

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



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

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de  
Abogada

Autora:

***Lourdes Melisa Gallardo López***

Asesor:

Delgado Capcha, Rodrigo

Lima, 2022

*El presente trabajo está dedicado a mi hija, mis padres y a mi amor, por ser mi motivación y fortaleza en cada momento.*

*Mikella, mi princesa, gracias por enseñarme el amor más puro y bonito, como ser mejor persona cada día y por estar a mi lado a lo largo de este camino.*



## RESUMEN

La discriminación es una realidad aún existente en nuestro país y que se evidencia en diferentes aspectos de la vida de las personas, como lo son las relaciones de consumo. En ese sentido, la comunidad de las personas transgénero es también víctima de discriminación en el consumo, pero tiene mayor dificultad al momento de exigir la tutela de sus derechos como consumidores. Por ello, el presente Informe Jurídico analiza la Resolución N° 3444-2012/SPC-INDECOPI, que revocó la resolución que emitió la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi, al considerar que no se había acreditado el trato discriminatorio en agravio de la denunciante, una persona transgénero. Por lo antes expuesto, el presente trabajo tendrá un marco teórico que permita definir el concepto de discriminación en el consumo, así como la importancia del reconocimiento de la identidad de género, para determinar si la normativa en materia de consumidor incluye dentro de su tutela a las personas transgénero. Luego, se analizará si la denegatoria de perifonear a una persona transgénero con el nombre que se identifica y que difiere del consignado en su Documento Nacional de Identidad se considera un acto discriminatorio al amparo de la Ley de Protección al Consumidor (vigente al momento de los hechos) y bajo el Código de Protección al Consumidor vigente. Asimismo, se analiza que si de ser procedente la denuncia, cuáles hubieran sido las medidas correctivas que corresponderían. Por último, se plantearán recomendaciones que sirvan de guía para los futuros razonamientos de la Sala en casos similares.

**Palabras claves:** *principio de igualdad, discriminación, identidad de género, transgénero, protección al consumidor.*

## **ABSTRACT**

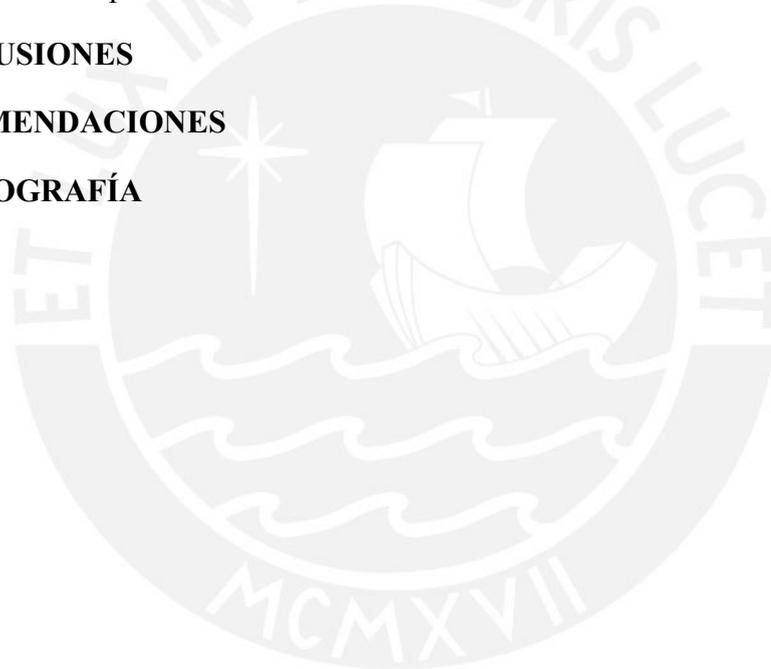
Discrimination is still a reality in our country and is evident in different aspects of people's lives, such as consumer relations. In this way, the transgender community is also discriminated against in consumer activities and for them, it is more difficult to demand protection of their rights as consumers. For this reason, this Legal Report Analyses Resolution No. 3444-2012/SPC-INDECOPI, which revoked the resolution issued by the Indecopi Consumer Protection Commission, considering that the discriminatory treatment of the complainant, a transgender person, had not been proven. For the above, this paper will provide a theoretical framework to define the concept of discrimination in consumption and the importance of the recognition of gender identity mine whether consumer regulations include transgender people within their protection. Next, it will be analyzed whether the refusal to call a transgender person by megaphone advertising by using the name that they identify with and that differs from that on their National Identity Card is considered a discriminatory act under the Consumer Protection Act (in effect at the time of the events) and the Consumer Protection Code in force. In addition, it is analyzed whether the complaint was admissible, and what corrective measures would have been appropriate. Finally, recommendations will be made to guide the Chamber's future reasoning in similar cases.

**Keywords:** *principle of equality, discrimination, gender identity, transgender, consumer protection.*

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	6
<b>II. JUSTIFICACIÓN</b>	7
<b>III. IDENTIFICACIÓN HECHOS RELEVANTES</b>	10
<b>IV. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS</b>	15
<b>V. ANÁLISIS DEL CASO</b>	17
<b>V.1. ¿Las personas transgénero cuentan con protección en el marco de la prohibición de discriminación en el consumo de acuerdo a la normativa vigente?</b>	17
V.1.1. ¿Cómo se define la discriminación en el consumo?	17
V.1.2. ¿Cómo se define la identidad de género y cuáles son sus alcances respecto a las personas transgénero?	22
V.1.3. ¿Las personas transgénero cuentan con protección a nivel constitucional en el Perú?	24
V. 1.4. ¿Las personas transgénero gozan de una protección efectiva de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos?	26
V.1.5. ¿La legislación vigente en materia de protección al consumidor toma en consideración la identidad de género?	27
<b>V.2. ¿La denegatoria de perfonear a una persona transgénero con el nombre que la identifica se configura como un supuesto que vulnera la prohibición de discriminación en el consumo?</b>	29
V.2.1. Determinar si existe prohibición en la normativa vigente para perfonear a una persona con el nombre con el cual se identifica y que es distinto al registrado en su DNI.	29
V.2.2. Analizar y determinar si la denegatoria por parte del gimnasio JM FITNESS S.A.C. de perfonear a una persona con el nombre con el cual se identifica y que es distinto al registrado en su Documento Nacional de Identidad (DNI) se configura como un acto de discriminación o si por el contrario la medida resulta proporcional y justificada.	33

<b>V.3. ¿Hubiera sido adecuado que la Sala Especializada en Protección al Consumidor de Indecopi ordenara medidas correctivas si efectivamente se hubiera corroborado un caso de discriminación en razón de la identidad de género?</b>	36
V. 3.1. Determinar cuál es la naturaleza de las medidas correctivas en los pronunciamientos de Indecopi.	36
V. 3.2. Analizar cuál es la importancia de las medidas correctivas en los casos en que se demuestra la existencia de discriminación en el consumo, con especial énfasis en la discriminación por identidad de género.	37
V. 3.3. Sugerencias respecto a cuáles hubieran sido las medidas correctivas que podrían haberse aplicado al caso concreto.	39
<b>VI. CONCLUSIONES</b>	40
<b>VII. RECOMENDACIONES</b>	41
<b>VIII. BIBLIOGRAFÍA</b>	42



## I. INTRODUCCIÓN

La discriminación en cualquiera de sus formas es un hecho que no tiene justificación alguna y por lo tanto las personas que sean víctimas de una conducta discriminatoria merecen una adecuada protección en el ordenamiento jurídico. A pesar de la existencia del presupuesto de que todos merecemos un trato igualitario y no debemos ser víctimas de discriminación, en algún momento de nuestra vida todos hemos sido víctimas de algún acto de discriminación.

Existen diversos tipos de discriminación en nuestro país, en el que los grupos vulnerables son los que sufren mayores actos de discriminación y dentro de este grupo en estado de vulnerabilidad se encuentra la comunidad LGTBIQ+. Si tomamos en consideración que la comunidad LGTBIQ+, de la cual forman parte las personas transgénero, son un colectivo históricamente vulnerado, debido a que han sido y continúan siendo susceptibles de sufrir distintos tipos de abusos y menoscabo de sus derechos, principalmente el no reconocimiento de su identidad de género lo cual conlleva que sean víctimas de actos discriminatorios, así como que sufran afectación de sus derechos en los diferentes ámbitos de su vida como son las relaciones de consumo que pueden establecer.

En ese sentido, como bien señala Zelada (2017) el ordenamiento jurídico peruano no cuenta con una norma que permita reconocer las identidades trans\* por una vía no judicial, en clara disonancia con lo que ocurre en la región, y el estudio jurídico de las identidades trans\* es aún bastante tímido. Salvo contados autores, la doctrina local se ha limitado a realizar comentarios esporádicos a las sentencias del Tribunal Constitucional en casos emblemáticos sobre la materia. (pág. 91). DE lo antes señalado se desprende que en nuestro país a la fecha no existe un reconocimiento expreso de la identidad de género de las personas transgénero en la legislación vigente, así como tampoco la doctrina ni la jurisprudencia nacional ha desarrollado este concepto de forma clara, detallada y amplia para que nos ayude a una adecuada comprensión de la naturaleza y alcances de la misma.

El presente informe realiza el análisis del pronunciamiento y criterios empleados por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) respecto a la configuración de un

posible acto de discriminación en el consumo producido en agravio de una consumidora transgénero. En ese sentido a lo largo del presente informe se analizará si el accionar del proveedor provocó que se diera un acto discriminatorio, por su negativa de perifonear a una consumidora transgénero con el nombre con el cual se identifica y que era distinto al consignado en su Documento Nacional de Identidad (DNI).

Cabe precisar que, en el año en que ocurrieron los hechos, se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 716 “Ley de Protección al Consumidor”, el cual establecía que los proveedores tenían prohibido realizar cualquier tipo de discriminación en los consumidores, así como también en la etapa previa de las tratativas para establecer una relación de consumo, es decir, incluía a los potenciales consumidores como sujetos merecedores de protección.

## **II. JUSTIFICACIÓN**

Somos conscientes de que la discriminación es una realidad aún existente en nuestro país y que los colectivos que han sido históricamente afectados siguen siendo víctimas de una cantidad en mayor medida de actos discriminatorios y que dentro de estos colectivos se encuentra la comunidad LGTBIQ+, de la que cual forman parte las personas transgénero.

La afectación de los derechos de las personas transgénero se da en los diferentes ámbitos de su vida en que se desarrollan cada día, tomando en consideración ello, también se evidencia en las relaciones de consumo que entablan, por ejemplo, cuando deben presentar su documento de identidad para ingresar a un lugar público como una discoteca y no existe coincidencia entre lo que dice el Documento Nacional de Identidad (DNI) y la apariencia que tienen, lo cual ocasiona que se impida su ingreso o sean discriminados justamente porque no existe reconocimiento de uso identidad de género. Otro ejemplo bastante común es en relación al uso de los servicios higiénicos en los lugares públicos como centros comerciales, debido a que son obligados a usar un baño con el cual no se identifican y que los coloca además en una situación de vulnerabilidad.

Los ejemplos antes mencionados son solo algunos de los muchos casos en que se evidencian actos de discriminación o afectación de los derechos de las personas que pertenecen a la comunidad LGTBIQ+, con especial énfasis, por el contenido del desarrollo del presente trabajo, de las personas transgénero, en lo que respecta a las relaciones de consumo que pueden establecer en su vida cotidiana.

Resulta importante mencionar que de acuerdo a la información que forma parte del Informe Anual del Observatorio de Derechos LGBT (2019) se determinó que, durante los años 2017 y 2018, hubo 341 casos en los que se evidenció una vulneración a los derechos de las personas LGBT. (pág. 54) La información antes mencionada reafirma que las personas que forman parte de este colectivo son víctimas de constantes actos discriminatorios. En ese sentido, si lo enfocamos a las relaciones de consumo que pueden entablar las personas transgénero, resulta interesante preguntarnos si en razón de su identidad de género se encontrarían en una situación de mayor vulnerabilidad y susceptibles de ser víctimas de actos discriminatorios justamente al no tomarse en consideración ello y no existir normativa vigente que les otorgue una adecuada protección.

Por todo lo antes explicado, se eligió la Resolución N° 3444-2012/SPC-INDECOPI, de fecha 22 de noviembre del 2012, en la cual se realiza un análisis de la denuncia interpuesta por una mujer transgénero en contra del gimnasio JM FITNESS S.A.C., por la presunta comisión de un acto de discriminatorio, al no reconocérsele su derecho a ser llamada en las actividades dentro del establecimiento con el nombre con el cual se identifica. Esta situación vuelve a evidenciar y traer de nuevo a debate si la no existencia de un adecuado reconocimiento de la identidad de género de las personas transgénero las coloca en una situación de vulnerabilidad en los distintos ámbitos de su vida como lo son las relaciones de consumo que entablan, en el caso concreto materia de análisis, al contratar un servicio y que les impide realizar un goce efectivo de sus derechos.

Tomando como base la Resolución antes mencionada, debemos cuestionarnos si existe una evolución en la normativa de protección al consumidor en lo que respecta a los casos de discriminación en el consumo relacionado al reconocimiento de la identidad de género y sobre todo si ella busca incluir a las minorías o colectivos que se encuentran en

situación de vulnerabilidad, como lo son los que pertenecen a la comunidad LGTBIQ+, de la cual forman parte las personas transgénero.

A mayor abundamiento, resulta pertinente preguntarnos si las personas transgénero son consideradas sujetos de protección para la normativa en el marco de la prohibición de discriminación en el consumo, así como si llamar a una persona transgénero por un nombre con el cual no se siente identificada podría considerarse como un supuesto de discriminación en el consumo. Asimismo, resulta válido preguntarnos si existe alguna justificación para una negativa de perifonear a una persona con el nombre con el cual se siente identificada, es por ello, que esas son algunas de las interrogantes a las cuales se responderá en el desarrollo del presente informe jurídico.

Finalmente, considero que es importante en la formación integral de un profesional con calidad humana, en mi caso en mi formación como futura abogada, ser consiente y tener presente que en nuestro país aún existen grupos especialmente vulnerables que son víctimas de actos discriminatorios, que al no reconocérsele todos sus derechos y no contar con una adecuada protección jurídica, ello termina colocándolos en una situación de mayor vulnerabilidad.

Una claro ejemplo relacionado a ello, que evidencia que el tema de la discriminación ligado a la identidad de género y en específico respecto a las personas transgénero sigue encontrándose muy presente en nuestra realidad actual y lo podemos observar en el reciente pronunciamiento emitido por la Sala Especializada en Protección al Consumidor – Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Áncash – Sede Chimbote, en la Resolución N° 0735-2022/SPC-INDECOPI, de fecha 12.04.2022<sup>1</sup>, mediante la cual en base a los medios probatorios, el contexto y los avances en cuanto al reconocimiento de la identidad de género, se concluye que efectivamente se configuró un supuesto de discriminación en agravio de la parte denunciada en razón de su identidad de género, que era justamente ser una persona transgénero, debido a que no se probó la existencia de una causa justificada y razonable para el accionar de la parte

---

<sup>1</sup> La Resolución N° 0735-2022/SPC-INDECOPI, de fecha 12.04.2022, mediante la cual se resuelve la denuncia formulada en contra de Inmuebles Panamericana S.A. y Altek Trading S.A.C., por un caso de discriminación en agravio de la parte denunciante por su identidad de género, ser una persona transgénero y la negativa injustificada de ingresar a los servicios higiénicos de mujeres en el comercial en el que trabajaba

denunciada en lo que respecta a la negativa de ingreso a los servicios higiénicos de mujeres en el centro comercial.<sup>2</sup>

En mi opinión, todo lo antes expuesto referido al criterio y análisis realizado por la Sala en el caso concreto, es muy positivo y nos indica que vamos camino a que los órganos resolutivos de Indecopi sigan tomando en consideración la importancia del reconocimiento de la identidad de género de la población, en especial, de los colectivos vulnerables, como son las personas transgénero, al momento de evaluar y determinar que se configura un acto discriminatorio y sobre todo el hecho que se determinen adicionalmente a las multas, la obligación de cumplir con determinadas medidas correctivas conducentes a evitar actos de discriminación, como el caso concreto que será analizado en el presente Informe Jurídico.

### **III. IDENTIFICACIÓN HECHOS RELEVANTES**

#### **1. Antecedentes:**

##### **1.1. Hechos que originaron la denuncia**

En marzo del año 2009, Juan Carlos Álamo Moscoso con nombre social Scarlet, decidió acudir al gimnasio Gold's Gym, ubicado en Jesús María, con la intención de contratar la membresía del mencionado gimnasio. Sin embargo, la aceptación de la suscripción de la mencionada membresía fue condicionada al hecho de que hiciera solamente uso de los servicios higiénicos correspondiente a los varones y que durante su estadía en el gimnasio se le perifonearía con el nombre consignado en su Documento Nacional de Identidad (en adelante, DNI)

---

<sup>2</sup> La Sala sancionó a la empresa imponiéndole una multa por la infracción y asimismo, ordenó medidas correctivas que cobran vital importancia para casos similares de discriminación, porque se ordenó a la empresa capacitación en sus trabajadores conducentes a una adecuada atención al cliente evitando que puedan producirse situaciones de discriminación así como la obligación de colocar de forma permanente y visible letreros alusivos a la prohibición de la discriminación explicitando los tipos de discriminación incluida la identidad de género.

Ante estos hechos, la parte denunciante expresó su decisión de no hacer uso de las duchas ni el sauna correspondiente a los varones y manifestó su voluntad de que se le llamará tomando en consideración el nombre con el cual se identificaba, al ser una mujer transgénero: Scarlet o de lo contrario prefería que se le llamara por sus apellidos<sup>3</sup>. Ante este pedido, el manager del gimnasio optó por negarle la posibilidad de adquirir la membresía.

En razón de lo antes mencionado, el 15 de abril del 2019, Juan Carlos Álamo Moscoso con nombre social Scarlet (en adelante, la parte denunciante), denunció al gimnasio Gold's Gym ante la Sala de Protección al Consumidor de Indecopi por la supuesta discriminación en su condición de mujer transgénero.

## **1.2. Cargos que fueron imputados**

Mediante Resolución N° 2836-2009/CPC, de fecha 02 de septiembre del año 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi, admitió a trámite la denuncia presentada por la parte denunciante contra JM Fitness S.A.C. (en adelante, JM Fitness)<sup>4</sup> por la presunta infracción de los artículos 5° inciso d) segundo párrafo y 7° B del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 716 “Ley de Protección al Consumidor” (en adelante la Ley), proveedor denunciado habría condicionado la suscripción de la membresía de la parte denunciante a la utilización solamente de los servicios higiénicos de varones y el perifoneo dentro de las instalaciones del gimnasio con el nombre que figuraba en su DNI, sin importar su identidad de género y mucho menos tomando en consideración el nombre social con el cual se identificaba.

## **1.3 Descargos presentados por el gimnasio**

La parte denunciada señaló que, en la etapa de las tratativas y negociaciones para la suscripción de su membresía, la parte denunciante solo solicitó que se le

---

<sup>3</sup> De acuerdo al contenido de la carta de fecha 14 de abril del 2009, que fue presentada y según consta en la foja 6 del Expediente N° 1033-2009-CPC.

<sup>4</sup> JM Fitness, es la persona jurídica en el país que se encuentra a cargo de la cadena de gimnasios Gold's Gym.

llamara con su nombre social Scarlet y no de forma opcional con sus apellidos como manifiesta; y que esta situación contravendría el artículo 29 del Código Civil Peruano que establece lo siguiente; que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones a menos que existan motivos justificados para ello. Asimismo, alegó que a la parte denunciante le correspondería utilizar los servicios higiénicos de varones en razón de su sexo biológico que figuraba en su DNI.

## **2. Pronunciamiento de la Comisión de Protección al Consumidor**

Con fecha 24 de septiembre del año 2010, la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi (en adelante la Comisión) emitió pronunciamiento declarando infundada la denuncia en el extremo referido a la utilización de los servicios higiénicos de varones, tomando en consideración los siguientes argumentos:

- El análisis realizado por el gimnasio JM Fitness se considera adecuado, porque pudo haberse dado un caso de alteración en la tranquilidad de los demás consumidores al considerar la exposición de los cuerpos al cambiarse y ducharse, además de que era una convención social que los servicios higiénicos debían ser separados de acuerdo al sexo, entendido como biológico.
- La existencia de muchos casos, en que las personas transgénero utilizan los servicios higiénicos que le corresponden en razón de su sexo biológico.

De otro lado, la Comisión declaró fundada la denuncia respecto al extremo por la infracción de los artículos 5° inciso d) y 7°B de la Ley, por el argumento que se detalla a continuación:

- La solicitud al proveedor para que llame a la parte denunciante por el nombre con el cual se identifica por su identidad de género no afectaba a terceros, ni conllevaría un costo adicional al gimnasio Gold's Gym.

En ese sentido, se acreditó que la parte denunciada incurrió en un trato discriminatorio al momento de condicionar la suscripción de la membresía a solo perifonear a la parte denunciante con el nombre de acuerdo a su sexo biológico que figuraba en su DNI.

Por ello, sancionó a JM Fitness con una amonestación y medidas correctivas que se detallan:

1. Que cumpla con el pago de tasas de las costas y costos que se dieron en agravio de la parte denunciante durante el procedimiento.
2. Como medida correctiva:
  - a. Emitir una carta de disculpas por el trato discriminatorio a la parte denunciante.
  - b. Realizar las capacitaciones correspondientes al personal que labora en su gimnasio respecto al trato de las personas trans y que debe acreditar el cumplimiento de esta medida.

Cabe precisar que la Comisión, durante el análisis que llevó a su pronunciamiento, reconoció el derecho a la identidad de género con el que se identifican cada una de las personas y que es susceptible de diferir del sexo biológico.

### **3. Argumentos de la apelación**

El 14 de octubre del 2010, la parte denunciada, el gimnasio JM Fitness, presentó su apelación contra la Resolución N° 2264-2010/CPC, de fecha 24 de septiembre del 2010 emitida por la Comisión. En el escrito que presentó, reiteró que en ningún momento puso un condicionamiento a la parte denunciante para la suscripción de la membresía, sino que por el contrario solo le informó acerca de las reglas del servicio que brindaban, y que iban de acuerdo con lo establecido en el artículo 26° de la Ley 26497 - “Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil”, que estipulada que el DNI constituye la única cédula de identidad personal para todos los actos que necesiten que se presente para su acreditación. Además, agregó que de acuerdo a lo establecido en el artículo 29° del Código Civil queda claro que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones solo por decisión propia.

Por último, señaló que si bien en el ámbito personal no existe mayor inconveniente en para que los trabajadores y personal del gimnasio puedan decidir cómo les gustaría ser llamados o tratados, ello tomando en consideración un criterio de

igualdad y para así evitar tener que agregar un nuevo criterio en sus sistemas de control y organización del gimnasio, y en razón de ello se optó por que todos ser llamados con el nombre de su DNI.

Es preciso, señalar que la parte denunciante no apeló el extremo que se declaró infundado, por lo tanto, el mismo quedó consentido.

#### **4. Pronunciamiento y actuación de la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor**

La Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor, con fecha 16 de agosto del año 2012, incorporó al expediente las impresiones de los horarios de las clases publicitadas en el portal web del gimnasio Gold's Gym, en los que se podía evidenciar los supuestos nombres de los instructores que trabajaban allí que eran los siguientes: Kike, Tito, entre otros, evidentemente los mismos no son los nombres consignados en el DNI. Respecto a este punto, JM Fitness informó que el motivo por el cual había colocado los alias de los instructores en los horarios de los anuncios publicitarios impresos se debió a que los mismos sólo permitía el uso de un máximo de caracteres.

#### **5. Pronunciamiento y resolución de la Sala Especializada en Protección al Consumidor**

La Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante la Sala), con fecha 22 de noviembre del 2012, mediante la Resolución N° 3444-2012/SPC-INCECOPI, se pronunció revocando la resolución emitida por la Comisión, en se sentido, declarando la denuncia infundada por voto en mayoría, tomando en cuenta los argumentos que se detallan a continuación:

- Primero, que la Comisión al realizar la evaluación de los hechos controvertidos de la denuncia, no verificó que se hubiera quedado acreditado que existía un trato que podía considerarse que fue desigual en comparación con los demás clientes que acudían a ese establecimiento, y por el contrario, lo hizo respecto de los trabajadores, lo cual no era correcto porque el grupo que debía

ser considerado para evaluar si existía un trato diferenciado en agravio de la parte denunciante era el grupo de los clientes.

- Segundo, que la parte denunciante no había presentado ningún medio probatorio que comprobara que otras personas sean clientes o trabajadores del gimnasio eran perifoneadas utilizando un nombre distinto al que figuraba en su DNI, y ello resultaba relevante en el análisis del caso concreto porque hubiera permitido corroborar que existió un trato diferenciado con respecto a la parte denunciante.

Es relevante mencionar, que la Resolución contó con el voto en discordia del vocal Julio Baltazar Durand, presidente de la Sala. En su fundamento de voto, el vocal consideró que no existió proporcionalidad en la negativa del gimnasio JM Fitness de poder perifonear a la parte denunciante bajo su nombre social Scarlet, con el cual se identificaba. Adicionalmente, consideró que en lo que la identidad de género posee un componente que se considera es dinámico, y que, en razón de ello, debía tomarse en cuenta las diferencias existentes en los consumidores para poder garantizar la igualdad de sus derechos.

En ese sentido, el vocal tomó en consideración el concepto de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que significa que todos los derechos fundamentales son vinculantes tanto para los entes públicos como privados. Asimismo, en su análisis, precisó que el derecho a la igualdad cuenta con dos dimensiones: una formal y otra material o también llamada sustancial; en el caso de la primera dimensión, entendida como la prohibición al legislador de realizar diferencias injustificadas al legislar, y en el caso de la segunda de la segunda dimensión, es el poder solicitar un trato diferente en aquellas situaciones en las que la persona no se encuentra en una situación de igualdad. Por lo antes expuesto, el vocal consideró que tomando en cuenta una interpretación constitucional, negar un tratamiento diferenciado a un sujeto que se encuentra en situación diferente y especial debe considerarse una infracción sancionable.

#### **IV. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS**

1. **Problema jurídico:** ¿Las personas transgénero cuentan con protección en el marco de la prohibición de discriminación en el consumo de acuerdo a la normativa vigente?

**Problemas accesorios:**

- Definición de discriminación en el consumo.
- Definición de que se entiende por identidad de género y sus alcances respecto a las personas transgénero.
- Determinar si las personas transgénero cuentan con protección a nivel constitucional en el Perú.
- Analizar si las personas transgénero gozan de una protección efectiva de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Determinar si la normativa vigente de protección al consumidor toma en consideración la identidad de género.

2. **Problema jurídico:** ¿La denegatoria de perfonear a una persona transgénero por el nombre con el cual se identifica se configura como un supuesto de vulneración de la prohibición de discriminación en el consumo?

**Problemas accesorios:**

- Determinar si existe prohibición en la normativa vigente nacional o internacional para perfonear a una persona con el nombre con el cual se identifica y que es distinto al registrado en su Documento Nacional de Identidad (DNI).
- Analizar y determinar si la denegatoria por parte del gimnasio JM FITNESS S.A.C. de perfonear a una persona con el nombre con el cual se identifica y que es distinto al registrado en su Documento Nacional de Identidad (DNI) se configura como un acto de discriminación o si por el contrario la medida resulta proporcional y justificada.

3. **Problema jurídico:**

¿Hubiera sido adecuado que la Sala Especializada en Protección al Consumidor de Indecopi ordenara medidas correctivas si efectivamente se hubiera corroborado un caso de discriminación en razón de la identidad de género?

**Problemas accesorios:**

- Determinar cuál es la naturaleza de las medidas correctivas en los pronunciamientos de Indecopi.
- Analizar cuál es la importancia de las medidas correctivas en casos de discriminación en el consumo, con énfasis en la discriminación por identidad de género.
- Sugerencias respecto a cuáles hubieran sido las medidas correctivas que podrán haberse aplicado al caso concreto.

## **V. ANÁLISIS DEL CASO**

### **V.1. ¿Las personas transgénero cuentan con protección en el marco de la prohibición de discriminación en el consumo de acuerdo a la normativa vigente?**

#### **V.1.1. ¿Cómo se define la discriminación en el consumo?**

Considero pertinente para poder entender de una manera más sencilla y clara la discriminación en el consumo, que es necesario realizar primero un análisis de los alcances de la discriminación y de la relación de consumo, cada uno de forma independiente.

En primer lugar, se desarrollará lo referente a la discriminación. De acuerdo a la Defensoría del Pueblo (2017), la discriminación se encuentra conformada por tres elementos fundamentales, primero la existencia de un trato diferenciado, segundo, que se configure un motivo prohibido como: raza, sexo, origen, religión, u otro de cualquier otra índole y finalmente que tenga como objetivo final que se anule o termine menoscabando el reconocimiento y ejercicio pleno de un derecho. (pág. 14)

En ese sentido, se desprende que será necesario que concurren los tres elementos antes mencionados para que se configure un supuesto de discriminación. No obstante, al realizar un análisis de la definición de la Defensoría del Pueblo antes referida, no es un factor relevante para que se configure un supuesto de discriminación que exista intencionalidad, sino es suficiente que se evidencie un trato diferenciado que tenga como presupuesto que la persona pertenece a un grupo determinado.

De otro lado, en lo que respecta a los motivos o razones prohibidas, se indica al finalizar la lista enunciativa de los mismos “o de cualquier otra índole”. Esta expresión deja la puerta abierta para seguir incorporando a través de la jurisprudencia o normativa legal nuevos motivos prohibidos de acuerdo a la realidad actual y el contexto histórico. Queda claro que resultaba imposible que todos los motivos prohibidos sean mencionados de forma expresa en el listado antes mencionado, por lo cual se consideró adecuado colocar la última frase como opción para facilitar la incorporación de nuevos motivos cada vez que sea pertinente.

Cabe precisar, que no todo trato diferenciado será considerado como un supuesto de discriminación, sino que será considerado como tal cuando no sea justificado ni razonable y que además cause perjuicio. Entonces, serán permitidas las diferencias basadas en las habilidades individuales de las personas, más no aquellas características o estereotipos. (Shelton, 2008 pág. 25) De lo antes mencionado, se infiere que existe tratos diferenciados que no configuran supuestos de discriminación, porque no se encuentran basados en motivos prohibidos relacionados a estereotipos o situaciones que los coloquen en condiciones de vulnerabilidad, sino por el contrario se basan en motivos objetivos, razonables que tienen como presupuesto las habilidades inherentes de cada persona.

Asimismo, es preciso mencionar que el derecho a la no discriminación es un derecho considerado fundamental, y que cuenta con protección a nivel nacional a través de nuestra constitución, así como en el derecho comparado a través de diversos Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que también considera la prohibición de discriminación.

De acuerdo al artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, el derecho a la igualdad establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y por tanto nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo (...) o de cualquier otra índole. Nuestra norma fundamental, reconoce la importancia de la igualdad de todas las personas y de que existe una prohibición expresa de discriminar basado en alguno de los motivos considerados prohibidos, con la posibilidad de incluir nuevos motivos al colocar en la parte final de la lista enunciativa la frase o de cualquier otra índole.

Se entiende que la igualdad es un principio rector y transversal a todo el ordenamiento jurídico que debe ser aplicado por los legisladores al momento crear normas y debe ser también tomado en cuenta por los operadores del derecho al momento de resolver controversias jurídicas en sede judicial o administrativa. Adicionalmente, al ser la igualdad considerado un derecho subjetivo, inherente a todas las personas, el Estado no solo tiene la obligación de producir legislación que respete derecho a la igualdad de las personas, sino esto debe reflejarse en cada decisión de la autoridad competente cuando resuelvan controversias legales, para que de esa manera se garantice el mismo también en las relaciones entre privados que incluye las relaciones de consumo.

En segundo lugar, se desarrollará cual es la definición de consumidor de acuerdo a la normativa vigente. Debemos precisar en este punto que en el momento en que ocurrieron los hechos del caso materia de análisis en el presente informe, se encontraba vigente la “Ley de Protección al Consumidor” - Decreto Legislativo N° 716, que en su artículo 3°, establecía que los consumidores eran todas aquellas personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de algún bien o cuando contratan un servicio lo hacen en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional”. Realizando un análisis de lo estipulado en la norma antes referida, podemos concluir que sólo se mencionada que se consideran consumidores a todas las personas que adquieran bienes o servicios en un ámbito personal o familiar y que en ningún momento establece permite inferir que no puedan ser considerados como consumidores las personas transgénero.

En la actualidad, la norma vigente en materia de consumidor, es el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código de Consumo), aprobado mediante Ley N° 29752 y promulgado con fecha 01 de noviembre del año 2010, el cual define en su artículo IV del Título Preliminar al consumidor como toda persona natural

o jurídica que adquiera, utilice o disfrute como un destinatario final un producto o servicio material e inmaterial para su propio beneficio o el de su grupo familiar o social, siempre actuando en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional. De la lectura y análisis del artículo antes mencionado, se concluye que no se considerará como consumidor a aquellas personas que adquieren, usen o disfruten de los bienes o servicios como proveedores para la realización de sus actividades comerciales.

De una comparación de las dos definiciones antes citadas, se aprecia que no ha existido un cambio sustancial en la definición de lo que se entiende por consumidor, con excepción de la inclusión de las personas jurídicas como sujetos susceptibles de protección, así como la precisión de que el beneficio del bien o servicio que se adquiere es propio o para el grupo familiar. Asimismo, se evidencia que las definiciones no hacen restricciones en lo que respecta a la orientación o identidad de género de las personas como presupuesto para ser consideradas como consumidores y merecedores de protección si sus derechos son vulnerados.

Es importante mencionar el aporte de la doctrina en lo que respecta a la definición de consumidor. Según Farina (1995) es considerado consumidor toda persona que tenga un interés en adquirir bienes o servicios, que, por lo tanto, recibirá una protección para que pueda accionar, exigir, impugnar la actuación y condiciones generales del proveedor cuyos productos o servicios ha adquirido o desea adquirir de darse el caso. (pág. 44)

De la definición esbozada por el autor antes referido, se concluye que los consumidores protegidos por la legislación vigente, son todas aquellas personas que entablan relaciones de consumo, incluidas las personas transgénero, debido a que de la definición no se desprende que se excluyan de ser consideradas como consumidores, a pesar de que somos conscientes que por su identidad de género tendrán más trabas para acceder a los bienes y servicios que deseen.

En este punto, resulta relevante indicar cuál es el ámbito de aplicación de la norma referida a la discriminación en el consumo. En el caso de la Ley vigente al momento en que sucedieron los hechos, ella no contemplaba ningún artículo específico que de forma expresa protegiera a los consumidores cuando se encontraban en una etapa de tratativas, es decir, previa a la relación de consumo, sin embargo de una lectura en conjunto de

todos los artículos que conformaban la Ley así como la jurisprudencia del Indecopi se desprende que también se protegía a los potenciales consumidores, porque justamente muchas veces la discriminación se daba porque les impedían el acceso al bien o servicio que deseaban adquirir, usar o disfrutar.

Continuando con esa línea de razonamiento, el Código de Consumo vigente, establece en el artículo III de su Título Preliminar, que el consumidor es sujeto de protección en todos los supuestos en lo que se encuentra expuesto o comprendido directa o indirectamente en una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.” Considero que el que se haya decidido colocar en el Código de Consumo de forma expresa como sujeto de protección a todas las personas incluidas los potenciales consumidores, cuando se encuentran en la etapa de tratativas, porque es muchas veces en ese momento en que se producen situaciones de afectación de los derechos como consumidores, con mayor énfasis en casos de discriminación por motivos como el sexo, raza, condición económica, identidad de género, entre otros.

Retomando la regulación de la Ley, en el inciso B del artículo 7 establece que está prohibido que los proveedores establezcan alguna forma de discriminación respecto a los solicitantes de productos y servicios que se ofrecen en locales abiertos al público así como la prohibición de realizar de excluir a las personas o realizar cualquier práctica similar sin que obedezca a motivos de seguridad del establecimiento comercial, posible afectación de la tranquilidad de los clientes u cualquier otra razón objetiva y justificada. Se desprende de la regulación vigente al momento en que ocurrieron los hechos del caso materia de análisis, que existía la prohibición para los proveedores de que realicen actos discriminatorios cuando ofrecían sus productos o servicios al público en general y que solo era permitido por supuestos específicos como la seguridad del local comercial, tranquilidad de los clientes o cuando se daba una razón que así lo justificara.

De otro lado, el inciso d) del artículo 1 del Código de Consumo hoy vigente, establece que los consumidores tienen el derecho de que en las transacciones comerciales que realicen exista un trato justo y equitativo, así como la prohibición de ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. La regulación vigente en materia de derechos de consumidor, contempla que es necesario que los consumidores tengan un trato igualitario que se justo cuando decidan adquirir bienes o servicios en el mercado y que no puede ser

víctimas de discriminación que obedezca a algún motivo prohibido de la lista enunciativa o que pueda ser incluido por la consideración final que deja la posibilidad abierta de ir incorporando nuevos motivos como la identidad de género.

De acuerdo a Moisés Rejanovinski (2017), la discriminación no permite o coloca trabas para que los consumidores puedan acceder a algún producto o servicio determinado, lo que resulta contradictorio porque los proveedores siempre buscarán generar mayores ingresos, por lo cual sería lógico que les permita a los consumidores acceder a sus ofertas. (pág. 243) De lo mencionado por el autor, se infiere que los actos discriminatorios que los proveedores pueden realizar finalmente pueden terminar afectándolos porque al negarle la posibilidad a determinado consumidor de adquirir el bien o servicio, tendrá un cliente menos, lo cual conlleva menores ingresos y una pérdida económica.

De todo lo antes expuesto, se puede concluir que la discriminación en el consumo se define como todo supuesto en el cual se evidencie la existencia de un trato considerado desigual sobre la base de un motivo prohibido de acuerdo a la lista enunciativa o cualquier otro que por su naturaleza misma pueda ser incluido y que además menoscabe el reconocimiento y goce de sus derechos plenamente, porque verá limitado la posibilidad de acceder a los bienes o servicios que desee, sea que se dé ya en relación de consumo propiamente dicha o en la etapa preliminar de las tratativas para establecer una relación de consumo, es decir, cuando son potenciales consumidores.

V.1.2. ¿Cómo se define la identidad de género y cuáles son sus alcances respecto a las personas transgénero?

Es importante mencionar que la identidad de género es un tema que ha cobrado mayor relevancia en los últimos años a raíz de los diferentes casos que se han suscitado en el país, así como en la legislación comparada y que por ello se ha ido viendo la necesidad de establecer una definición con la finalidad de que se tenga una adecuada comprensión de dicho concepto para que sea usado de forma correcta en los casos donde sea pertinente.

Comencemos, señalando que la Constitución Política del Perú de 1993, reconoce el derecho a la identidad en el inciso 1 de su artículo 2, que señala que cada persona tiene derecho a tener su propia identidad. Nuestra norma fundamental reconoce que todas las personas tienen derecho a tener una identidad propia, la cual se construirá tomando en cuenta sus propias concepciones personales.

En la doctrina, según Fernández (2015) el derecho a la identidad siempre es aquel derecho a través del cual una persona es reconocida como tal y se encuentra conformado por componentes estáticos y dinámicos. En ese sentido, el elemento estático está conformado por el seudónimo, imagen y otras características físicas que diferencian a cada persona de las demás y de otro lado, el elemento dinámico se refiere al patrimonio ideológico y cultural que cada persona posee. (pág. 114) De acuerdo a lo señalado por el autor antes referido, este derecho permite a cada persona que sea identificada, diferenciándola del resto, por ello incluye su imagen, sobrenombre, características físicas, bagaje cultural e ideológico, así como todo lo que le sea inherente y permita individualizarlo.

En la una línea similar a la del autor antes mencionado, Paula Siverino (2010) de forma acertada cuestiona si el denominado aspecto estático de la identidad es tal, debido a que la imagen, características físicas, pseudónimo, estado civil, son esencial y fácilmente variables. La autora manifiesta que no es elemento esencial a la noción de derecho a la identidad, realizar una distinción entre aspectos estáticos y dinámicos, sino por el contrario esa clasificación puede incluso llevar a confusiones que terminen lesionando el derecho que se busca tutelar y es por ello que propone de esta manera, que el derecho a la identidad personal es presentado en dos facetas, una interna, como se ve uno mismo y otra externa, como es uno visto por los otros y en el mundo en general. (pág. 51)

Tomando en consideración lo antes expuesto podemos acotar que lo realmente importante respecto a la identidad de género va más allá de centrarnos en una clasificación en razón de sus componentes, sino por el contrario se enfoca en reconocerla como aquel derecho que le permite a cada persona identificarse como un individuo único, con características propias que lo definen como tal y lo hacen ser especial.

Resulta importante mencionar la Opinión Consultiva N° 24, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante la Corte), recoge la definición de la identidad de género como:

f) (...) 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 (...) (2017, p.16-17).

Adicionalmente, en la opinión consultiva antes referida la Corte refuerza la idea de que la identidad de género se encuentra vinculada a lo que se entiende por libertad y a la posibilidad de todos los seres humanos de autodeterminarse, es decir, escoger libremente las opciones y circunstancias que le den sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como el derecho a la protección de su vida privada en todos los aspectos. (2017, pág. 46).

Aplicando lo desarrollado en la Opinión Consultiva al caso concreto de la Resolución que viene siendo analizada, se entiende que la protección de la vida privada de cada persona a la que se hace referencia abarca la posibilidad de cada persona de poder autodeterminarse, que, por supuesto incluye la identidad de género, así como la libertad de elegir el nombre con el cual se identifican, con el que desean ser llamados y reconocido en su vida diario así como en las relaciones de consumo en las que se encuentren involucradas.

La Corte en la Opinión Consultiva antes referida, pertinentemente también recoge la definición de persona transgénero, como aquella persona que su identidad o expresión de género difiere de su sexo asignado al nacer y por ellos las personas transgénero construyen su identidad de forma independiente a que se sometan a un tratamiento médico o alguna cirugía. De lo antes señalado se infiere que una persona transgénero es

aquella que construye su identidad en contraposición con el sexo biológico que le ha sido asignado al momento de su nacimiento, sin ser relevante que se hayan sometido a algún tratamiento médico o cirugía.

Por todo lo antes expuesto, puedo concluir, que cada persona tomando en consideración su identidad de género tiene la posibilidad de autodeterminarse de la manera que considere pertinente y más adecuada de acuerdo a sus propias convicciones e intereses personales, es así, que las personas transgénero deben tener la posibilidad de poder autodeterminarse y de esa forma crear su propia identidad de género de acuerdo a como se identifican y que difiere del sexo asignado a nacer, independientemente a la existencia de un tratamiento médico o quirúrgico conducente a cambiar el sexo biológico.

V.1.3. ¿Las personas transgénero cuentan con protección a nivel constitucional en el Perú?

Debemos partir por considerar que de acuerdo a lo regulado en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por ningún motivo prohibido como el origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otro motivo similar, es decir, se reconoce que determinados grupos humanos merecen una protección adicional por su condición de minoría y haber sido históricamente víctima de vulneración de sus derechos o actos discriminatorios.

Del análisis del artículo antes referido, se desprende que existe un reconocimiento de los derechos fundamentales de todas personas por el simple hecho de serlo, por su propia condición de ser humano, en ese sentido, es claro que las personas transgénero por su propia condición de ser humano son merecedores de protección de igual protección de todos sus derechos en todos los ámbitos de su vida.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha reconocido con respecto al derecho a la igualdad la existencia de dos dimensiones: una formal y otra material; de un lado, la primera impone una obligación al legislador así como a los demás órganos del Estado, de no realizar diferencias injustificadas en la aplicación de la normativa vigente en supuestos semejantes y de otro lado, una dimensión material relacionada a que el Estado

debe abstenerse de realizar actos discriminatorios así como la obligación positiva de equiparar situaciones desiguales.<sup>5</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

De una lectura en conjunto de ambas dimensiones antes mencionadas y de lo desarrollado en los párrafos precedentes, se desprende que las personas transgénero, no están en situación de plena igualdad con el resto de personas y por lo tanto, existe una exigencia hacia el Estado y los organismos judiciales y administrativos, de en los casos en los cuales deban analizar y pronunciarse tomando las acciones necesarias conducentes a equiparar la situación de desigualdad o afectación de sus derechos en la que se encuentran.

Un buen pronunciamiento judicial que ejemplifica la vinculación entre la identidad de género y las personas transgénero, es la Sentencia recaída en el expediente N° 06040-2015-PA/TC, emitida el 21 de octubre de 2016, que señaló que la realidad biológica de una persona no puede considerarse como el elemento determinante al momento de asignar el sexo, porque al tratarse de una construcción que debe ser entendida tomando en consideración el contexto social y cultural así como la experiencia propia de cada persona.

De lo antes mencionado, podemos concluir que a nivel jurisprudencial del Tribunal Constitucional, existe un reconocimiento de la capacidad del ser humano de por sí mismo autodeterminarse, más allá de si se identifica como varón o mujer, si se tomará en cuenta solamente el componente biológico que todos tenemos, sino que por el contrario existe una evidente confrontación en el sexo biológico y la identidad de género, debe primar la segunda ya que es la que le permite identificarse y ser reconocida como persona transgénero por la sociedad, es por ello, que considero que en el marco de la normativa vigente, la prohibición de discriminación considera y reconoce a las personas transgénero como sujetos merecedores de tutela si sus derechos se ven afectados o menoscabados.

V. 1.4. ¿Las personas transgénero gozan de una protección efectiva de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos?

---

<sup>5</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0606-2004-AA/TC, del 28 de junio del 2004 (Fundamentos 10 y11)

En este punto, es relevante mencionar que todos los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención) se han comprometido a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin que exista discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo (...) o de cualquier otra índole. En ese sentido, para los efectos de la Convención, una persona es todo ser humano.

Tomando en consideración lo antes señalado, existen dos características importantes, la primera, que las personas transgénero son protegidas por el simple hecho de ser humanos, porque todo ser humano es merecedor de tutela de sus derechos; y la segunda, que de la redacción antes referida, al colocar la última frase o de cualquier otra índole, deja abierta la posibilidad de incluir nuevas categorías susceptibles de protección en materia de discriminación, como la identidad de género de todas las personas, claro está incluidas las personas transgénero, así como las demás que tengan una identidad de género diferente que no puedan gozar de forma libre y plena.

De otro lado, la Opinión Consultiva N° 24 de la Corte señaló que la identidad de género es considerada un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de una vital importancia con la finalidad de garantizar el pleno goce de los derechos humanos de todas las personas transgénero (2017, pág. 48).

Por lo antes expuesto, concluimos que la Convención no es ajena a la realidad en la que se encuentran personas transgénero, que en muchas ocasiones víctimas de discriminación en diferentes aspectos de su vida, por debido a la falta de un adecuado reconocimiento de su identidad de género, colocándolas en situación de mayor vulnerabilidad y merecedoras de tutela de sus derechos tanto a nivel como internacional.

V.1.5. ¿La legislación vigente en materia de protección al consumidor toma en consideración la identidad de género?

Empezaremos realizando el análisis de lo regulado en el inciso d) del artículo 5 de la Ley que reconoce la importancia de un trato equitativo y los motivos prohibidos, toda vez que los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en todas las transacciones comerciales que realicen,

asimismo, se estipula que está prohibida la discriminación por los motivos prohibidos: raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, cuando adquieran bienes o servicios en locales abiertos al público.

Podemos apreciar que la normativa antes señalada, vigente cuando sucedieron los hechos, dispone que en las relaciones comerciales debe existir un trato que sea equitativo y que existe la prohibición expresa de realizar actos discriminatorios por motivos prohibidos señalados y al final también incluye la expresión “o de cualquier otra índole”, lo que evidencia que es posible incluir a la lista nuevos motivos prohibidos, como la identidad de género.

Es importante volver a hacer énfasis en lo estipulado en el artículo 7B de la Ley relacionado a la prohibición de discriminación, que establece que los proveedores se encuentran prohibidos de realizar actos discriminatorios respecto a los solicitantes de sus productos o servicios ofrecidos al público, así como la prohibición de realizar actos de selección de clientela si no existen razones objetivas y justificadas que lo respalden.

Por lo antes expuesto, podemos concluir que la prohibición de discriminación establecida en la Ley es general, por lo que incluye a cualquier persona que se considere como consumidor o potencial consumidor, si se encuentra en la etapa previa de las tratativas. En ese sentido, se puede concluir que las personas transgénero, si se encontraban protegidas por la Ley vigente en ese momento, por el simple hecho de ser personas y consumidores merecedores de protección.

Ahora, de otro lado, haciendo referencia a la normativa actual, el artículo 38 del Código de Consumo, establece que los proveedores no podrán establecer ningún tipo de discriminación en los consumidores que estén ya en una relación de consumo establecida o expuestos a una, por alguno de los motivos prohibidos como origen, raza, sexo (...) o de cualquier otra índole y que la exclusión de alguna persona solo será válida cuando busque proteger la seguridad del establecimiento, tranquilidad de los demás clientes o porque el trato diferenciado se sustenta en causas objetivas y razonables.

Una vez más, de forma pertinente se incluye la expresión “de cualquier otra índole”, que otorga la posibilidad de incluir en la prohibición de discriminación nuevos motivos o supuestos, como lo es la identidad género de una persona, es decir, que si existe

discriminación en la cual la causa sea la identidad de género, como efectivamente sucede en el caso concreto, porque la parte denunciante, una persona transgénero es discriminado justamente por ello y es merecedora de la tutela de sus derechos como consumidora en la instancia correspondiente, en este caso ante el Indecopi.

Por todo lo antes expuesto, se puede concluir que si bien la identidad de género no cuenta con regulación expresa en el Código de Consumo ni lo estuvo en la Ley antecesora del mismo, sí goza de reconocimiento y protección en la legislación del país, a nivel internacional, así como por parte de la jurisprudencia de los tribunales judiciales y órganos administrativos, que reconocen la importancia del reconocer la identidad de género, incluyendo a las personas transgénero que han sido históricamente vulneradas por su propia condición de pertenencia a este colectivo y sin que mediaran causas objetivas ni justificadas.

## **V.2. ¿La denegatoria de perifonear a una persona transgénero con el nombre que la identifica se configura como un supuesto que vulnere la prohibición de discriminación en el consumo?**

V.2.1. Determinar si existe prohibición en la normativa vigente para perifonear a una persona con el nombre con el cual se identifica y que es distinto al registrado en su DNI.

Empecemos este apartado, tomando en consideración que el nombre de una persona es un elemento esencial de su identidad y que forma parte de su proceso de materialización como ser humano individual dentro de la sociedad. En ese sentido, tomando en consideración lo señalado en la Opinión Consultiva N° 24 antes referida, el nombre es un derecho fundamental que es inherente a todas las personas por su misma condición como tal y que tiene como finalidad que pueda afirmar su identidad ante la población en general y en cada de las actuaciones que lleve a cabo ante el Estado. Todo ello teniendo como objetivo que cada persona posee un signo que sea particular y distintico con relación a los demás, que le sirva para identificarse y reconocerse como un sujeto particular. (2017, pág. 51, 54)

De lo antes descrito se desprende que el nombre juega un papel fundamental en el proceso de identificación de cada persona, ya que cumple la función de individualizarla y distinguirla de todas demás a pesar de que puedan tener determinados rasgos que los

hagan similares, además de que es utilizado para realizar cada una de las actuaciones en el ámbito público y privado.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 18 (1969) señala que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de ambos padres o al menos de uno de ellos y que será la Ley la encargada de establecer los mecanismos idóneos para asegurar ese derecho para todos. A nivel internacional existe un reconocimiento expreso que resalta la importancia del nombre propio de cada persona y que debe asegurarse que todos tenga la posibilidad de tener uno que les permita individualizarse e identificarse.

De otro lado, es pertinente mencionar que el Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha reconocido la importancia del nombre para una persona. En la sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC, en su fundamento 13 ha realizado un listado de algunas características que reflejan que el nombre juega un papel importante, como: que sirve de información base para emisión del DNI, permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a una familia y hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía.

Asimismo, de acuerdo a la sentencia recaída en el Expediente N° EXP. N.° 02970-2019-PHC/TC, el Tribunal Constitucional se pronuncia indicando que el nombre es un signo de individualización que tiene como finalidad distinguir a cada persona de las demás y termina concluyendo que, a pesar la falta de un reconocimiento expreso del derecho al nombre en la Constitución, es considerado un atributo del derecho a la identidad, que si cuenta con un reconocimiento expreso.

Tomando en cuenta lo antes mencionado, se concluye que es importante que se reconozca el derecho al nombre de cada persona como un derecho fundamental, que influirá en la construcción de la identidad de género de las personas, y con especial énfasis por el contenido del trabajo, en el caso de las personas transgénero, porque el nombre con el cual se identifican difiere del consignado en los documentos oficiales como el DNI. En ese sentido, se desprende de lo antes desarrollado, que la elección de un nombre resulta muy importante en la construcción de la identidad de las personas transgénero y que debe ser tomado en consideración con independencia de que efectivamente se logre realizar el cambio en los registros como el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC.

En nuestro país, la RENIEC es la entidad encargada de realizar el registro de identidad y del estado civil de todos los ciudadanos. De acuerdo a Arenaza (2017) El registro de identidad se realiza mediante el DNI, que contiene la información que permite identificar a cada persona, como lo son su imagen, estado civil, dirección del domicilio, entre otros. Hay que tener en cuenta, que la información que identifica a cada persona en un momento determinado y que puede mantenerse o cambiar. (pág. 84)

De lo mencionado en las líneas precedentes, respecto a la posibilidad de que los datos consignados en el DNI, pueden modificarse o cambiar en el transcurso de los años o por decisiones propias de cada persona, por ejemplo, puede decidir mudarse y que por ende la dirección de su domicilio cambiará, puede decidir contraer matrimonio y por lo tanto su estado civil cambiará o puede por circunstancias de la vida quedarse viudo o divorciarse con lo cual su estado civil también cambiará; y esos datos podrán modificarse en su DNI porque se encuentra permitido por la RENIEC, debido a que son datos susceptibles de cambiar y que al actualizarse reflejan los nuevos datos de identificación de la persona en ese momento de su vida.

Por ello es pertinente mencionar que el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el caso Mañuca<sup>6</sup>, estableció que debe considerarse que el DNI cumple una doble función; de un lado, permite que el derecho a la identidad pueda ser efectivo, en tanto posibilita la identificación del titular, y del otro lado, se constituye como un requisito para el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos establecidos en la Constitución. (Arenaza, 2017, pág. 84)

Como ha sido mencionado en la jurisprudencia del Tribunal, el DNI no solo les permite a las personas poder tener un adecuado ejercicio de sus derechos como ciudadano por ejemplo al momento de votar en las elecciones presidenciales o municipales, al celebrar contratos o realizar algún trámite administrativo, civil o judicial, pero principalmente cumple la función de permitir que cada persona sea identificada e individualizada.

El Documento Nacional de Identidad (DNI), así como otros documentos de registro de la identidad, son instrumentos para reconocer la identidad desarrollada por la persona, para así identificarla dentro de la sociedad, y garantizar el ejercicio de sus derechos

---

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia recaída en el Expediente N° 2273-2005-PHC/TC, de fecha 20 de abril del 2006.

fundamentales, en tanto el derecho a la identidad se sustenta en el principio de dignidad de la persona y tiene como base la autodeterminación del ser. (Arenaza, 2017, pág. 85) De lo desarrollado en las líneas precedentes, se desprende que el DNI es una herramienta que identifica a la persona como individuo que forma parte de la comunidad y que le permite que tiene como base su identidad, la posibilidad de auto identificarse.

En el caso de las personas transgénero, al no tener documentos de identificación que se correspondan con su identidad de género, no pueden hacer uso de un ejercicio pleno de sus derechos y conlleva que en determinadas situaciones se evidencien algunos aspectos muy personales como, la foto que figura en su DNI, el nombre consignado con el cual no se identifican, el sexo biológico que figura en el DNI, y todo ello tiene como consecuencias que se produzcan situaciones de discriminación o vulneración de sus derechos en diferentes ámbitos de su vida como lo son las relaciones de consumo, a pesar de encontrarse esas conductas prohibidas por la normativa vigente.

El artículo 26 de la Ley 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil- RENIEC, establece que el documento Nacional de Identidad (DNI) constituye un documento público personal e intransferible y ser utilizado para realizar todos los actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales que así lo dispongan.

De una análisis del artículo antes mencionado, podemos concluir que el hecho de que se considere al DNI como un documento de carácter público que se considera personal y no susceptible de ser transferido porque su función es identificar a las personas, y que no implica necesariamente que las personas en todos los ámbitos de su vida en los que se desarrollan, incluidas las relaciones de consumo que entablan, deben solo y de manera exclusiva utilizar el nombre que figura en su DNI, más aún en los casos que el mismo no refleja la identidad de género, que como hemos mencionado en los párrafos precedentes reviste una vital importancia en la autodeterminación y reconocimiento de la identidad de las personas, es especial las personas transgénero.

Adicionalmente, cabe acotar que el Tribunal Constitucional en el segundo fundamento de la sentencia recaída en el expediente N° 1848-2004- AA/TC, del 26 de agosto del 2004, precisó que de acuerdo a lo establecido en el artículo 38° de la Constitución, que todos los peruanos tienen la obligación de respetar, cumplir y defender la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que a su vez impone el deber de

respetar los derechos de todos de todas las personas en lo que respecta a las actividades que lleven a cabo en la esfera privada o pública”. En ese sentido, se entiende que el los operados del sistema de justicia, así como de la Administración Pública, incluidos los organismos reguladores como el Indecopi tienen la potestad de sancionar todo acto discriminatorio, en los casos en que se evidencia la carencia de un motivo objetivo y razonable que justifique esa conducta porque lo que debe primar siempre es la prohibición de discriminación.

Por todas la razones expuestas y desarrolladas, se concluye que no existe ninguna prohibición en la normativa vigente en ese momento ni en la normativa actual, la identidad de género es un motivo considerado prohibido para los supuestos de infracción de la prohibición de discriminación en el consumo, así como no existía ninguna norma que impidiera de forma expresa o tácita que se perifoneara a una persona transgénero con el nombre con el cual se identificaba, que era parte de la identidad de género que ha construido y que fuera difería del que figuraba en su DNI, como alegó la parte denunciada en el proceso que dio mérito a la Resolución materia de análisis.

V.2.2. Analizar y determinar si la denegatoria por parte del gimnasio JM FITNESS S.A.C. de perifonear a una persona con el nombre con el cual se identifica y que es distinto al registrado en su Documento Nacional de Identidad (DNI) se configura como un acto de discriminación o si por el contrario la medida resulta proporcional y justificada.

En el caso concreto, tomando en cuenta la argumentación desarrollada a lo largo del presente trabajo, se parte de la premisa de que no existía proporcionalidad ni justificación alguna para la negativa de perifonear con el nombre con el cual se identificaba en las instalaciones del gimnasio a la parte denunciante, que era una persona que se reconocía y definía como transgénero.

Tomando en consideración, la importancia que representa para cada individuo el tener un nombre con el cual se identifica tanto en su esfera privada como pública, en todas la relaciones jurídicas o sociales que entabla a lo largo de toda su vida y más aún en los casos en que la falta de reconocimiento su nombre se constituya como una barrera que

les impida el acceso a un bien o servicio y por ende el disfrute pleno de todos sus derechos, incluidos el de entablar relaciones de consumo que sean de su preferencia. Si trasladamos lo antes indicado, al caso de las personas transgénero, a las que en reiteradas ocasiones se les priva de la posibilidad de ser reconocidos en base a su identidad de género y por ende a ser llamados con el nombre con el cual se identifican, se evidencia que se encuentran en una situación de especial afectación de sus derechos.

Cabe indicar, que esa es una realidad que no sólo se vive en nuestro país sino en la experiencia comparada. Un ejemplo interesante lo menciona Romero (2020) en The American Bar Association, que refleja que, en un país como Estados Unidos, existen más de 1.55 millones de personas trans que son víctimas de una latente discriminación que incluye: despidos, desalojos, prohibiciones de ingresos a lugares públicos por el solo hecho de ser una persona transgénero.

Sin embargo, de forma positiva en la última década se ha ido evidenciando que, en la legislación comparada, los agentes económicos vienen trabajando por lograr que exista un reconocimiento de la identidad de las personas transgénero permitiéndoseles identificarse con el nombre elegido por ellas mismas y con el cual se sienten plenamente identificados. Por ejemplo, en Europa, en el Reino Unido, la empresa Starbucks hizo unos de una campaña publicitaria que llevaba le título “What’s your name” (¿cuál es tu nombre?), que venía acompañada de la imagen de un consumidor transgénero, cuyo nombre de nacimiento era Jemma, pero el nombre con el cual se identifica era James y que cuando se acerca a la tienda de la empresa antes mencionada, se evidencia que existe aceptación del nombre que utiliza y con el cuál desea ser identificado por todos. (Christie, 2020).

Analizando el caso de la campaña antes mencionada desarrollada en el Reino Unido, resulta importante tomar en consideración, que en el supuesto de la campaña publicitaria, en la cual una persona transgénero acude a una tienda, café o establecimiento similar y cuenta con la posibilidad de ser llamada por el nombre con el cual se identifica, se configura como un supuesto bastante similar al que podría darse en el caso del perifoneo de una persona transgénero con el nombre que se identifica dentro de las instalaciones de un gimnasio o un establecimiento comercial similar, entonces válidamente podemos preguntarnos si no resulta completamente viable que se de este reconocimiento y se actué de forma similar al ejemplo antes indicado.

Adicionalmente, en tanto en el caso concreto se presenta un conflicto de derechos, resulta aplicable el test de proporcionalidad para determinar cuál es el derecho que debería primar sobre el otro y en base a qué argumentos. Para aplicar el mencionado test de proporcionalidad, se debe poner a ponderar los dos derechos que se encuentran en colisión y aplicar los tres subprincipios que son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y solo en los casos en que uno de los derechos supere los tres subprincipios antes mencionados se considerará que paso el test de proporcionalidad. En el caso concreto, los derechos que se contraponen o se encuentran en conflicto son la libertad de empresa de JM Fitness versus el derecho al libre desarrollo de la personalidad y/o la identidad de género de la parte denunciante.

En primer lugar, se inicia el análisis con el subprincipio de idoneidad entendido según Traverso (2013) como la adecuación de los medios que han sido escogidos para conseguir un determinado fin. (pág. 47). De lo mencionado por el autor se desprende que este subprincipio implica que se eligen los elementos considerados idóneos para alcanzar una determinada finalidad, en el caso concreto, se afirma la negativa de perifonear a la parte denunciante con un nombre que difiere del consignado en el DNI, podría considerarse como un medio idóneo, en tanto sirve puede usarse como criterio para lograr una igualdad en el trato de todos los consumidores o clientes del gimnasio.

En segundo lugar, respecto al subprincipio de necesidad, la interrogante que surge es si existían medidas que fueran menos gravosas y que lograrán que se cumpliera la finalidad. En este punto, consideramos que sí existían menos gravosas que hubiera logrado la misma finalidad de uniformizar el trato de los consumidores, por ejemplo, resultaba viable, realizar una encuesta dirigida a todos los clientes del gimnasio para preguntarles cual es el nombre mediante el cual querían ser llamadas y perifoneados mientras se encuentren dentro de las instalaciones y así se cumpliría con el criterio de uniformidad en el trato que se les brindaba a los clientes

Por lo antes señalado, resulta evidente que la realizar la encuesta era una medida menos gravosa ya que no produciría una afectación a la identidad de género en agravio de la parte denunciante, teniendo como argumento que el nombre con el cual solicitaba ser llamada o perifoneada, no era el nombre que figuraba en su DNI, que después de todo lo

expuesto sabemos que no es lo que debe primar. Al comprobar que no se logra superar el subprincipio de necesidad concluimos por añadidura que no se cumplió con el test de proporcionalidad y que, por lo tanto, la no existencia de existió justificación en la negativa de JM Fitness de perifonear con el nombre con el cual se identificaba a la parte denunciante.

Tomando en consideración todo lo antes expuesto y desarrollado, se concluye que se con la negativa de perifonear a la parte denunciante con el nombre con el cual se identifica y que difería del consignado en su DNI se configuró un supuesto de discriminación en el consumo sobre la base de un motivo prohibido, que era la identidad de género de una persona que se reconoce e identifica como transgénero y que conllevó un menoscabo y/o afectación de sus derechos. Adicionalmente, cabe indicar que la parte denunciada no ha acreditado ninguna causa objetiva, proporcional o justificada para esa negativa de perifoneo, por lo tanto, se reafirma que se configuró un supuesto de discriminación en el consumo en razón del motivo prohibido de la identidad de género.

**V.3. ¿Hubiera sido adecuado que la Sala Especializada en Protección al Consumidor de Indecopi ordenara medidas correctivas si efectivamente se hubiera corroborado un caso de discriminación en razón de la identidad de género?**

V. 3.1. Determinar cuál es la naturaleza de las medidas correctivas en los pronunciamientos de Indecopi.

El Código de Consumo vigente establece expresamente en su artículo 114, que cuando un proveedor infringe alguna de sus disposiciones y comete una infracción, será el Indecopi, a través de sus órganos resolutivos quien deba dictar de oficio o a pedido de parte las medidas correctivas que sean pertinentes. De lo estipulado en el artículo antes mencionado se desprende que existe la posibilidad de que se ordenen a los proveedores que comentan alguna infracción por realización de una conducta prohibida o pasible de ser sancionada una medida correcta por impulso de oficio del órgano resolutivo o que haya sido solicitado por algunas de las partes. Es pertinente indicar que las medidas

correctivas pueden ser reparadoras o complementarias, dependiendo de la finalidad que se busque con las mismas.

Las medidas correctivas reparadoras se encuentran reguladas en el artículo 115 del Código de Consumo, que señala que su finalidad es compensar las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas que se dan en agravio del consumidor por la infracción administrativa cometida por el proveedor, buscando que se revierta las cosas al estado anterior de producida la afectación. Las medidas correctivas que pueden aplicarse se encuentran detalladas en la norma antes indicada.

Como señala Delgado (2020), una vez que ha sido acreditado el supuesto de discriminación en el consumo, lo que sigue es analizar las consecuencias legales de esa infracción, por lo cual se faculta al Indecopi para que pueda ordenarle al proveedor infractor que realice acciones específicas denominadas medidas correctivas. (pág. 36). Como señala el autor, cuando ha quedado acreditado la existencia de una vulneración a la prohibición de discriminación en el consumo por un motivo prohibido, el paso siguiente es que se determinen los efectos que se derivan de la vulneración de la normativa vigente y que facultan al órgano resolutorio del Indecopi a aplicar las medidas correctivas que considere pertinente a cada caso, dejando expedito la posibilidad de que también puedan dictarse medidas correctivas complementarias orientadas a evitar que la conducta infractora se repita en el futuro.

Por lo antes indicado, considero que las medidas correctivas que suele aplicar el Indecopi en sus pronunciamientos, tienen principalmente una naturaleza reparadora respecto de las conductas infractoras que se dan en agravio de los consumidores, ya que buscan remediar el efecto adverso que se derivó del actuar del proveedor, y en ese sentido, cumplen una función relevante en los casos donde se dan actos que vulneran la prohibición de discriminación en el consumo, porque buscan reparar el daño ocasionado y que la conducta infractora, que menoscaba y afecta los derechos de las personas víctimas de discriminación sea reparada en la mayor medida de lo posible en cada caso.

V. 3.2. Analizar cuál es la importancia de las medidas correctivas en los casos en que se demuestra la existencia de discriminación en el consumo, con especial énfasis en la discriminación por identidad de género.

Iniciamos teniendo como punto de partida que, en los casos de discriminación en el consumo, con especial énfasis en los que se dan por el motivo prohibido de la identidad de género, las medidas correctivas juegan un papel muy importante porque buscan reparar el daño y evitar que se den nuevos casos similares de afectación o vulneración de los derechos de los afectados. Según Delgado (2020) en los últimos cinco años los pronunciamientos de Indecopi sobre casos de discriminación en el consumo, las Comisiones con competencia en materia de protección al consumidor, así como la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi han optado por ordenar medidas correctivas complementarias, siendo las más frecuentes el cese de la conducta infractora y la publicación de carteles contra la discriminación en el consumo. (págs. 37, 38). De lo expresado por el autor, podemos inferir que existe una línea de análisis y desarrollo que viene siendo seguido por el Indecopi en sus pronunciamientos de los últimos años, que se manifiesta en el hecho que consideran relevante el dictar medidas correctivas complementarias, orientadas a que se extingan las conductas infractoras y que se visibilice que la discriminación en el consumo se encuentra prohibida y no debe darse.

Afirma también Delgado (2020) que, en los últimos casos que han sido resueltos en materia de discriminación agravada, es decir, que se basa en motivos de edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad y similares, la Sala ha ordenado medidas correctivas complementarias como brindar una capacitación a los trabajadores sobre prevención de discriminación en el consumo, precisando el tipo de empleados que deben ser parte de esas capacitaciones. (págs. 39. 40). En la misma línea de lo señalado en el párrafo precedente, se evidencia de manera positiva que el Indecopi ha ido incorporando en sus resoluciones le dictar medidas correctivas por lo general complementarias, que son además educan y es esa una buena manera de combatir la discriminación en el consumo.

Se puede concluir, que las medidas correctivas vienen jugando un papel muy importante en materia de discriminación en el consumo, sobre todo en los casos donde existen motivos prohibidos como la identidad de género y que por ello, de manera muy positiva el Indecopi en sus últimos pronunciamientos ha dictado medidas correctivas conducente a reparar el daño ocasionado, pero además medidas complementarias orientadas a corregir la conducta en aras de evitar que situaciones de afectación similares se produzcan en agravio de la población más vulnerable.

### V. 3.3. Sugerencias respecto a cuáles hubieran sido las medidas correctivas que podrían haberse aplicado al caso concreto.

Tomando en consideración todo lo desarrollado en los subcapítulos precedentes respecto a la importancia de las medidas correctivas en materia de discriminación en el consumo, con especial énfasis en los casos donde la infracción se debe a un motivo prohibido como lo es la identidad de género y de acuerdo con los pronunciamientos que ha tenido tanto la Comisión como la Sala de Indecopi en los últimos años, considero que en tanto ha quedado acreditado que se configuró un supuesto de discriminación en el consumo, en razón de la identidad de género de la parte denunciada, correspondía que se apliquen medidas correctivas.

Una primera medida correctiva de carácter reparador, que pudo haber aplicado el Indecopi en el caso concreto, es que se le ordene al proveedor permitir que la parte denunciante, identificada como una persona transgénero sea llamada y perifoneada con el nombre con el cual se identifica dentro de las instalaciones del gimnasio, con ello se hubiera logrado reparar el daño causado con la negativa injustificada.

Una segunda medida correctiva, pero de carácter reparador que resultaba aplicable al caso sería que se brinde capacitaciones a los trabajadores del gimnasio respecto a que es la identidad de género, la definición de personas transgénero, cuando se configura supuestos de discriminación en el consumo por motivos prohibidos y cómo evitar actos discriminatorios en agravio de colectivos que han sido históricamente vulnerables.

Finalmente, tal y como se aplicó en la reciente la Resolución N° 0735-2022/SPC-INDECOPI, de fecha 12.04.2022, de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Áncash – Sede Chimbote, que fue mencionada en la parte introductoria del presente trabajo y que se refería a un caso de discriminación por identidad de género ante la negativa del proveedor de permitir el ingreso de una persona transgénero a los baños de mujeres, hubiera sido pertinente que se imponga la obligacional proveedor de colocar un cartel en un lugar visible de su establecimiento que indique que se encuentra prohibida la discriminación a cualquier consumidor por algún motivo prohibido de acuerdo a lo regulado en el Código de Consumo.

## VI. CONCLUSIONES

1) Se configuró una vulneración del artículo 7B° de la Ley de Protección al Consumidor, vigente en el momento en sucedieron los hechos, porque dentro del marco de protección de la misma era merecedora de tutela la identidad de género de todas las personas, incluidas las personas transgénero. En por ello, que si se hubiera perifoneado a la parte denunciante con el nombre con el cual se identificaba, que era “Scarlet”, ello hubiera obedecido a un real reconocimiento de su identidad de género y le hubiera permitido en pleno goce de sus derechos al contratar el servicio y que claramente ello no significaba una afectación alguna a la seguridad del establecimiento o la tranquilidad de los demás clientes del gimnasio.

2) No existió una causa objetiva ni razonable para la denegatoria del gimnasio JM Fitness de perifonear a la parte denunciante con el nombre con el cual se identificaba, tomando en consideración que se trataba de una persona transgénero y que llamarla por el nombre con el que cual se reconocía, forma parte de su derecho a autodeterminarse y elegir su identidad de género, que a su vez le permite el goce efectivo de sus derechos en todos los ámbitos de su vida en el cual se desenvuelva como son las relaciones de consumo que establezca. En ese sentido, el gimnasio JM Fitness, optó por imponerle una condición discriminatoria, el no ser reconocida por su nombre social en las instalaciones si deseaba adquirir la membresía del gimnasio.

3) Una acción bastante sencilla como perifonear a un persona transgénero con el nombre con el cual se identifica y que es diferente al que figura en su Documento Nacional de Identidad en un establecimiento destinado al público y con el cual contrata un servicio, como la membresía de un gimnasio, no es acción que represente un costo alto para el agente económico, por el contrario, es una acción sencilla que conlleva un impacto positivo en el reconocimiento de la identidad de género para una alguien perteneciente a un colectivo que ha sido históricamente vulnerado, como son las personas transgénero.

4) No debió el órgano resolutorio al momento de realizar el análisis de la existencia de un trato discriminatorio en agravio de la parte denunciante, utilizar como presupuesto la forma de trato que el gimnasio le daba a los demás clientes, toda vez, que, en el caso concreto, debió analizarse las condiciones propias e intrínsecas de la parte denunciante

que la colocaban en una situación particular de afectación de sus derechos, condición en la que no se encontraban los demás clientes del mismo gimnasio.

5) Discriminar a una persona transgénero al no reconocérsele el nombre con el cual se identifica al momento de contratar un bien o servicio por parte del proveedor conlleva una doble afectación para ambas partes. De un lado, se le limita al consumidor, en el caso una persona transgénero la posibilidad de poder acceder a un bien o servicio determinado y que además desea; y de otro lado, respecto al proveedor se configura una pérdida de ingresos económicos que hubiera percibido de no negar el acceso al servicio o bien de la persona a la cual no se le reconoce su identidad de género. Es pertinente acotar, que, si bien se evidencia la existencia de esta doble afectación, no puede considerarse que ambas se dan en la misma medida, porque resulta evidente que la afectación de la que es víctima la persona a la que se le niega el acceso a un bien o servicio es de mayor relevancia y conlleva mayores afectaciones que la pérdida económica que puede sufrir el agente económico.

6) Las medidas correctivas sean reparadoras o complementarias juegan un papel importante en los casos de discriminación en el consumo, con mayor relevancia en los casos en que se da en razón de un motivo prohibido como la identidad de género, por lo cual considero, que la Sala debió declarar fundada la demanda y disponer las medidas correctivas pertinentes como permitir el perifoneo con el nombre con el cual se identificaba a la parte demandante, que se haga capacitación al personal de la empresa en temas relaciones a la identidad de género y discriminación así como la colocación de carteles referentes a la prohibición de discriminación en zonas visibles del gimnasio.

## **VII. RECOMENDACIONES**

1) Tomando en consideración la importancia de la vida en sociedad de todos los seres humanos y la relevancia del reconocimiento de la identidad de género de cada individuo, ya que esta los identifica e individualiza como personas, considerar solamente el nombre consignado en el Documento Nacional de Identidad (DNI) en el caso de las personas que no se identifica con ese nombre y ante imposibilidad de poder solicitar en los órganos administrativos y/o tribunales judiciales el cambio de nombre de

acuerdo a como se identifica, como es el caso de las personas transgénero, se configura como una vulneración a su identidad de género merecedora de tutela y que debe ser reconocido y tomada en consideración por los órganos resolutiveos del Indecopi al momento de analizar y emitir sus pronunciamientos, demostrando una mayor apertura y menos estigmatización de un grupo que históricamente ha sido vulnerado.

2) Adicionalmente, recomendar a los órganos resolutiveos de las diversas instancias de Indecopi, que al momento de analizar casos de discriminación en el consumo, en razón de la identidad de género, no basen su análisis en una comparación con otras personas, que evidentemente no se encuentran en la misma situación de vulnerabilidad, sino que por el contrario analicen el caso en base a las características y condiciones inherentes de la persona agraviada ya que ello tendrá como consecuencia que el análisis sea acertado y refleje un adecuado desarrollo de la problemática que se encuentra involucrado en esos casos.

3) Finalmente, sugiero que Indecopi siga en la misma línea que ha adoptado en los últimos años, al ordenar en sus pronunciamientos medidas correctivas reparadoras o complementarias en los casos donde se prueba que existió discriminación en el consumo, las mismas que tienen como finalidad reparar los daños ocasionado por la afectación de los derechos pero sobre conducentes a cambiar ese tipo de conductas y evitar que se sigan dando casos similares de afectación, que por lo general será en agravio de las personas más vulnerables, como lo son las personas transgénero.

## **VIII. BIBLIOGRAFÍA**

1. Arenaza, E., (2017). “Tesis: El nombre y sexo determinados con base a la identidad de género de las personas trans, como garantía de su dignidad”.
2. 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.
3. Christie, D. (2020). Starbucks ad inspires by transgender people testing out new names. Marketing Diva. Recuperado de

<https://www.marketingdive.com/news/starbucks-ad-inspired-by-transgender-people-testing-out-new-names/571557/#:~:text=Starbucks%20has%20launched%20a%20new,of%2Dhome%20and%20in%20stores.>

4. 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.
5. Corte Interamericana De Derechos Humanos (CIDH) (2019). “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14: Igualdad y No Discriminación” Consultado el día 20 de abril de 2022: <https://www.refworld.org/es/type,CASELAW,5d432f604,0.html>
6. 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 N° 24.
7. 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](https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/PE/DP_PER_URP_S2_2008anx_anexo2dd002_07.pdf)
8. 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>.

9. Eguiguren, Francisco 1997 “Principio de igualdad y derecho a la no discriminación”. Ius et Veritas, año III, número 15,1997. Lima. Consultado el día 18 de abril de 2022 en:<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15730/16166>.
10. Farina J (1995). Defensa del Consumidor y del Usuario. Buenos Aires, Editorial Astrea, pp. 34-57
11. Fernández, C. (2015). Derecho a la identidad personal. Lima: Instituto Pacifico., pág. 114.
12. 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.
13. 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](http://iessdeh.org/usuario/ftp/1-82_OBSERVATORIO_junio_2019.pdf).
14. Organización de los Estados Americanos (OEA) (1969), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html> [Consultado el 10 mayo 2022]
15. 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.
16. 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\\_jou](https://www.americanbar.org/groups/litigation/publications/litigation_jou)

rnal/2019-20/spring/the-nineteenth-amendment-and-gender-identitydiscrimination/

17. 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>
18. Siverino, P. (2010). El derecho ante la diversidad: la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina. Ius et veritas N° 41, pág. 51.
19. 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.
20. 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.

### **Sentencias del Tribunal Constitucional**

Sentencia del Expediente N° 0606-2004-AA/TC del 28 de junio del 2004.

Sentencia de fecha 21.10.2016, Expediente N° 06040-2015-PA/TC.

Sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-AA/TC

Sentencia, de fecha 26 de agosto, recaída en el Expediente N° 1848-2004- AA/TC.

Sentencia del Expediente N° 2273-2005-PHC/TC, caso Karen Mañuca.

**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 (Decreto 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 comercial<sup>1</sup>, 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.

<sup>1</sup> **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 humanos<sup>2</sup>, 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 clientela<sup>3</sup>.
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.

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> **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 7Bº 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/TDC<sup>4</sup>, que también versaba sobre un supuesto de discriminación contra las minorías sexuales<sup>5</sup>.

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

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

<sup>5</sup> 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](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 registradas<sup>6</sup>, 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 persona<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> 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.*

<sup>7</sup> **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*<sup>8</sup>.

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”<sup>9</sup>.
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”*<sup>10</sup>.
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

<sup>8</sup> 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>

<sup>9</sup> 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](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf)

<sup>10</sup> 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 concreto<sup>11</sup>.

#### 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 último<sup>12</sup>. Lo anterior fue subrayado en el voto discordante suscrito por el presente vocal en la Resolución 655-2006/TDC, citada precedentemente<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> **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.

<sup>13</sup> 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 presentado<sup>14</sup>, *contrario sensu* en todos aquellos casos en que legalmente no se exija la identificación civil contenida en el DNI es posible emplear otras denominaciones<sup>15</sup>.

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 transgénero<sup>16</sup>. 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 hipocorísticos<sup>17</sup> o términos que difieren de los registrados en

---

<sup>14</sup> **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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> **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](http://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