-cardholders/>

Defensoría del Pueblo (1999). *Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. 1998 – 1999*. Recuperado de https://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-anual/page/3/

Defensoría del Pueblo (2007). *La Discriminación en el Perú: Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Biblioteca Nacional del Perú. Serie Documentos Defensoriales- Documento N° 2. Primera Ed. Recuperado de

https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/PE/DP_PER_URP_S2_2008anx_anexo2dd002_07.pdf

- Delgado, R. (2020). *Una mirada global a la discriminación en el consumo: Jurisprudencia del Indecopi*. Lima, Indecopi. Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7918>
- El Universal (2019). Mujer transgénero denuncia discriminación en gimnasio. *El Universal*. Recuperado de <https://www.eluniversal.com.mx/metropoli/mujer-transgenero-denuncia-discriminacion-en-gimnasio-de-smarfit>
- Farina, J. (1995). *Defensa del Consumidor y del Usuario*. Buenos Aires, Editorial Astrea, pp.34 – 57.
- Fernández, C. (1997). Daño a la identidad personal. *THEMIS Revista de Derecho*. (36), 245-272. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11743>
- Fernández, C. (2015). *Aclaración sobre la Teoría Tridimensional* [Archivo de Video]. Recuperado de https://www.youtube.com/results?search_query=cesar+fernandez+sessar+ego+tridimensional+derecho
- Herrera, R. (1993). “La actuación de la equidad en la interpretación de las normas laborales”. *IUS ET VERITAS*, 4(6), 61-67. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15377>
- Indecopi (2006). Lineamientos 2006 de la Comisión de Protección al Consumidor. Resolución N° 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI con fecha 30 de noviembre de 2006.
- Gaceta Jurídica (2003) *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas*. Tomo I (Título Preliminar, Derechos de las Personas, Acto Jurídico). Lima.
- García, S. (2016). Sobre el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, (21). Pp. 173-186. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18704/18945>
- Gold's Gym (2020). PUMA x Gold's Gym: Iconically Strong. *Gold's Gym blog*. Recuperado de <https://www.goldsgym.com/blog/pumaxgoldsgym/>
- Higa, C. (2019). Lo que se ve, no se pregunta. Críticas a la carga de la prueba en materia

de discriminación en protección al consumidor. *Lp pasión por el derecho*. Administrativo. Recuperado de <https://lpderecho.pe/criticas-carga-prueba-discriminacion-proteccion-consumidor/#>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). *Uno de cada tres peruanos sufrió discriminación, según encuesta realizada a pedido del MINJUSDH*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Nota de prensa. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/70751-uno-de-cada-tres-peruanos-sufrio-discriminacion-segun-encuesta-realizada-a-pedido-del-minjusdh>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). *II Encuesta Nacional de Derechos Humanos: Población LGBT*. Recuperado de https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-06/presentacion_ii_encuesta_nacional_ddhh.pdf

Moral, A. (2018). *Estudio de prefactibilidad de un gimnasio especializado en personas con limitaciones física producto de lesiones en Lima Metropolitana*. Tesis para optar por el Título de Ingeniería Industrial. Lima: PUCP. Recuperado de <http://hdl.handle.net/20.500.12404/12422>

Naciones Unidas (2009). *Observación General N° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Consejo Económico y Social. 42° periodo de sesiones. Ginebra.

Naciones Unidas (2018). *Violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity – Press Conference* [Violencia y discriminación por orientación sexual e identidad de género – Conferencia de prensa]. [Archivo de video] Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=tBXPI4ldFvk>

Observatorio de Derechos LGBTI (2019). *Informe Anual del Observatorio de Derechos LGBT 2017-2018*. Recuperado de http://iessdeh.org/usuario/ftp/1-82_OBSERVATORIO_junio_2019.pdf

Planned Parenthood (sf). *Qué debo saber sobre la transición? Planned Parenthood*. Identidades transgénero. Recuperado de <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/identidad-de-genero/trans-e-identidades-de-genero-no-conforme/que-debo-saber-sobre-la-transicion>

- Promsex (2021) *Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas LGBTI en el Perú 2020*. Primera Ed. Recuperado de <https://promsex.org/wp-content/uploads/2021/05/InformeAnualDeDerechosHumanosPersonasLGBTI2020.pdf>
- Ramírez, C. (2020). Diccionario con orgullo: más allá de las siglas LGTBIQ+. *The Huffington Post*. Life. Recuperado de https://www.huffingtonpost.es/entry/diccionario-con-orgullo-mas-alla-de-las-siglas-lgtbiq_es_5ecebd67c5b6af633ec30ef1
- Rejanovinschi, M. (2017). Hacia la protección del consumidor en la Comunidad Andina. En: *Anuario de Investigación del CICAJ 2016*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 215 – 267.
- Romero, A. (2020). The Nineteenth Amendment and Gender Identity Discrimination [La decimonovena enmienda y la discriminación por identidad de género]. *American Bar Association*. Litigation Journal. Recuperado de https://www.americanbar.org/groups/litigation/publications/litigation_journal/2019-20/spring/the-nineteenth-amendment-and-gender-identity-discrimination/
- Sasaki, Naomi, & Calderón Chuquitaype, G. (1999). Pitucos y pacharacos: una aproximación a la exclusión social en las discotecas de Lima. *Anthropologica*, 17(17), 301-353. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/anthropologica/article/view/1583>
- Shelton, D. (2008). Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. Pp. 15- 39. Recuperado de <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13488/13756>
- Soley-Beltran, P. (2014). Transexualidad y Transgénero: una perspectiva bioética. *Revista de Bioética y Derecho*, (30). Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4321/S1886-58872014000100003>
- Traverso, D. (2013). El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional. *IUS ET VERITAS*, 23(47), 318-331. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11949>
- Wilson, L. (2019). How do trans people choose their name? [¿Cómo eligen las personas

trans su nombre?]. *BBC Scotland News*. Consulta el 15 de junio de 2021.
<https://www.bbc.com/news/uk-scotland-46567954>

Zelada, Carlos, & Neyra Sevilla, C. (2017). Trans*legalidades: Estudio preliminar de expedientes sobre reconocimiento de las identidades trans* en el Perú. *IUS ET VERITAS*, (55), 90-111.

Zelada, C. (2020). *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño*. Primera Ed. Promsex. Lima. Recuperado de <https://promsex.org/wp-content/uploads/2020/05/Son-vinculantes-las-opiniones-consultivas-de-la-Corte-IDH.pdf>

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el:

- Expediente N° 0606-2004-AA/TC
- Expediente N° 1848-2004-AA/TC
- Expediente N° 0529-2009-PA/TC
- Expediente N° 06040-2015-PA/TC

INDECOPI:

- Resolución N° 0421-2008/SC2-INDECOPI con fecha 28 de noviembre de 2008.
- Resolución N° 1539-2018/SPC-INDECOPI con fecha 22 de junio de 2018.
- Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI con fecha 24 de julio de 2019
- Resolución N° 2310-2020/SPC-INDECOPI con fecha 3 de diciembre de 2020.
- Resolución N° 0175-2021/SPC-INDECOPI con fecha 26 de enero de 2021.

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR –
SEDE LIMA SUR
PROCEDIMIENTO : DE PARTE
DENUNCIANTE : JUAN CARLOS ÁLAMO MOSCOSO
DENUNCIADO : JM FITNESS S.A.C.
MATERIA : PROTECCION AL CONSUMIDOR
DISCRIMINACIÓN
ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE TIPO NCP

SUMILLA: *Se revoca la Resolución 2264-2010/CPC, que declaró fundada la denuncia del señor Juan Carlos Álamo Moscoso contra JM Fitness S.A.C. por infracción del artículo 7ºB de la Ley de Protección al Consumidor, y, reformándola, se declara infundada la denuncia en dicho extremo.*

Lima, 22 de noviembre de 2012

I ANTECEDENTES

1. El 15 de abril de 2009, el señor Juan Carlos Álamo Moscoso denunció a JM Fitness S.A.C. (en adelante, JM Fitness), propietario del gimnasio Gold's Gym ubicado en el Centro Comercial de Jesús María, alegando que por su condición de travesti había sido discriminada pues dicha empresa condicionó la suscripción de una membresía al uso del baño de hombres y a perifonearla empleando su nombre de varón (nombre de pila) sin respetar su condición de transgénero en mérito al cual era conocida como Scarlet. Señaló que en todo caso podían haberse considerado sus apellidos para efectos del perifoneo. El denunciante informó que debido a dicha negativa se había inscrito en otro gimnasio donde no había tenido los problemas suscitados con JM Fitness.
2. En sus descargos, JM Fitness señaló que nunca había negado sus servicios al denunciante pues este reconoció que había recibido invitaciones previas, sino que se limitó a informarle los procedimientos del gimnasio, que eran aplicados a la generalidad de clientes, y que se ajustaban a normas de orden público, como la invariabilidad del nombre comprendida en el Código Civil. Agregó que no se había probado un trato desigual y que en todo caso no era competencia del Indecopi avocarse a conocer situaciones de tal naturaleza.
3. Mediante Resolución 2264-2010/CPC del 24 de setiembre de 2010 la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur (en adelante, la Comisión) declaró fundada la denuncia contra JM Fitness por actos discriminatorios en el extremo referido al necesario perifoneo del denunciante por el nombre de varón que figura en su DNI, e infundada en

el extremo referido al uso del baño de mujeres, sancionándolo con una amonestación y ordenándole en calidad de medida correctiva que curse una carta de disculpas al denunciante por el trato discriminatorio del que fue objeto, así como capacitar a todo su personal sobre el trato que debe brindarse a personas transgénero.

La Comisión fundamentó su pronunciamiento reconociendo que el derecho a la identidad de una persona incluye su género y que este difiere del sexo biológico, siendo una manifestación de la dignidad de las personas y del derecho a construirla libremente siempre que ello no implique una afectación al derecho de terceros.

4. El 14 de octubre de 2010, JM Fitness apeló la Resolución 2264-2010/CPC reiterando que nunca condicionó la contratación de una membresía por parte del denunciante al perifoneo por su nombre de varón, sino que se limitó a informarle las reglas del servicio, las mismas que eran congruentes con el artículo 26° de la Ley 26497, que establece que el DNI constituye la única cédula de identidad personal para todos los actos en que esta requiera ser acreditada, siendo correcto llamar a una persona por la identidad contenida en el DNI. Agregó que el artículo 29° del Código Civil era claro al establecer que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones. Finalmente señaló aun cuando en el ámbito personal o lúdico no habría problemas en que sus empleados y miembros del gimnasio puedan denominarse de la forma que gusten, ante una opción de tratamiento uniforme todos debían ser tratados de la misma forma, no siendo viable que se les imponga la obligación de habilitar un campo adicional en sus sistemas para establecer un alias.
5. El 16 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica de la Sala incorporó al expediente impresiones de los horarios de clases publicitados en el portal web común de la cadena de gimnasios Gold's Gym, correspondiente a las sedes de Jesús María y Camacho en los que figuraban los nombres de diversos instructores bajo hipocorísticos tales como Tito, Toti, Kike, entre otros, notificando de ello a ambas partes y requiriendo a JM Fitness la identificación civil correspondiente.
6. El 24 de agosto de 2012, JM Fitness se opuso a la inclusión al expediente de los horarios de clase de la sede Camacho debido a que este último estaba a cargo de una persona jurídica distinta. Sin perjuicio de ello informó que el nombre del instructores que figuraba en sus horarios bajo el nombre de Tito Baró era Roberto Martín Barón Perales debido a que sus horarios impresos admiten solo un determinado número de caracteres por lo que el apellido de dicha persona no podía declararse por completo.

II CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

7. Determinar si la negativa de JM Fitness a emplear el nombre “Scarlet”, tal como fue solicitado para efectos del perifoneo al interior del gimnasio, constituye un tratamiento discriminatorio por razón de su alegada condición de transgénero. En otras palabras, no se está discutiendo si quien reclama debe o no ser llamado, tratado, identificado o conocido con el nombre de su elección, se debe discutir si la negativa a perifonearlo de ese modo, constituye un tratamiento discriminatorio en los términos establecidos por el Artículo 7ºB de la Ley de Protección al Consumidor (Decretos Legislativo Nº 716) aplicable al presente caso.

III ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1. Cuestión previa

8. Antes de pasar a evaluar el caso concreto, cabe resaltar que los vocales que suscriben el presente voto respetan el derecho de toda persona a no ser discriminada por razón alguna, tal como lo establece la Constitución Política del Perú y que, en el presente caso, como en cualquier en el que se alegue discriminación debe, de ser comprobada una conducta discriminatoria, sancionarse como una infracción de particular gravedad, caso por caso.

III.2. La discriminación en el consumo sancionada por la Ley de Protección al Consumidor

9. La Ley de Protección al Consumidor reconoce el derecho de los consumidores a acceder a una variedad de productos y servicios, a ejercer su libertad de elección frente a ellos y a ser tratados justa y equitativamente en toda transacción comercial¹, disposiciones que consagran el derecho a la igualdad de trato en esta materia. En la práctica ello se resume en la obligación de los proveedores de dispensar un trato equitativo brindando sus servicios o productos sin exclusiones o selección de clientela, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de sus prestaciones.

¹ **DECRETO LEGISLATIVO 716. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 5º.-** En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...).

b) 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 (...).

10. Los móviles detrás de una contravención a este deber pueden ser variados, desde la arbitrariedad restringida a un consumidor en particular hasta una situación de discriminación en términos constitucionales, que implicaría una condición de mayor gravedad para este tipo infractor pues a diferencia del simple trato desigual que implica una selección o exclusión arbitraria, en la variante de discriminación la limitación de acceso a un servicio estaría dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos², siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes sólo una evidencia de tal desvaloración.
11. El artículo 7ºB de la Ley de Protección al Consumidor comprende ambas variantes al prohibir de forma absoluta, en su primer párrafo, los actos de discriminación que afectan la dignidad del ser humano - lo que de suyo implica una limitación de acceso – y, en su segundo párrafo, el tipo básico de trato diferenciado propio de la selección o exclusión injustificada de clientela³.
12. De conformidad con el tercer párrafo del artículo 7Bº de la Ley de Protección al Consumidor, para que se acredite una infracción al mismo (en cualquiera de los dos supuestos infractores desarrollados en el acápite anterior) el consumidor deberá, en primer lugar, acreditar siquiera indiciariamente la existencia de un trato desigual. Sólo superada esta valla, en un segundo momento, la Administración invertirá la carga de la prueba y exigirá al proveedor que demuestre la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual, lo cual permitirá determinar si se ha contravenido la norma antes señalada mediante un trato diferenciado ilícito o, si se cuentan con mayores elementos probatorios, mediante prácticas discriminatorias.

² La raíz de las prácticas discriminatorias se encuentra en la atribución, bajo paradigmas socio culturales – lamentablemente–vigentes, de características o comportamientos no deseables a tales grupos humanos, impidiendo que los individuos sean juzgados por sus propios méritos y acciones, ocasionando que sufran los prejuicios de cierto segmento de la sociedad de manera injustificada y contraria al ordenamiento constitucional.

³ **DECRETO LEGISLATIVO 716. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 7º-B.-** Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público. Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas. La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

13. Debe quedar claro, entonces, que en estos casos mientras los denunciantes no acrediten un trato desigual respecto de otros consumidores, no se configurará infracción alguna al artículo 7B° de la Ley de Protección el Consumidor. Ello, de conformidad con el tenor expreso del referido artículo.

III.3. La discriminación en el consumo atribuida a JM Fitness

14. En el presente caso, la Comisión consideró discriminatorio que JM Fitness condicione sus servicios al perifoneo del denunciante por el nombre de varón que figuraba en su DNI, pese a su evidente condición de transgénero (el denunciante se ha identificado a sí mismo como travesti y ello también se aprecia en su DNI), siendo esta una conducta discriminatoria reñida con el respeto a la dignidad y el derecho a la identidad sexual del denunciante pues, en mérito a dicha identidad, era válido que un consumidor transgénero solicite ser llamado coloquial y cotidianamente por el nombre que su identidad sexual denota, más aún considerando que ello no conllevaba una afectación a terceros o un costo adicional para la denunciada.

15. Sin embargo, la Comisión omitió evaluar si, conforme a la norma aplicable, se encontraba acreditado un trato desigual respecto de otros consumidores, en los términos expuestos en el acápite anterior. En este punto, es importante resaltar que el grupo relevante para evaluar la actuación de la denunciada frente al señor Álamo es su clientela y no su staff de instructores.

16. Al respecto, no obra en el expediente prueba alguna de que otros clientes del gimnasio JM Fitness sean perifoneados por un nombre distinto al consignado en su DNI y correspondiente a la denominación que utilizan en su vida cotidiana, esto es, para desenvolverse en sociedad.

17. Solo en este escenario, esto es, de haber acreditado la circunstancia antes señalada, el denunciante podría alegar haber sido objeto de un trato diferenciado. En efecto, en este contexto el denunciante podría afirmar que, a diferencia de otros clientes, no se le llama por el nombre con el que se identifica socialmente sino por el que consta en su DNI. No obstante, como ya se indicó, dicha circunstancia no se halla probada.

18. Lo antes expuesto pone de manifiesto que el denunciante no acreditó un trato desigual, presupuesto necesario para que se evalúe la presunta comisión de actos discriminatorios conforme al marco legal desarrollado precedentemente.

19. Por las consideraciones expuestas, corresponde revocar la resolución venida en grado y, reformándola, declarar infundada la denuncia, dejando sin efecto la medida correctiva ordenada, la sanción impuesta y la condena al pago de costas y costos del procedimiento.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: Revocar la Resolución 2264-2010/CPC, emitida el 24 de setiembre de 2010 por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur, en el extremo apelado en que declaró fundada la denuncia del señor Juan Carlos Álamo Moscoso contra JM Fitness S.A.C. por infracción del artículo 7ºB de la Ley de Protección al Consumidor y, reformándola, declarar infundada la denuncia en dicho extremo.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la Resolución 2264-2010/CPC en los extremos referidos a la medida correctiva ordenada, la sanción impuesta y la condena al pago de costas y costos del procedimiento.

Con la intervención de los señores vocales Hernando Montoya Alberti, Ana Asunción Ampuero Miranda, Alejandro José Rospigliosi Vega y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.

HERNANDO MONTOYA ALBERTI
Vicepresidente

El voto en discordia del señor vocal Julio Baltazar Durand Carrión es el siguiente:

Premisa

1. El Derecho del Consumidor no es un simple reestudio o relectura de normas pertenecientes a otra rama del Derecho y de sus respectivos instrumentos. Es si, en cambio, una relectura pero de los problemas de consumo, que en el mundo de hoy, se han masificado y exigen soluciones muchas veces incompatibles con el Derecho tradicional, estructurado fundamentalmente sobre normas del Derecho Civil -en particular de la contratación- cuyas disposiciones no son adecuadas para regular las complejas relaciones

derivadas del fenómeno del consumo, que presiona al mercado, como al Derecho en tanto disciplina reguladora, para hacer frente a los complicados y complejos efectos jurídicos de la realidad del consumo.

2. La realidad que en materia de consumo impone el mercado actual, desborda la dimensión jurídica sobre las cuales se han elaborado ciertas normas y, en ese sentido, el firmante considera que el razonamiento de un órgano resolutorio como la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 no puede ser reducido sólo a ideales jurídicos, sino que deben encontrarse respuestas válidas a nuevos fenómenos de mercado, lo que implica calificar una serie de conductas que se presentan a diario en las transacciones comerciales en un mundo globalizado como el de hoy.
3. Lo anterior ha sido señalado en el voto discordante suscrito por el presente vocal en la Resolución 655-2006/TDC⁴, que también versaba sobre un supuesto de discriminación contra las minorías sexuales⁵.

Sobre los hechos expuestos en la denuncia y los fundamentos de la resolución recurrida cuestionados por JM Fitness

4. En la denuncia interpuesta, el denunciante señaló que JM Fitness se negó a emplear el nombre “Scarlet” que lo identifica en su condición de travesti para perifonearlo al interior del gimnasio informándole que de contratar sus servicios sería llamado con el nombre de varón que figuraba en su DNI (Juan Moscoso), situación que calificó de discriminatoria. Las condiciones

⁴ Cfr. las p. 16 y 17 de la Resolución 655-2006/TDC del 17 de mayo de 2006.

⁵ En este punto, son pertinentes las palabras del profesor Fernández Sessarego, con particular referencia al reto que el derecho a la identidad sexual de los transexuales representa para los intérpretes jurídicos:

“No puede perderse de vista que el transexual tiene derecho a “proyectar su vida” de acuerdo con las arraigadas e inmodificables tendencias de su sexualidad, las que se presentan desde cuando era niño, más allá de su voluntad. Tiene derecho a vivir en una situación de bienestar, dotado de salud integral, la que ha perdido y sólo recuperará cuando pueda vivir de acuerdo con su “verdad” personal, a su auténtica identidad. El transexual tiene derecho a ser “él mismo”, a que se le reconozca su auténtica identidad sexual, más allá de los cromosomas que la naturaleza le otorgó y que, como está dicho, carecen de “sentido” para su vida.

Al hacerse cargo de esta realidad de la vida social, los juristas y los operadores del derecho están obligados a resolver, en términos axiológicos, el inocultable problema de la transexualidad, debiendo encontrar para ello las soluciones formales o normativas adecuadas. Es así que algunos países ya cuentan con legislación específica que regula la materia, mientras otros han resuelto el problema a niveles judiciales y hasta administrativos.

Finalmente, más allá de la existencia o no de normas reguladoras o de antecedentes jurisprudenciales aplicables al fenómeno humano y social de la transexualidad, el juez es creador de derecho, por lo cual, aun en ausencia de normas jurídicas positivas, debe resolver el problema humano dentro de los valores y los principios jurídicos con los que cuenta.”

(FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Sexualidad y Bioética. La problemática del transexualismo”, Julio de 2010, en http://www.comparazioneirittocivile.it/prova/files/sessarego_sexualidad.pdf, p. 14 y 15. Página vista el 19 de octubre de 2012.)

señaladas han sido corroboradas por la Comisión y admitidas por JM Fitness quien solo ha cuestionado que dicho proceder revele un trato diferenciado o discriminatorio.

5. Aunque la resolución recurrida desarrolla el concepto de transgénero en función a la diferencia conceptual entre sexo y género, vinculando este último al derecho a la identidad y a construirla libremente como manifestación de la dignidad de las personas, JM Fitness no cuestionó tales fundamentos - que por lo demás el vocal que suscribe el presente voto comparte - limitándose a señalar que el tratamiento dado al denunciante era el mismo brindado a todos sus demás miembros y socios, incluyendo otros consumidores transgéneros, en atención a una norma de orden imperativo como era el artículo 29º del Código Civil.

La igualdad sustancial y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales aplicada al presente caso

6. Antes de analizar los alegatos de la denunciada, es menester precisar que en personas transgénero la identidad sexual puede estar dissociada del sexo biológico y consiguientemente del nombre con el que cual han sido registradas⁶, de allí que en el caso de autos no deba asumirse *a priori* una petición antojadiza de “cambio de nombre” o del empleo de apelativos en condiciones cotidianas por parte del denunciante. Lo que se discute es si el derecho a la identidad sexual de una persona es oponible a los proveedores de un servicio aún cuando no haya mediado una modificación de su prenombre en el registro civil y, en función a ello, si la negativa de JM Fitness de perifonear al denunciante como “Scarlet” - término con el que este siente identificado dada su identidad sexual - constituye un acto de discriminación en el consumo.
7. JM Fitness ha señalado a lo largo del procedimiento que el trato dado al denunciante - de llamarlo únicamente por el nombre que figura en su DNI - corresponde al trato que dispensa a todos los demás socios del gimnasio y a su personal en general, debido a que el artículo 29º del Código Civil prohíbe la modificación del nombre de una persona⁷.

⁶ La identidad sexual incluye la manera como la persona se identifica como hombre o mujer, o como una combinación de ambos, y la orientación sexual de la persona. Es el marco de referencia interno que se forma con el correr de los años, que permite a un individuo formular un concepto de sí mismo sobre la base de su sexo, género y orientación sexual y desenvolverse socialmente conforme a la percepción que tiene de sus capacidades sexuales. *Organización Panamericana de la Salud, 2002.*

⁷ **CÓDIGO CIVIL. Artículo 29.- Cambio o adición de nombre.** Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita. El cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad.

8. Aunque ordinariamente la uniformidad de trato o de condiciones aplicadas por un proveedor desvirtuaría la existencia de un trato discriminatorio, el derecho de los consumidores a un trato equitativo contemplado en el artículo 5º d) de la Ley de Protección al Consumidor, que sustenta la prohibición de trato desigual o discriminatorio exige, en estricto, considerar las diferencias de los consumidores y bajo tales diferencias garantizar la igualdad de sus derechos.
9. No está en discusión que el perifoneo del denunciante bajo un prenombre distinto al registrado en su DNI implicaría una diferencia en el trato respecto de los demás consumidores, es decir, un actuar diferenciado de parte de JM Fitness, lo que se discute es si la negativa de tal actuación constituye un trato discriminatorio. Tal calificación supone determinar si el derecho del denunciante a definir su identidad sexual, ampliamente desarrollado por la Comisión, genera una obligación de parte de JM Fitness de respetarla adecuando su actuación a ella.
10. En este punto, el vocal que suscribe el presente voto considera pertinente traer a colación el concepto de igualdad sustancial y eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Al respecto, El artículo 2º inciso 2 de nuestra Constitución establece 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 cualquiera otra índole*
11. Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la igualdad consagrado por esta norma tiene dos dimensiones: una formal y otra material. En su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la Administración Pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley). Respecto de la dimensión material del derecho a la igualdad, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado lo siguiente:

“En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o la circunstancias en las que un sujeto se encuentre,

*sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual*⁸.

12. Así, se ha reconocido que el derecho a la igualdad, en su faz material, también implica la exigencia de ser tratado en forma distinta, cuando un sujeto no se encuentra en una situación igual a la de los demás, teniendo en cuenta las circunstancias de aquél. A mayor abundamiento, a nivel doctrinario se ha señalado que uno de los problemas de la igualdad sustancial o material es determinar qué tipo de desigualdades de hecho cabe alegar como fundamento de un trato desigual, siendo que “las desigualdades que han de ser compensadas son las desigualdades inmerecidas”⁹.
13. De otro lado, el Tribunal Constitucional ha recordado en varios pronunciamientos que los derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a la igualdad) vinculan no sólo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo lo que en doctrina se denomina “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. En efecto, dicho órgano colegiado ha señalado que:

*“Conforme al artículo 38° de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir y defender la Constitución”, norma que impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública”*¹⁰.
14. En este contexto, el vocal que suscribe el presente voto considera que de una interpretación constitucional de los artículos 5 d) y 7B° de la Ley de Protección al Consumidor – que prohíben la discriminación en el ámbito del consumo tal como ha señalado el voto en mayoría – se desprende que estos no solo tutelan a los consumidores frente a vulneraciones a su derecho a la igualdad formal, sino también a la igualdad sustancial.
15. En otras palabras, no solo constituye infracción para los proveedores negar el acceso o restringir el disfrute de un servicio por motivos de raza, sexo, religión, etc., sino también negar un tratamiento diferenciado a sujetos que se encuentran en una situación especial amparada constitucionalmente. Para

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0606-2004-AA/TC publicada el 15/08/2005. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00606-2004-AA.html>

⁹ PIETRO SANCHIS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 22. Madrid, septiembre-diciembre-1995, p. 31-37. Ver: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1848-2004-AA/TC publicada el 15/03/2005. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01848-2004-AA.html>

determinar este último supuesto infractor, deberá utilizarse un criterio de razonabilidad y ponderarse derechos de terceros en cada caso concreto¹¹.

La necesidad de acreditar un trato diferenciado respecto de otros consumidores

16. Es importante subrayar que en denuncias que involucren una presunta afectación al derecho a la igualdad sustancial, no puede exigirse a los consumidores acreditar un trato desigual respecto de otros consumidores invocando una lectura literal del tercer párrafo del artículo 7Bº de la Ley de Protección al Consumidor.
17. Dicha exigencia es admisible y se condice con las denuncias donde los consumidores reclaman haber sido tratados de forma distinta a los demás, es decir, cuando invocan una vulneración a su derecho a la igualdad formal en los términos antes expuestos. Por ejemplo, si un consumidor denuncia que le negaron el ingreso a una discoteca por motivos raciales, queda claro que deberá acreditar siquiera indiciariamente haber sido objeto de tal negativa, a diferencia del resto de asistentes que pudieron ingresar con normalidad.
18. No obstante, en las denuncias que involucren una afectación del derecho a la igualdad sustancial, esto es, cuando un consumidor denuncie el no haber recibido un trato diferenciado pese a su condición especial amparada constitucionalmente, nos encontramos en un supuesto completamente opuesto donde resulta contradictorio realizar la exigencia antes señalada. En efecto, en estos casos la denuncia del consumidor parte de la premisa de que pese a su situación especial le han brindado el mismo trato dispensado a la generalidad de consumidores, por lo no se le puede exigir acreditar un trato diferenciado: lo que denuncia es, precisamente, la ausencia del mismo.
19. Una interpretación contraria vaciaría de contenido la tutela de la igualdad sustancial en este ámbito pues la probanza de tal circunstancia sería imposible para los denunciados de estos casos y todas sus denuncias devendrían en infundadas. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que las normas de protección al consumidor deben ser interpretadas a favor de este último¹². Lo anterior fue subrayado en el voto discordante suscrito por el presente vocal en la Resolución 655-2006/TDC, citada precedentemente¹³.

¹¹ Es importante señalar que no es la primera vez que se aplica el desarrollo constitucional de la igualdad sustancial para resolver un caso en materia de protección al consumidor. Al respecto, cfr. la Res. 1795-2009/SC2-INDECOPI.

¹² **DECRETO LEGISLATIVO 716. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 2.-** La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor.

¹³ Cfr. la p. 23 de la Resolución 655-2006/TDC del 17 de mayo de 2006.

20. Por lo tanto, una interpretación constitucional y *pro consumidor* que atienda a la naturaleza de las denuncias donde los consumidores reclamen – en el marco del artículo 7B° de la Ley de Protección al Consumidor – un trato diferenciado por encontrarse en una situación especial amparada constitucionalmente, pone de manifiesto que en estos casos no se tiene que acreditar un trato diferenciado respecto de los demás consumidores, pues la ausencia del mismo es lo que, precisamente, se denuncia.

La defensa de JM Fitness

21. Atendiendo a lo expuesto en los acápites precedentes, el vocal firmante considera que el derecho del denunciante a definir su identidad sexual genera una obligación de parte de JM Fitness de perifonearla por el nombre que la identifica en su condición de transgénero (“Scarlet”), siendo que la negativa a brindar dicho trato diferenciado implica en principio una vulneración de los artículos 5° d) y 7B° de la Ley de Protección al Consumidor citados precedentemente.
22. En este punto, cabe resaltar que la apelante no ha cuestionado la preeminencia del derecho a la identidad sexual que asiste al denunciante. Su defensa se restringe a oponer a este derecho un mandato legal contenido en el artículo 29° del Código Civil, es decir ha alegado la necesidad de sus condicionamientos.
23. Sin embargo, la identidad de una persona no se restringe a una dimensión estática definida en registros civiles o condiciones inmutables como su sexo biológico, sino que tiene un componente dinámico que se construye a lo largo de la vida y que por ello no puede restringirse al binomio de género como el que exige la identificación civil. Sin menoscabo de lo señalado, no es menos cierto que la libertad a construir libremente nuestra identidad, incluyendo el componente sexual de la misma, debe ejercerse respetando los derechos de terceros y en el marco del ordenamiento jurídico.
24. A este respecto, el artículo 29° del Código Civil alegado por JM Fitness como sustento de la negativa denunciada solo está referido a la imposibilidad de que una persona varíe unilateralmente su identificación civil, es decir, el nombre que legalmente la identifica y que figura en su DNI. No obstante, la identificación civil, no es exigible en todos los ámbitos de nuestra vida, de allí que podemos emplear otros “nombres” en ámbitos informales sin que ello resulte ilícito, pues la Ley 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil establece que el DNI es la única cédula de identificación para la realización de actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales y en todos aquellos casos en que, por mandato

legal, deba ser presentado¹⁴, *contrario sensu* en todos aquellos casos en que legalmente no se exija la identificación civil contenida en el DNI es posible emplear otras denominaciones¹⁵.

25. Es importante destacar que la discriminación atribuida a JM Fitness no está referida a las exigencias legales para la suscripción de contratos sino a su negativa a perifonear al denunciante bajo el nombre de Scarlet con el que éste que se identifica cotidianamente, dada su condición de transgénero¹⁶. Es claro que para la suscripción de contratos, el señor Álamo debe identificarse de acuerdo al prenombre que figura en su DNI, así como en el presente caso esta Sala debe considerarlo en los mismos términos para aludir a su condición de parte denunciante. Sin embargo, el perifoneo bajo el nombre de Scarlet corresponde a un trato en condiciones informales o cotidianas que JM Fitness podría dispensar sin contravenir el ordenamiento jurídico, con lo cual la negativa de la denunciada no es ni idónea ni necesaria para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo que justifique la intervención de un derecho constitucional como el que sustenta la denuncia del señor Álamo.
26. JM Fitness también ha señalado que dispensar el trato demandado por el denunciante le acarrearía costos adicionales ya que sus sistemas tienen un límite de caracteres, sin embargo no ha sustentando en qué medida la inclusión del término Scarlet sobrepasaría este límite. En todo caso en un sistema informático es indistinto sustituir o colocar uno o dos nombres o seleccionar solo un apellido.
27. En esta instancia se ha advertido en los horarios de clases publicados en la página web de la cadena de gimnasios Gold's Gym, que sus profesores son llamados bajo hipocorísticos¹⁷ o términos que difieren de los registrados en

¹⁴ **LEY 26497. LEY ORGANICA DEL REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL. Título V Documento Nacional de Identidad (DNI).** Artículo 26.- El Documento Nacional de Identidad (DNI) es un documento público, personal e intransferible. Constituye la única cédula de Identidad Personal para todos. Constituye también el único título de derecho al sufragio de la persona a cuyo favor ha sido otorgado.

¹⁵ Ello es así porque es frecuente que las personas acuñen un término distinto al que figura registrado en sus documentos de identidad para identificarse en determinados ámbitos sociales, sin que ello implique una transgresión del artículo 29º del Código Civil, como puede apreciarse diariamente en las páginas sociales, en las redes sociales (nicknames o apodos) o, más aún, en ámbitos artísticos, deportivos y culturales, en los que es habitual el uso los sobrenombres y seudónimos - aunque este último sí goce de una protección similar al nombre cuando adquiera la misma importancia. Lo único exigible en todos estos casos es que la persona así llamada establezca para sí o admita voluntariamente el empleo de estos términos para su identificación.

¹⁶ Esta identidad además goza de notoriedad dentro del mismo centro comercial en el que se ubica el gimnasio administrado por JM Fitness, pues el denunciante cuenta con varias peluquerías que llevan precisamente el nombre Scarlet.

¹⁷ **Hipocorístico, ca.** (Del gr. ὑποκοριστικὸς, acariciador). **1. adj. Gram.** Dicho de un nombre: Que, en forma diminutiva, abreviada o infantil, se usa como designación cariñosa, familiar o eufemística; p. ej., *Pepe, Charo*. www.rae.es

sus documentos nacionales de identidad, tales como Tito Baró, lo que desvirtúa la justificación alegada por JM Fitness y pone de manifiesto que no existe proporcionalidad en su negativa de perifonear al denunciante bajo el nombre de Scarlet, pues dicho proceder no afecta en mayor grado el desarrollo de sus actividades.

28. Debido a ello, aún cuando JM Fitness ha señalado que el perifoneo del denunciante bajo el nombre de Scarlet implicaría modificar sus sistemas incrementando el costo de sus operaciones, no ha acreditado tal situación y por el contrario, como se ha podido apreciar, JM Fitness no ha tenido problema alguno en registrar en sus sistemas informáticos nombres que difieren del DNI de su personal, lo que podría proceder en los mismos términos tratándose del denunciante. En todo caso, atendiendo a que el nombre de Scarlet es con el que el señor Álamo se identifica en condiciones informales, el personal de JM Fitness no tendría más que trasladar tal información, que será la ordinariamente empleada cuando terceros soliciten el perifoneo para ubicar al denunciante en sus instalaciones.
29. Por estas razones, considero que la negativa de JM Fitness de perifonear al denunciante bajo el nombre de "Scarlet" y condicionar el acceso a sus servicios de entrenamiento físico a que sea llamado por el nombre de varón que figura en su DNI, resulta injustificada y vulnera los artículos 5° d) y 7B° de la Ley de Protección al Consumidor.
30. En consecuencia, mi voto es que se confirme la resolución recurrida en el extremo apelado que declaró fundada la denuncia interpuesta contra JM Fitness por actos discriminatorios así como las medidas correctivas, el pago de costas y costos ordenados a favor del denunciante y la sanción de amonestación, por ser accesorios al pronunciamiento sustantivo.

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN
Presidente