

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



Informe sobre la Resolución N.º 0534-2019/SPC-INDECOPI

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título  
profesional de Abogada

Autor:

***Susana Carolina Sare Isla***

Asesor:

***Tommy Ricker Deza Sandoval***

Lima, 2022

## RESUMEN

El presente informe analiza la resolución N.º 0534-2019/SPC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada de Protección al Consumidor, en la cual se determina que la Discoteca Chira's ha infringido el mandato de no discriminación en el consumo al haberle impedido el ingreso a la señorita Torres y acompañantes sin que medie causa justificada y razonable. En esa misma línea, tiene como objeto promover una reflexión sobre los casos de discriminación en el consumo por identidad de género. Si bien en los artículos 38º y 39º del Código de Protección al Consumidor se tipifica centralmente los componentes del acto discriminatorio y cómo se ejecuta la carga probatoria en este tipo de casos, no resulta suficiente para examinar de manera integral el caso que aquí nos reúne. Por ello, además de considerar lo establecido por la Sala respecto de la categoría prohibida de identidad de género y su importancia, desarrollo y aplico la normativa, doctrina y jurisprudencia internacional y nacional para tener un panorama más amplio sobre la inclusión de la identidad de género como motivo prohibido de discriminación y la dificultad probatoria en los casos de discriminación a fin de determinar si el razonamiento y las medidas adoptadas por la Sala han sido imparciales, objetivas y eficaces respecto de la especial protección que amerita el colectivo LGBTIQ+. Finalmente, concluyo de manera central que sí se ha infringido el mandato de no discriminación en el consumo debido a que la Discoteca ha menoscabado el ejercicio de un derecho al efectuar un trato diferenciado, basado en motivos prohibidos de discriminación, y sin que medie una causa objetiva y razonable.

**PALABRAS CLAVE:** Discriminación en el consumo, motivo prohibido, dificultad probatoria, identidad de género.

## ABSTRACT

This report analyzes resolution N.º 0534-2019/SPC-INDECOPI, issued by the Specialized Court for Consumer Protection, in which it is determined that the Chira's Nightclub has violated the mandate of non-discrimination in consumption by having denied the entry to Miss Torres and companions without a justified and reasonable cause. Also, it aims to promote a reflection on cases of discrimination in consumption based on gender identity. Although articles 38 and 39 of the Consumer Protection Code centrally typify the components of the discriminatory act and how the burden of proof is executed in this type of cases, it is not enough to comprehensively examine the case that we are dealing with. For this reason, in addition to consider what is established by the Court regarding the prohibited category of gender identity and its importance, I develop and apply international and national regulations, doctrine and jurisprudence to have a broader panorama about the inclusion of gender identity. as a prohibited reason for discrimination and the evidentiary difficulty in cases of discrimination in order to determine whether the reasons and measures adopted by the Court have been impartial, objective and effective with the special protection the LGBTIQ+ community deserve. Finally, I conclude in a central way that the mandate of non-discrimination in consumption has been violated because the Nightclub has undermined the exercise of a right by making a differentiated treatment, based on prohibited grounds of discrimination, and without an objective and reasonable cause.

**KEY WORDS:** Discrimination in consumption, prohibited reason, evidentiary difficulty, gender identity.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>3. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES .....</b>	<b>7</b>
<b>4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS .....</b>	<b>11</b>
<b>4.1. ¿La argumentación empleada por la Sala sobre la configuración de la discriminación en el consumo ha sido parcializada y subjetiva? .....</b>	<b>11</b>
<b>4.1.1. El derecho a la igualdad y no discriminación .....</b>	<b>12</b>
<b>4.1.2. El mandato de no discriminación y la identidad de género desde una perspectiva constitucional .....</b>	<b>13</b>
<b>4.1.3. Sobre la prohibición de la discriminación en el consumo: artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor .....</b>	<b>16</b>
<b>4.1.3.1. Sobre el trato diferenciado ilícito y su relación con la discriminación en el consumo .....</b>	<b>18</b>
<b>4.1.3.2. La importancia del motivo prohibido para la acreditación del acto discriminatorio en el consumo .....</b>	<b>19</b>
<b>4.1.4. Análisis del primer problema jurídico .....</b>	<b>20</b>
<b>4.1.4.1. ¿De qué manera hubiera variado la respuesta de la Sala con el cambio de criterio en la resolución N.° 2025-2019/SPC-INDECOPI?.....</b>	<b>24</b>
<b>4.2. ¿La Sala realizó una lectura incompleta y arbitraria del principal medio probatorio que motivó la resolución del presente caso? .....</b>	<b>26</b>
<b>4.2.1. La dificultad probatoria en los casos de discriminación en el consumo .....</b>	<b>26</b>
<b>4.2.2. El artículo 39° del Código de Protección y Defensa del Consumidor y el indicio como elemento probatorio sustancial de la discriminación en el consumo .....</b>	<b>29</b>
<b>4.2.3. Análisis del segundo problema jurídico .....</b>	<b>33</b>
<b>5. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES .....</b>	<b>35</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>37</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

Que el año 2019 haya sido declarado por el ex presidente Martín Vizcarra como el “Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad”<sup>1</sup> expone el hartazgo de nuestra sociedad por los continuos sucesos plagados de corrupción e injusticias en los años anteriores y cuya cereza del pastel se coronó en el año 2018. Así, el año 2018 dio paso a una serie de escándalos que generó un fuerte impacto en la sociedad peruana. Al iniciar el mes de enero, fuimos partícipes de ver a un gran número de peruanos saliendo a marchar a las calles por el indulto que excarceló al ex presidente Alberto Fujimori<sup>2</sup>.

Esta decisión provocó que nuestro país se dividiera en dos bandos: aquellos que estaban de acuerdo con el indulto y aquellos que cuestionaron rotundamente la actuación del presidente de aquel entonces, el señor Pedro Pablo Kuczynski. El 21 de marzo, por la presión mediática y algunas sospechas de su participación en casos de corrupción, Kuczynski decidió renunciar a su cargo como presidente y quien tomó el mando fue Martín Vizcarra<sup>3</sup>. En este período de tiempo, salió a la luz los avances de las investigaciones del caso de la empresa brasileña Odebrecht en los cuales se evidenció que la empresa del expresidente Kuczynski *Westfield Capital* había recibido por parte de Odebrecht diversas sumas de dinero que bordeaban el millón de dólares a cambio de “asesorías financieras”<sup>4</sup>.

De manera posterior, en el mes de julio salen a la luz audios del ex presidente de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Lima, en los cuales se aprecia que el señor Hinostroza negoció la reducción o absolución de la pena a un presunto abusador sexual a cambio de dinero. Este suceso conllevó a conocer que otros magistrados del Poder Judicial y

---

<sup>1</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N.º 005-2019-PCM.

<sup>2</sup> Fowks, J. (2017, 26 de diciembre). El indulto de Kuczynski a Fujimori divide Perú. *El País*. [https://elpais.com/internacional/2017/12/25/america/1514226251\\_340721.html](https://elpais.com/internacional/2017/12/25/america/1514226251_340721.html)

<sup>3</sup> BBC MUNDO. (2018, 21 de marzo). Perú: renuncia el presidente Pedro Pablo Kuczynski (PPK) entre acusaciones de corrupción y sobornos. *BBC Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43481060>

<sup>4</sup> REDACCIÓN GESTIÓN. (2017, 13 de diciembre). Odebrecht asegura que pagó US\$ 782 mil a empresa de PPK por asesorías financieras. *Gestión*. <https://gestion.pe/peru/politica/odebrecht-asegura-pago-us-782-mil-empresa-ppk-asesorias-financieras-222657-noticia/?ref=gesr>

consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura se encontraban involucrados en la comisión de diversos delitos contra la administración pública<sup>5</sup>.

Pues bien, todos estos eventos suscitados en el primer semestre del año 2018 ocasionaron que la sociedad peruana centre su atención en estos y deje de lado otras problemáticas sociales que resultan un desafío hasta el día de hoy. Entre estas se identifica la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas trans, aquellas cuya identidad de género no corresponde con el sexo asignado al nacer<sup>6</sup>. Es menester indicar que esta población ha sufrido constantes abusos debido a que no existe un marco normativo que regule su protección, les otorgue una identidad y promueva iniciativas que den paso a su reconocimiento; además que la Ley de identidad de género no llegó a concretarse y terminó siendo olvidada<sup>7</sup>. Así, durante el período de enero a noviembre de 2018, alrededor de 71 mujeres trans sufrieron vulneraciones a sus derechos<sup>8</sup>. Estos casos terminaron en amargos silencios y una ausente actuación por parte de los operadores jurídicos ya que los agresores fueron liberados o las víctimas sufrieron estigmatización y discriminación por su identidad de género<sup>9</sup>.

Cabe precisar que esta afectación no solo se observa en el plano judicial y/o penal, sino también administrativo, el cual viene a ser el ámbito en el que desarrollamos el presente informe. Al respecto, en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código) se regula la figura de la discriminación en el consumo por razones de identidad de género, siendo así que a través de esta normativa se busca proteger el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación que se encuentra en nuestra Constitución. En ese escenario, las autoridades administrativas deben considerar la diversidad de conceptos relacionados con la población LGBTIQ+, de qué manera se concretiza la figura de no discriminación en el consumo por

---

<sup>5</sup>IDL REPORTEROS. (2018, 8 de julio). Hinostriza despacha. *IDL Reporteros*. <https://www.idl-reporteros.pe/hinostriza-despacha/>

<sup>6</sup> Esta definición ha sido establecida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las Observaciones realizadas a la solicitud de Opinión Consultiva N.º 24 interpuesta por el Estado de Costa Rica (14 de febrero de 2017).

<sup>7</sup> PROMSEX. (2015, 18 de setiembre). Perú: La olvidada ley de identidad de género... porque los trans no existen. *PROMSEX*. <https://promsex.org/peru-la-olvidada-ley-de-identidad-de-genero-porque-los-trans-no-existen/#:~:text=La%20poblaci%C3%B3n%20trans%2C%20la%20m%C3%A1s,y%20la%20Red%20Peruana%20TLGB.>

<sup>8</sup> Marchand, E. (2018, 27 de diciembre). 2018: La población trans, principal víctima de violencias en Perú. *Presentes*. <https://agenciapresentes.org/2018/12/27/2018-la-poblacion-trans-principal-victima-de-violencias-en-peru/>

<sup>9</sup> Por ejemplo, el 5 de marzo del 2018 en el distrito de Los Olivos, una mujer trans fue agredida físicamente al recibir cortes en sus labios y rostro. Si bien el agresor fue detenido en la comisaría Sol de Oro, a las pocas horas fue puesto en libertad. (Observatorio de los derechos LGBT, 2018)

razones de identidad de género y una visión conjunta de los medios probatorios presentados por las partes para así poder resolver de manera objetiva este tipo de casos, los cuales generan un impacto en el sector económico al hablarse de relaciones de consumo.

En ese sentido, a partir de la Resolución Final N.º 0534-2019/SCP-INDECOPI, desarrollaremos el derecho a la no discriminación por razones de identidad de género desde una perspectiva constitucional y su relación con la figura de la discriminación en el consumo; además, analizaremos la argumentación empleada por la Sala para determinar de qué manera se concretó la discriminación y la lectura que realizó sobre el principal medio probatorio. Ello tomando en cuenta que las medidas adoptadas por la Sala deben contar con un criterio razonable y justificado e ir en armonía con la protección de la dignidad y demás derechos fundamentales derivados, especialmente, de aquellos grupos que se encuentran en un permanente estado de vulnerabilidad.

## **2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN**

La presente resolución fue escogida debido a que realiza un análisis importante respecto de la discriminación en el consumo por razones de identidad de género, la cual persiste hasta la actualidad como un desafío jurídico-social que aqueja a nuestra sociedad. Aunado a ello, desarrolla la categoría prohibida de discriminación de identidad de género establecida en las fuentes internacionales y nacionales y da cuenta de la situación de discriminación estructural y especial vulnerabilidad en el que se encuentra el colectivo LGBTIQ+. Cabe precisar además que con el presente informe se busca realizar un cuestionamiento a la argumentación empleada y las medidas adoptadas por la Sala a fin de reflexionar si cumplen con un análisis objetivo y si son eficaces sobre la especial protección que amerita la constante discriminación que enfrenta el colectivo trans.

## **3. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES**

- ❖ La discoteca Chira's E.I.R.L. (en adelante, la Discoteca) es un establecimiento de acceso público en el que se realizan fiestas y reuniones sociales.

- ❖ Por otro lado, Ervin Raúl Torres Farfán (en adelante, la parte denunciante) es una persona transgénero que acudió a la Discoteca junto con dos acompañantes.
- ❖ El día 14 de enero de 2018 a las 23:29 horas aproximadamente, la parte denunciante junto con dos acompañantes (Gustavo Jesús Luque Rengifo y Eduardo Arturo Callirgos Cortez) intentaron ingresar a la Discoteca, pero una persona de seguridad les indicó que no podían ingresar “por orden de su superior” y además alegó “se reservan el derecho de admisión”. Cabe precisar que un allegado no transgénero de la parte denunciante pudo ingresar al establecimiento y obtuvo una boleta de venta, la cual permitió identificar el número RUC de la Discoteca.
- ❖ El día 5 de febrero, la parte denunciante interpuso una denuncia contra la Discoteca. Aunado a ello, presentó un vídeo que acreditaría el acto discriminatorio a plenitud. Además, refirió que la discriminación que sufrió no tuvo justificación alguna pese a las insistencias y reclamos. Posterior a ello, la Comisión admite la denuncia y le imputa a la Discoteca haber infringido los artículos 1°.1 literal d), 18°, 19° y 38° del Código.
- ❖ El 9 de marzo, la Discoteca presentó sus descargos:
  - El motivo por el que no dejaron ingresar al establecimiento a la parte denunciante junto con sus acompañantes fue porque estos habrían acudido en estado de ebriedad, y el establecimiento ya contaba con malas experiencias previas de este tipo.
  - En su local únicamente prohíben que menores, personas en estado de ebriedad y con armas ingresen.
  - La función de impedir el ingreso recaía sobre los agentes de seguridad.
- ❖ Posteriormente, el 28 de marzo, la Discoteca manifestó que sus cámaras solo tienen una capacidad de almacenamiento de 7 días, por lo que no cuentan con los vídeos del hecho materia de controversia.
- ❖ El día 2 de abril, la parte denunciante absolvió los descargos presentados por la Discoteca y manifestó lo siguiente:

- Negó que el día de los hechos se haya encontrado en estado etílico y refirió que la denunciada no presentó algún medio de prueba que acreditara dicho alegato.
  - En el vídeo se aprecia que el de seguridad no hizo referencia a su estado de ebriedad. Por el contrario, se advierte que está lúcida.
  - Lo alegado por la Discoteca no ha sido acreditado, además tenían como finalidad evadir la responsabilidad por actos discriminatorios que denigraron su condición y honor.
- ❖ Con fecha 4 de julio, mediante Resolución N.º 0644-2018/INDECOPI-PIU, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
- Dejó sin efecto la imputación respecto de los artículos 18º y 19º del Código puesto que el hecho denunciado es un acto discriminatorio.
  - Declaró fundada la denuncia por infracción de los artículos 1º.1 literal d) y 38º del Código debido a que se acreditó un supuesto de discriminación. Sanción con una multa de 25 UIT.
  - Como medida correctiva, la Discoteca debe cesar tratos discriminatorios.
  - Costas y costos deben ser asumidos por la Discoteca, así como su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.
- ❖ El 26 de julio la Discoteca interpone un recurso de apelación y alega lo siguiente:
- En la resolución de la Comisión se aprecia parcialización y subjetividad de sus miembros, por lo que se afecta el derecho a la prueba.
  - Comisión vulnera el debido procedimiento y se basa en datos inexactos o falsos porque no ha desarrollado la debida investigación y ha interpretado de manera arbitraria los indicios.
  - En primera instancia no se ha contrastado correctamente la videograbación presentada por la denunciante. Ello debido a que en este se oye que la parte denunciante indicó “en este lugar ya han ingresado homosexuales”, lo cual implica que en la Discoteca no se discriminan a las personas por la orientación sexual.

- En esa misma línea, refirió que el agente de seguridad señaló en la grabación “más o menos los conozco a ustedes”, siendo así que no era la primera vez que el denunciante acudía al establecimiento.
  - En el proceso seguido ante la Fiscalía por el presunto delito de discriminación, los señores Lucas Aranibar Delgado y Mayra Fabiola Figueroa Maldonado manifestaron que la parte denunciante ya había ingresado anteriormente al local y había generado disturbios.
- ❖ Con fecha 31 de octubre, la parte denunciante manifestó lo siguiente:
- Los argumentos y hechos que emplea la Discoteca son falacias porque he sido discriminada por ser transgénero e ir vestida como mujer.
  - Solo asistió a la Discoteca el día en que ocurrieron los hechos. Sus acompañantes también fueron víctimas de discriminación.
  - Las personas que han declarado a favor de la Discoteca han sido empleados de la denunciada, por lo que declaran a su favor.
- ❖ En la misma fecha, 31 de octubre, la Discoteca reiteró los argumentos que había señalado en su impugnación.
- ❖ La Sala emite la Resolución Final N.º 0534-2019/SPC-INDECOPI y señala:
- En el vídeo presentado por la denunciante se evidencia el trato discriminatorio por su condición de transgénero debido a que los de seguridad se limitaron a alegar que estaba cumpliendo una “orden de su superior” y que se “reservan el derecho de admisión”.
  - Asimismo, el personal de seguridad, en ningún momento, niega que el impedimento de ingreso se debe a la condición de transgénero.
  - La Discoteca no presentó algún medio probatorio que corrobore el presunto estado étlico y los supuestos disturbios que habría realizado en su establecimiento la parte denunciante.
  - Las declaraciones de Lucas Aranibar Delgado y Mayra Fabiola Figueroa Maldonado no generan convicción de lo señalado porque el señor Lucas era el

arrendatario del inmueble de la Discoteca y la señora Mayra era la cajera del establecimiento.

- En ese sentido, la Discoteca produjo graves perjuicios a la parte denunciante porque vulneró su dignidad y el derecho a no ser discriminada por ser transgénero.

❖ Sobre el particular, la Sala resolvió lo siguiente:

- Confirmar la resolución emitida por la Comisión en tanto que la Discoteca infringió los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código al haber impedido que la parte denunciante ingrese al establecimiento por su condición de transgénero.
- Sancionar a la Discoteca con 25 UIT.
- Ordenar como medidas correctivas a la Discoteca que cumpla con: (i) cesar los actos discriminatorios en contra de la afectada, (ii) capacitar a su personal sobre la prohibición de discriminar a sus consumidores, (iii) colocar un cartel afuera del establecimiento que indique que se prohíbe cualquier tipo de discriminación.
- Condenar a la Discoteca al pago de costas y costos.
- Disponer la inscripción de la Discoteca en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

#### **4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

##### **4.1. ¿La argumentación empleada por la Sala sobre la configuración de la discriminación en el consumo ha sido parcializada y subjetiva?**

En este apartado cuestionaremos si la argumentación empleada por la Sala ha sido parcializada y subjetiva. Ello a partir de lo establecido en la norma internacional y nacional sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, el mandato de no discriminación, la discriminación en el consumo y cómo es que estos elementos son aplicados al caso en concreto. Este análisis es sumamente sustancial porque daremos cuenta si la resolución de la Sala ha sido la idónea y ha cumplido con lo que establece la doctrina y la jurisprudencia sobre el acto discriminatorio por motivos de identidad de género.

#### 4.1.1. El derecho a la igualdad y no discriminación

Para dar inicio a este apartado, debemos dirigirnos a lo que establece nuestra Constitución acerca de la igualdad y no discriminación. En ese sentido, en su artículo 2 inciso 2 se explicita lo siguiente:

*“Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:*

*2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.*

A partir de una lectura al artículo previamente citado, podemos apreciar que desarrolla los motivos por los que una persona no debe ser discriminada, los cuales forman parte de una lista no taxativa pues a partir del término “de cualquier otra índole” pueden ir incluyéndose otros más con posterioridad. Asimismo, se infiere que la igualdad es un derecho subjetivo porque es inherente a la persona.

En esa misma línea, desde un ámbito constitucional, la igualdad es conceptualizada en una doble dimensión<sup>10</sup>. Por un lado, es un principio rector de todo el ordenamiento jurídico y debe ser considerado en el desarrollo legislativo. Y, por otro lado, es un derecho constitucional subjetivo porque puede ser exigido de manera individual por cualquier persona. Aunado a ello, del artículo 2° de la Constitución se desprende la figura de la prohibición de discriminación<sup>11</sup>. Esta da cuenta que ninguna autoridad del Estado puede ejercer un trato desigual, por lo que esta prohibición reconoce el derecho a la igualdad como un derecho relacional en tanto que, al ser evaluada su afectación, debe tomarse en cuenta otro derecho que entre en conflicto con este.

De esa manera, apreciamos que el derecho a la igualdad visto desde un ámbito constitucional contiene una doble apreciación puesto que, por un lado, actúa como un principio rector que debe ser tomado en cuenta por el legislador al momento de desarrollar las normas y, por otro, es un derecho subjetivo porque le pertenece a toda persona por el hecho de serla para que esta

<sup>10</sup> Eguiguren Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y Derecho a la no discriminación. *IUS ET VERITAS*, 8(15), 63-72.

<sup>11</sup> Huerta, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 11(11), 307-334.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686>

no sufra alguna forma de discriminación. Asimismo, apreciamos que, en un contexto en el cual el Estado a través de sus órganos puede cometer actos discriminatorios contra los individuales, el principio de igualdad ingresa a imponer límites a la actuación no solo del legislador sino de todos los órganos públicos que dictan leyes o las aplican a fin de que no afecten dicho principio.

Sin perjuicio de ello, la igualdad no es únicamente exigible a los poderes públicos al momento en que emiten las normas o las aplican, sino también en la relación que existe entre los privados como, por ejemplo, las relaciones de consumo. Al respecto, dado que la igualdad es un derecho fundamental y como tal tiene una eficacia vertical (relación entre los poderes públicos y el individuo) y una horizontal (relación entre los demás sujetos privados), ello implica que esta es exigible tanto para el Estado como a los particulares<sup>12</sup>.

Ahora bien, al tomar en cuenta que en nuestro país se evidencian diversas desigualdades sociales, resulta necesario tomar acción para que el principio de igualdad no se agote de manera formal que implica que las leyes se deben aplicar a todos por igual, sino que se extiende y, en un reconocimiento sustancial, obliga a la Ley a que genere un espacio de igualdad de condiciones para las personas<sup>13</sup>. Estas medidas pueden traer consigo la aplicación de un trato desigual que no implica un acto discriminatorio sino diferenciado<sup>14</sup>. En ese sentido, no todo trato diferenciado por parte del Estado y/o particulares implica una discriminación. Siendo así que para que este trato diferenciado no derive en una discriminación debe encontrarse justificado.

#### **4.1.2. El mandato de no discriminación y la identidad de género desde una perspectiva constitucional**

Para dar inicio a este bloque, debemos partir con lo siguiente. Tradicionalmente se ha pensado que la no discriminación viene a ser el lado negativo del derecho a la igualdad y cualquier infracción a este era considerada discriminatoria<sup>15</sup>; por lo que era imposible pensar que la

<sup>12</sup> Landa, C. (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. *Estudios Constitucionales*, 19 (2), 71-101.

<sup>13</sup> Eguiguren Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y Derecho a la no discriminación. *IUS ET VERITAS*, 8(15), 63-72.

<sup>14</sup> Huerta, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 11(11), 307-334. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686>

<sup>15</sup> ARCE ORTÍZ, E. (2015). *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*, [Tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú].

igualdad podía ser desvinculada de la no discriminación<sup>16</sup>. Empero, hoy en día, el mandato a la no discriminación ha adoptado un sentido autónomo y concreto<sup>17</sup>; por lo que, si bien sigue manteniendo un vínculo con el derecho a la igualdad, este tiene un concepto independiente.

En ese sentido, podemos observar que el contenido del mandato de no discriminación se ha desarrollado en diversas normativas internacionales y de las cuales resalto la siguiente. En el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se establece: “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole*” (El subrayado es nuestro)

Así, a partir de lo señalado, observamos que el mandato de no discriminación guarda relación con no excluir de manera arbitraria a una persona por los motivos prohibidos a los que hace referencia, tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, entre otros; sin embargo, no se explicita de manera concreta el concepto de discriminación en sí mismo. Ante ello, el Comité de Derechos Humanos se ha encargado de complementar y profundizar dicho término. Es así que afirma que la discriminación debe ser comprendida como toda restricción o distinción que se deba a los motivos tales como el color, el sexo, entre otros y que tenga como objeto anular el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos de la persona<sup>18</sup>.

Pues bien, al hacer una comparación entre lo señalado en la Declaración, el Comité y lo que establece nuestra Constitución, apreciamos similitudes entre ambos textos normativos porque tipifican aquellos motivos prohibidos que son la base para la acreditación de un acto discriminatorio: origen, raza, sexo, idioma, o de cualquiera otra índole. No obstante, no se aprecia de manera expresa a la identidad de género. Ante ello, a nivel internacional, la Convención contra la Tortura ha establecido que la identidad de género conforma otra razón sustancial por la cual no se debe discriminar a una persona<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Corte interamericana de derechos Humanos (CIDH). Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrafo 54; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 83.

<sup>17</sup> Rodríguez Piñero, M. y Fernández López, M. (1986). *Igualdad y discriminación*. Tecnos.

<sup>18</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. (1989). “No discriminación: 10/11/89º. [Observación General 18]. (General Comments)”, p. 2.

<sup>19</sup> Naciones Unidas. (2008). Comité contra la tortura, [Observación General N.º 2: Aplicación del Artículo 2 por los Estados parte], párrs. 15, 21 y 22.

Ahora bien, en nuestro país ha sido necesario reconocer a la identidad de género como un motivo prohibido de discriminación debido a dos aspectos que consideramos sumamente importantes. En primer lugar, se encuentra la falta de reconocimiento de la identidad de género<sup>20</sup> de las personas trans, las cuales son aquellas personas que tienen una identidad de género diferente al sexo que les asignaron al nacer<sup>21</sup>, debido a la estigmatización y patologización que sufre el colectivo LGBTIQ+ en nuestra sociedad, lo cual ha devenido en su perpetua condición de vulnerabilidad. Y, en segundo lugar, porque las observaciones emitidas por los diversos organismos internacionales vinculan al Estado peruano a partir del *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe<sup>22</sup>. En ese sentido, cualquier acto que resulte discriminatorio y que tenga como base el motivo prohibido de la identidad de género trae consigo el limitar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de una persona y resulta contrario con nuestra Constitución.

Es así que, si bien en la Constitución no se establece expresamente como motivo prohibido a la identidad de género, en el artículo 2 inc. 2 se manifiesta la cláusula abierta “de cualquier otra índole”, la cual da paso a que el listado de motivos pueda ser actualizada a partir del surgimiento de una nueva situación de vulnerabilidad<sup>23</sup>. Aunado a ello, el TC ha reconocido a la identidad de género como un nuevo motivo prohibido de discriminación y ha enfatizado la situación de desigualdad que enfrentan las personas trans<sup>24</sup>.

Pues bien, ya hemos visto que la identidad de género ha sido reconocida constitucionalmente como un motivo prohibido. Así también hemos analizado que el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación son conceptos vinculados, pero a la vez gozan de autonomía y, por tanto, es necesaria su diferenciación. Al respecto, tenemos que, si bien ambos persiguen la prohibición de un trato diferenciado arbitrario o injustificado, existe una diferencia sumamente importante de resaltar. Mientras que el derecho a la igualdad implica un trato igual a los iguales y un trato diferenciado para aquellos que se encuentran en una situación diferente<sup>25</sup>, el mandato

---

<sup>20</sup> Su definición, atribuida por la Organización de Estados Americanos, es entendida como aquella vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente y que puede o no corresponder con el sexo asignado al momento en que nació.

<sup>21</sup> Definición establecida por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

<sup>22</sup> Contemplado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo artículo 26 establece: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional. STC del Exp. N.º 05157-2014-AA, Fundamento 19.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional. STC del Exp. N.º 06040-2015-PA/TC, Fundamentos 14 y 35.

<sup>25</sup> BREGAGLIO, R. A. (2015). El principio de no discriminación por motivo de discapacidad. *En Nueve conceptos clave para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (pp. 73 - 98). LIMA.

de no discriminación añade a su contenido que no se debe diferenciar a una persona en base a los motivos prohibidos.

En ese sentido, para que una conducta sea considerada como discriminatoria se debe cumplir con tres aspectos sustanciales: (1) la existencia de un trato diferenciado, (2) que sea fundado en base a un motivo prohibido y (3) cuya finalidad sea anular o reducir el reconocimiento de un derecho<sup>26</sup>.

#### 4.1.3. Sobre la prohibición de la discriminación en el consumo: artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor

En el capítulo V del Código se encuentra el artículo 38 que versa sobre la prohibición de discriminación y sobre el cual se realizará el análisis central del presente bloque. Así, iniciaremos con el desarrollo del contenido del presente artículo y a qué se refiere la discriminación en el consumo. Pues bien, en el artículo señalado se establece lo siguiente:

*“38.1 Los proveedores **no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole**, respecto de los consumidores, se encuentren o no dentro o expuestos a una relación de consumo.*

(...)

38.3 El **trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables**. (Subrayado es nuestro)

Pues bien, al realizar una revisión al presente artículo, observamos que desarrolla la figura del mandato de no discriminación pues señala que los proveedores no pueden cometer algún acto discriminatorio contra los consumidores por los motivos prohibidos señalados en la norma y que, al no ser una lista taxativa, añade otros motivos como el de identidad de género. Asimismo, de manera más específica, da cuenta que está prohibida la exclusión de una persona a menos

---

IDEHPUCP, <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/03/Libro-Discapacidad-PDF-VERSI%C3%93N-COMPLETA-FINAL.pdf>

<sup>26</sup>Defensoría del Pueblo. (2007). *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. [Documento N.º 2]. [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)

que existan motivos de seguridad del establecimiento, tranquilidad de los clientes u otros motivos y establece que el trato diferenciado debe encontrarse sustentado por causas que sean objetivas y razonables.

Sin embargo, esta norma no realiza una precisión acerca de la discriminación en el consumo. Por tanto, es importante traer a colación lo que ya habíamos mencionado con anterioridad. Para que se configura un acto discriminatorio, debe existir un trato desigual que esté motivado por un motivo prohibido y que resultado de ello se afecte o anule el ejercicio de un derecho. Así también, INDECOPI ha establecido que la discriminación es un fenómeno cultural que provoca que se afecten los derechos de ciertas personas por el hecho de formar parte de un grupo al cual culturalmente se le ha juzgado por los prejuicios que la sociedad practica<sup>27</sup>. Ello guarda relación con lo que sufren constantemente las personas trans, puesto que son cuestionadas por su identidad, su conducta, su apariencia, siendo que los prejuicios que la sociedad les impone terminan convirtiéndolos en una población vulnerable y es a estos grupos donde la figura de la discriminación tiene mayor incidencia.

Por su parte, la discriminación también ocurre durante el consumo, es decir, en la relación que se construye entre los consumidores y proveedores en un mercado, siendo que cuando una persona desea acceder a un producto o un servicio obtiene una negativa o rechazo por razones que no están justificadas y, particularmente, por razones que guardan relación con los motivos prohibidos<sup>28</sup>. Asimismo, la discriminación en el consumo se puede efectuar dentro de una relación de consumo o en una etapa preliminar a esta<sup>29</sup>. En ese sentido, la discriminación no solo se encuentra tipificada como una infracción administrativa, sino que también es un delito y, en el caso de la infracción, es Indecopi quien se encarga de iniciar un PAS contra el infractor.

---

<sup>27</sup>INDECOPI. Resolución N.º 517-2001/TDC, Sala de Defensa de la Competencia, (Caso tiendas Ripley).

<sup>28</sup>Amaya, L. R. (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi*. Indecopi, p.24.

<sup>29</sup>Delgado, R. (2020). *Una mirada global a la discriminación en el consumo*. Indecopi.

#### **4.13.1. Sobre el trato diferenciado ilícito y su relación con la discriminación en el consumo**

A manera de continuar con la revisión al contenido del artículo 38 del Código y, como ya hemos advertido, en el primer párrafo de la norma se prohíbe la figura de la discriminación en el consumo. Esta se manifiesta cuando los consumidores sufren un trato diferente debido a que estos pertenecen a un grupo históricamente discriminado, por lo que afectan su dignidad. Así, implica todo aquel trato diferenciado que se sustenta en motivos como la discapacidad, identidad de género u otros<sup>30</sup>.

Sin embargo, este artículo no desarrolla únicamente el elemento de la discriminación, sino que también prohíbe el trato diferenciado ilícito, el cual es entendido en este ámbito como la selección o exclusión a la clientela sin que medien razones objetivas y justificadas. Ello implica entonces un trato diferenciado que no cuenta con motivación justificada y que, por tanto, constituye una actuación arbitraria<sup>31</sup>. Pero, ¿qué se entiende concretamente por trato diferenciado ilícito y cómo es que se diferencia de la discriminación?

Para responder a estos cuestionamientos, es menester resaltar lo que señala Amaya acerca del trato diferenciado ilícito. Así, establece que este trato se encuentra relacionado con la negación y limitación de los consumidores al acceso de bienes y servicios por motivos injustificados, pero no llega a basarse en los motivos de trascendencia social y tampoco transgrede la dignidad de la persona. Así también refiere que el trato diferenciado ilícito niega a un consumidor la opción de disfrutar de un servicio debido a cuestiones subjetivas, tales como alguna enemistad con el cliente o negar el ingreso por motivos no acreditados<sup>32</sup>.

En ese sentido, observamos que tanto la discriminación como el trato diferenciado ilícito constituyen un comportamiento en el que el proveedor niega o limita a los consumidores el acceder a bienes y servicios. Sin embargo, mientras la discriminación constituye este comportamiento basándose en motivos de trascendencia social como la raza, la identidad de género y afecta la dignidad de la persona, en el trato diferenciado ilícito el comportamiento se

---

<sup>30</sup>Delgado, R. (2020). *Una mirada global a la discriminación en el consumo*. Indecopi.

<sup>31</sup>*Ibid*, p. 28.

<sup>32</sup>Amaya, L. R. (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi*. Indecopi, p. 27.

da por cuestiones subjetivas, no hace uso de los motivos de trascendencia social y no llega a afectar la dignidad. Siendo así que el trato diferenciado ilícito se encuentra regulado en los dos últimos párrafos del artículo 38.

#### **4.132. La importancia del motivo prohibido para la acreditación del acto discriminatorio en el consumo**

A fin de desarrollar este acápite, es sumamente sustancial traer a colación lo que señala la Defensoría del Pueblo sobre la diferencia entre el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación<sup>33</sup>. Y es que manifiesta que, mientras que el derecho a la igualdad restringe todo trato arbitrario, el mandato de no discriminación es mucho más específico al implementar en su contenido los motivos prohibidos protegidos por la norma.

Esta prohibición de discriminación la podemos apreciar en el primer párrafo del artículo 38 del Código, en el cual se establecen aquellos motivos de trascendencia social por los cuales se concretiza el acto discriminatorio en la relación de consumo. Así, enuncia una lista no taxativa en la que se encuentra además a la identidad de género como motivo prohibido de discriminación. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado en la sentencia del Expediente N.º 06040-2015-PA/TC que la identidad de género conforma un nuevo supuesto de prohibición de discriminación. Así también el INDECOPI ha desarrollado diversa jurisprudencia al respecto en la cual reconoce a la identidad de género como un motivo prohibido de discriminación y específicamente por ser una persona trans<sup>34</sup>.

A todo esto, ¿por qué es importante resaltar al motivo prohibido como elemento sustancial de la discriminación en el consumo? Porque, a través de la prohibición de discriminación, los motivos prohibidos se encargan de exponer aquellas desigualdades estructurales que se relacionan en su mayoría con grupos que han sido históricamente vulnerados y discriminados por su conducta, apariencia y por los prejuicios sociales de nuestra sociedad. Es así que la exposición de estas prácticas discriminatorias basadas en los aspectos raciales de una persona o cómo expresa su identidad de género son de suma importancia porque permiten sancionarlas

---

<sup>33</sup>Defensoría del Pueblo. (2007). *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. [Documento N.º 2].

<sup>34</sup>Véase por ejemplo las resoluciones nros. 1197-2014/SCP-INDECOPI y 1539-2018/SPC-INDECOPI.

y combatir las a fin de que estos grupos vulnerados puedan integrarse en nuestra sociedad de manera justa y equitativa.

#### **4.1.4. Análisis del primer problema jurídico**

**A)** Para dar inicio a este análisis, es menester determinar, en primer lugar, si la señorita Torres califica como consumidora. Para ello y, como ya hemos indicado, la relación de consumo da cuenta de una transacción celebrada entre aquel que requiere de los bienes y servicios (consumidor) y aquel que los ofrece (proveedor). Es así que resulta claro que el proveedor en el presente caso es la Discoteca Chira's E.I.R.L. pues es la que está ofreciendo el bien o el servicio. Sin embargo, en el caso de la parte denunciante, resulta confusa su calificación como consumidora porque no llegó a ingresar al establecimiento.

Al respecto, en el artículo III inc. 1 del Título Preliminar del Código se señala que el ámbito de aplicación de esta normativa busca proteger al consumidor cuando está, directa o indirectamente, expuesto a una relación de consumo o en una fase preliminar a esta. Aunado a ello, en el criterio utilizado por la Sala en la resolución N.º 0342-2014/SPC-INDECOPI se establece que la parte, a pesar de no haber concretado alguna transacción de compra, se encuentra expuesta a las prácticas del proveedor, por lo que ello ya la califica como consumidora. Es así que observamos que el Código abarca no solo el estadio en el cual ya se concretó una transacción comercial, sino también el momento previo en el cual la señorita Torres se ha visto expuesta a la actividad comercial que realiza la Discoteca Chira's, por lo que esta califica efectivamente como consumidora.

**B)** Ahora bien, a partir del principio de la carga prueba, se tiene que es responsable de probar los hechos quien los alega, en este caso<sup>35</sup>, a la parte denunciante. De manera complementaria, el artículo 39 del Código se establece que el consumidor afectado deberá, en primer lugar, acreditar de manera indiciaria siquiera que existe un trato desigual, con lo cual se invierte la carga de la prueba de tal manera que es el proveedor quien debe demostrar que dicho trato desigual se debió a una causa objetiva y razonable. Y, en caso el proveedor demuestre la existencia de una causa razonable y justificada, será el consumidor quien deba probar que en

---

<sup>35</sup> CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Carga de la prueba. – “Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”

realidad es un pretexto para poder discriminar. De esta manera, se observa la importancia de acreditar a través de medios probatorios las alegaciones realizadas por ambas partes.

Si trasladamos ello al caso en concreto, podemos apreciar que ha sido la parte denunciante quien alega que la Discoteca ha cometido un acto discriminatorio en su contra en tanto que le ha impedido ingresar a su establecimiento y no ha presentado algún motivo justificado que fundamente dicho trato desigual. Para probar aquella afirmación señalada, la señorita Torres presentó una videograbación en la cual se escucha claramente que el personal de seguridad le niega el ingreso debido a que se “reservan el derecho de admisión”; la parte denunciante pregunta en reiteradas ocasiones qué derecho se están reservando y cuál es la orden que les ha emitido su superior; sin embargo, el personal de seguridad persiste y argumenta que ellos están cumpliendo con su trabajo. Además, la señorita Torres presentó como segundo medio probatorio una boleta de consumo de un allegado que no es una persona transgénero y que pudo acceder y consumir en la Discoteca el mismo día de los hechos.

Posterior a ello y al invertirse la carga probatoria, es ahora la Discoteca quien tiene que acreditar que dicho trato se debió a una causa justificada y razonable. Al respecto, la Discoteca se defendió argumentado que se le impidió el ingreso a la parte denunciante porque se encontraba en estado de ebriedad e iba a producir disturbios en el local e incomodar a las personas que se encontraban en ella. Así también, indicó que la parte denunciante ya había acudido en una anterior oportunidad al local y había producido disturbios en este. A todo ello, la Discoteca no acreditó que la parte denunciante acudió el día de los hechos en estado de ebriedad o que haya ocasionado en una anterior oportunidad algún disturbio al establecimiento pues indicó que, si bien contaban con dos cámaras de seguridad, estas tienen una capacidad limitada de almacenamiento de siete días, por lo que era no posible tener a la mano los vídeos del hecho materia de denuncia.

Cabe precisar que quien se encontraba en mejor posición para entregar las grabaciones de seguridad era la Discoteca, con lo cual pudo haber justificado de manera objetiva el trato desigual pero no lo hizo. Esta conducta por parte de la Discoteca da unas primeras luces de una actuación discriminatoria ya que no contaban ciertamente con una justificación concreta y razonable que sustente el por qué le impidieron el ingreso a la parte denunciante pues, como ya hemos señalado, otra persona que no tenía la condición de transgénero sí pudo acceder sin problema al establecimiento y le otorgó su boleta de consumo a la parte denunciante para que

lo presentara como medio probatorio. Ello guarda relación con lo que establece la Sala en la resolución N.º 1365-2021/CC2, en la cual expresa lo siguiente:

51. “(...), **el hecho que el proveedor denunciado no entregue los videos de vigilancia del 4 de abril de 2020 permite corroborar que el trato discriminatorio efectivamente sucedió**, puesto que con la entrega de dicho medio de prueba el proveedor pudo haberse eximido de responsabilidad; sin embargo, no lo hizo”.  
(Subrayado es nuestro)

En esa misma línea de cuestionamiento, cabe preguntarnos a qué se refiere con el término “reserva del derecho de admisión” y por qué el personal de seguridad de la Discoteca Chira’s persistía en señalar dicha expresión. Pues bien, el término “reserva de derecho de admisión” una práctica que se ampara en los estigmas y los prejuicios que se han popularizado dentro de los procesos de consumo y supone que el dueño de un lugar puede negar el acceso a sus instalaciones a determinados consumidores por las políticas internas del sitio<sup>36</sup>. Aunado a ello, el Indecopi ya se ha pronunciado al respecto y ha indicado que este término guarda relación con actos discriminatorios en el consumo<sup>37</sup>. Así, al advertir que Indecopi ya ha establecido que dicho término está relacionado con una práctica discriminatoria, tenemos mayores luces aún de que la conducta realizada por la Discoteca corresponde a un acto discriminatorio.

C) A modo de continuar con el análisis, es menester traer a colación los conceptos previamente desarrollados. En ese sentido, y a partir de lo señalado por el Comité de Derechos Humanos, la discriminación implica toda distinción que se base los motivos de trascendencia social y que tenga como resultado anular el ejercicio de los derechos de una persona. Así también, la Defensoría del Pueblo ha determinado que para que una conducta pueda ser calificada como discriminatoria debe cumplir con tres aspectos sustanciales: (1) un trato desigual o diferenciado, (2) basado en un motivo prohibido por la normativa, tales como origen, raza, sexo, o de cualquier otra índole y (3) dé como resultado la anulación del ejercicio de un derecho.

<sup>36</sup> Hurtado, G. (2015). La reserva al derecho de admisión, una práctica discriminatoria en México. *Hechos y Derechos*, (27). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7261/9197>

<sup>37</sup> Indecopi. (2019, 5 de junio). “¡YA LO SABES!”: EL INDECOPI RECUERDA QUE NINGÚN CONSUMIDOR PUEDE SER DISCRIMINADO EN UN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL O AL ADQUIRIR UN PRODUCTO O SERVICIO. <https://www.indecopi.gob.pe/-/ya-lo-sabes-el-indecopi-recuerda-que-ningun-consumidor-puede-ser-discriminado-en-un-establecimiento-comercial-o-al-adquirir-un-producto-o-servicio>

En el presente caso, la Discoteca ha efectuado un trato desigual en contra de la parte denunciante al no haberle permitido ingresar a su establecimiento cuando a otras personas que no tienen la condición de persona transgénero sí se les permitía el ingreso. Asimismo, esta conducta se ha basado en el motivo prohibido de identidad de género porque el impedimento de ingreso se ha debido a su condición de transgénero y no se ha efectuado alguna justificación que sea razonable, por lo que con esta conducta se ha afectado el derecho estipulado en el artículo 1.1 inciso d) del Código, el cual hace referencia a un trato equitativo en toda relación de consumo y a no ser discriminado por motivos de identidad de género.

Pero la afectación producida no se detiene allí puesto que, como ya hemos señalado, la práctica discriminatoria afecta además la dignidad y el ejercicio y goce de otros derechos, por lo que consideramos que también se ha afectado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En esa misma línea, en la presente resolución, la Sala ha establecido en su fundamento 21 que el origen del acto discriminatorio puede provenir de diversos prejuicios pero que esta práctica debe ser desterrada porque produce un efecto muy perjudicial a la víctima al afectar su dignidad.

Asimismo, hemos visto que el derecho a la igualdad implica un trato igual a los iguales y un trato diferenciado para aquellos que se encuentran en una situación diferente, siendo que su vulneración se establecerá a partir de la razonabilidad de la medida, es decir, si hay algún motivo que justifique el trato diferenciado. Sin embargo, hemos apreciado que en la videograbación el personal de seguridad se limita a indicar la reserva del derecho de admisión y a la parte denunciante se la escucha lúcida y sobria, siendo que los supuestos hechos de que la parte denunciante habría estado en estado de ebriedad o que haya ocasionado disturbios previos no han sido acreditados por la Discoteca. En ese sentido, observamos que no existe siquiera justificación que sustente la medida de impedirle el ingreso a la señorita Torres. Aunado a ello, y al haber determinado que la conducta de la Discoteca es una práctica discriminatoria, determinamos que se ha visto afectado el derecho a la igualdad. Eso guarda relación con lo establecido por la Sala en su fundamento 43<sup>38</sup>.

Por último, no consideramos que la conducta de la Discoteca se trate de un trato diferenciado ilícito, entendido como aquel trato desigual que tiene como base motivos subjetivos y que no

---

<sup>38</sup> Fundamento 43 de la presente Resolución.

llegan a afectar la dignidad de la persona, puesto que en este caso no es que el personal de seguridad haya tenido alguna enemistad o problema con la parte denunciante o que se le haya impuesto restricciones exageradas para su ingreso al establecimiento, sino que la conducta efectuada por la Discoteca se basó en un motivo que va más allá del subjetivo pues se trata de un motivo prohibido que guarda relación con la pertenencia de la parte denunciante a un grupo que ha sido históricamente discriminado y que es el colectivo transgénero.

No debemos olvidar además que la discriminación constituye una problemática social fuerte y un desafío actualmente porque vulneran la dignidad de la persona y obstruyen la integración social, siendo que aquellos individuos que forman parte de grupos históricamente discriminados se ven afectados por los prejuicios de la sociedad. Por lo que los motivos prohibidos enlistados en la normativa internacional, Constitución y en el Código se encargan de exponer las prácticas discriminatorias en contra de las personas por su identidad de género.

Por estas razones, consideramos que la Sala ha cumplido con realizar una argumentación imparcial y objetiva basándose en lo establecido en la normativa internacional y nacional y los conceptos que hemos estudiado líneas arriba.

**4.14.1. ¿De qué manera hubiera variado la respuesta de la Sala con el cambio de criterio en la resolución N.º 2025-2019/SPC-INDECOPI?**

Si bien hemos dado cuenta de la diferencia entre la discriminación y el trato diferenciado ilícito, esta postura ha variado. En ese sentido, la Sala, a partir de la Resolución N.º 2025-2019/SPC-INDECOPI, estableció un cambio de criterio respecto del artículo 38 del Código y determinó que, de ahora en adelante, la prohibición de discriminación en el consumo debe ser comprendida como un solo tipo infractor, por lo que cualquier trato diferenciado que no se encuentre justificado razonable y objetivamente bastará para que sea considerado como un trato discriminatorio. Es así que la Sala en su fundamento 26 de la citada resolución refiere:

*“(…) este Colegiado ha considerado pertinente reevaluar el criterio empleado; y, consecuentemente, **sostener que el tipo. infractor contenido en el citado artículo 38° debe ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado**”*(Subrayado es nuestro)

Nuestra postura no comparte lo señalado por la Sala en la resolución previamente citada por los siguientes motivos. Si bien en ambas figuras, el trato diferenciado ilícito y el acto discriminatorio, no existe una causa objetiva para restringir el acceso de los consumidores a bienes y servicios, la variación recae en los motivos en que se sustenta cada concepto. Así, mientras el trato diferenciado ilícito se sustenta en motivos subjetivos (cualidades de la persona) que pueden estar relacionados con alguna enemistad con el cliente, la discriminación emplea motivos de trascendencia social, tales como la raza, el sexo que llegan a afectar la dignidad de la persona.

Pues bien, la siguiente cuestión a desarrollar es de qué manera se habría apreciado la modificación en la decisión de la autoridad administrativa para el presente caso. Cabe precisar que el cambio de criterio de la Sala se efectuó de manera posterior a la emisión de la resolución que aquí analizamos; sin embargo, consideramos sustancial precisar de qué manera hubiera afectado dicho cambio de criterio al presente caso puesto que será este criterio el que sea aplicado de ahora en adelante por la Sala. En ese sentido, debemos precisar que, si bien anteriormente se tenía una división clara entre el trato diferenciado ilícito y un acto discriminatorio; con el cambio de criterio, cualquier trato diferenciado que no se sustente de manera objetiva y razonable configurará un acto discriminatorio sin que medie la verificación de un motivo prohibido. Por tanto, la clara división y diferenciación previa se diluye para dar paso a un solo tipo infractor que encierra a ambas conductas separadas y que afecta el derecho a la igualdad.

De esta manera, la fundamentación establecida por la Sala sobre la configuración del acto discriminatorio se hubiera limitado a descubrir si la parte denunciada, en este caso la Discoteca, no hubiera justificado de manera razonable el trato desigual y no hubiera tenido la exigencia de dar cuenta o de hacer visible dentro de su análisis cuál es aquel motivo prohibido por el que la parte denunciante hubiere sufrido la discriminación. Esta aplicación no guarda relación con la implicancia que contiene el motivo prohibido que, como ya hemos mencionado previamente, guarda un contexto social y humanista en el que se subestima y se cuestiona las características de ciertos grupos humanos ya sea por su raza, religión, afinidades políticas, identidad de género, orientación sexual, entre otros para convertirlos en personas inferiores y estigmatizadas. Por ello, no compartimos el cambio de criterio establecido por la Sala.

En ese sentido, consideramos trascendental que la Sala reconozca dentro de su fundamentación el motivo prohibido por el cual la parte denunciante ha sido discriminada y se diferencia esta figura del trato diferenciado ilícito. Siendo así que la Sala ha desarrollado con ahínco, a partir de la normativa y jurisprudencia internacional, la identidad de género como aquel motivo prohibido que debe ser protegido y reconocido dentro de nuestra normativa. Ello brinda mayores alcances de la importancia de hacer visibilizar las conductas discriminatorias en perjuicio de grupos que se encuentra en un constante estado de vulnerabilidad.

#### **4.2. ¿La Sala realizó una lectura incompleta y arbitraria del principal medio probatorio que motivó la resolución del presente caso?**

En este apartado, determinaremos si el análisis de la Sala sobre el principal medio probatorio y demás medios de prueba para dar resolución al presente caso ha sido incompleta o arbitraria. Para ello, desarrollaremos las implicancias que contiene el concepto de prueba, medios de prueba y fuentes de prueba. Asimismo, analizaremos la dificultad probatoria en casos de discriminación en el consumo y cómo el artículo 39 ha configurado en su contenido la actuación probatoria para este tipo de casos.

##### **4.2.1. La dificultad probatoria en los casos de discriminación en el consumo**

En palabras de Taruffo, la prueba es una herramienta que usan las partes desde hace mucho tiempo atrás para acreditar que sus alegaciones son veraces y, además, es de utilidad al juez para que decida respecto de la falsedad o veracidad de los enunciados fácticos<sup>39</sup>. Asimismo, la prueba contiene dos concepciones<sup>40</sup>:

- a. Como instrumento de conocimiento: La prueba ofrece información respecto del contenido de un enunciado, con lo cual se puede considerar su verdad o falsedad. Por ejemplo, un documento en el que se encuentra representada una declaración y que, por tanto, informa sobre el hecho declarado.

---

<sup>39</sup> Taruffo, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Metropolitana.

<sup>40</sup> *Ibid*, pp. 61-62.

- b. Como instrumento de persuasión: En este caso, la prueba no sirve para demostrar la falsedad o veracidad, sino que tiene como finalidad persuadir al juez.

Es así que observamos que la prueba viene a ser un mecanismo que utilizan las partes para demostrar que los enunciados fácticos que expresan son verdaderos o no. Pero, con la doble concepción que tiene la prueba observamos que no solo se agota en ofrecer información sobre una declaración o enunciado a fin de determinar si es verdadero o falso, sino que esta también actúa como una herramienta de persuasión al juez. Esto último tomando en cuenta que en un proceso penal o administrativo no se van a conocer todos los hechos de manera certera, sino que se va a encasillar en la narración que brinde cada parte, por lo que la prueba ingresa en este espacio para brindar un soporte de veracidad al enunciado fáctico.

En el artículo 188 de nuestro Código Procesal Civil se establece que los medios de prueba tienen como fin acreditar los hechos afirmados por las partes, otorgar certeza al juez para que pueda fundamentar sus decisiones. A su vez, en el artículo 191 se establece que la idoneidad de los medios de prueba debe guardar relación con la finalidad prevista en el artículo previamente mencionado. Así también, en el artículo 192 se desarrolla un listado de los medios probatorios típicos, los cuales vienen a ser la declaración de parte, declaración de testigos, documentos, pericia e inspección judicial.

La declaración de parte conforma la declaración rendida por una parte sobre aquellos hechos que tienen una relevancia jurídica para el caso y dan cuenta de aquellos actos que desprenden consecuencias jurídicas; sin embargo, estas aseveraciones por sí solas resultan insuficientes para acreditar o desacreditar el hecho discriminatorio, por lo que esta debe considerarse en conjunto con la presencia de otros medios probatorios que sustenten dichas declaraciones. En el caso de las declaraciones de los testigos, resulta sumamente sustancial su aporte porque estas personas brindan mayor respaldo a lo declarado por alguna de las partes; empero, habrá que tomar en cuenta qué tipo de vínculo tiene el testigo con la parte puesto que, si guardan alguna cercanía, su declaración resultaría parcializada, siendo así necesario que esta sea reforzada con otros medios probatorios.

En el caso de los documentos, en el artículo 233 del Código Procesal Civil se establece que viene a ser todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho. Aunado a ello, en los casos

de discriminación, es menester resaltar que, a partir de los avances tecnológicos, estos se podrían acreditar a partir de un medio probatorio electrónico<sup>41</sup> que contenga algún vídeo en el que se pueda apreciar la configuración del acto discriminatorio y, por ende, la afectación. Con relación a la pericia, esta no resulta aplicable a los casos de discriminación pues se requiere un conocimiento de carácter más científico (Art. 262 CPC). Y, en el caso de la inspección judicial, este pareciera no resultar del todo aplicable porque se requiere que el juez presencie de manera personal los hechos controvertidos (Art. 272 CPC), siendo sumamente difícil que el Juez se encuentre en el momento justo de la comisión del acto discriminatorio, aunque dicha actuación podría ser de gran utilidad si se ejecuta de manera oportuna e inmediata posterior a la infracción.

Si trasladamos dicha información al caso que aquí nos reúne, observamos que la parte denunciante presentó como medios probatorios la videograbación que realizó a los agentes de seguridad que estaban afuera de la Discoteca; así también presentó una boleta de venta que le entregó un allegado suyo no transgénero en la cual se apreciaba el RUC de dicha Discoteca y se encuentra además la declaración de los testigos, amigos de la parte denunciante, quienes presenciaron los hechos controvertidos. Al respecto y según lo señalado sobre los documentos, advertimos que tanto la boleta como la videograbación vendrían a ser medios probatorios de documento, con los cuales se busca acreditar el lugar en el que ocurrieron los hechos y el acto de discriminación.

Por su parte, la Discoteca no llegó a presentar la grabación de las cámaras de vigilancia del día en que ocurrieron los hechos controvertidos y únicamente presentó como medio de prueba a fin de deslindarse de la imputación la declaración de sus propios trabajadores, quienes afirmaron que la denunciante habría ingresado al local en anteriores oportunidades y habría ocasionado disturbios a otros clientes. Sin embargo, y como ya hemos señalado, las declaraciones de testigos no pueden considerarse a sí mismas como medios de prueba suficientes e imparciales más aún cuando ambos testigos tenían una relación muy cercana con la Discoteca pues uno era el arrendador del lugar y otro era trabajador del establecimiento.

---

<sup>41</sup> Ortoño Artés, C. (2001). *El avance tecnológico y los nuevos medios de prueba en la Ley del Enjuiciamiento Civil*. En Cremades, J., M. Fernández y R. Illescas (Eds.), *Régimen jurídico de Internet* (pp.489-512). *La Ley*.

Pues bien, al haber identificado cuáles son los medios probatorios presentados por las partes, debemos conocer de qué manera la parte denunciante prueba la conducta discriminatoria a través de los medios de prueba. Para dar respuesta a dicha interrogante, La Defensoría del Pueblo ha señalado que en los casos de discriminación es sumamente difícil acreditar de manera directa el acto discriminatorio pues este no responde a una actuación fácilmente visible de determinar como lo es un robo o algún producto con falla, sino que se encuentra naturalizado y hasta encubierto<sup>42</sup>. En ese sentido, apreciamos que este tipo de actos se muestran aparentemente como legítimos cuando realmente están ocultando un motivo prohibido de discriminación.

Esta dificultad probatoria ha sido respaldada además por el propio Indecopi, el cual emitió un pronunciamiento al respecto en el caso Gótica que data del año 2014, en el cual le impidieron el ingreso de manera injustificada a una persona por su identidad de género ya que era transgénero<sup>43</sup>: “(...) los proveedores suelen tener más y mejor posibilidad de generar medios probatorios que el consumidor, originándose algunas veces dificultad en la atribución de responsabilidades por los hechos denunciados, debido a la falta de pruebas directas”. (Subrayado es nuestro)

Es así que, debido a las dificultades probatorias en los casos de discriminación, la Defensoría considera que el Estado debe desarrollar una investigación seria e imparcial. Siendo además sustancial que los jueces y las autoridades administrativas valoren los medios probatorios presentados por ambas partes de manera exhaustiva y con la debida diligencia.

#### **4.2.2. El artículo 39° del Código de Protección y Defensa del Consumidor y el indicio como elemento probatorio sustancial de la discriminación en el consumo**

En lo que respecta a Indecopi y su actuación frente a los casos de discriminación en el consumo y la actuación probatoria, debemos remitirnos a lo establecido en el Código. Así, en el artículo 39 se establece lo siguiente:

---

<sup>42</sup> Ministerio de Cultura

<<https://alertacontraelracismo.pe/>>

<sup>43</sup> Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril del 2014.

“Artículo 39.- Carga de la prueba

**La carga de la prueba** sobre la existencia de un trato desigual **corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este** (...). **Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada.** Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. **Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios**”. (Subrayado es nuestro)

Al realizar una lectura del presente artículo, observamos tres aspectos sustanciales. El primero implica que la persona que denuncia haber sufrido de discriminación o el mismo Indecopi tiene la carga de probar que se ha efectuado un trato diferenciado por parte del proveedor hacia ella. Por ejemplo, a una persona en particular le niegan la entrada a un establecimiento a diferencia del resto que ingresó con normalidad.

El segundo aspecto hace referencia a que, si se llega a acreditar el trato diferenciado, la carga probatoria debe invertirse y le corresponde al proveedor acreditar que este trato diferente contiene una causa justificada. Así, siguiendo con el ejemplo anterior, podemos afirmar que, si la persona que ingresó a la Discoteca tenía algún objeto dañino como un arma cortopunzante, el proveedor podría acreditar que dicho suceso es la causa del trato diferenciado. Como consecuencia de ello, se encontraría justificado el trato diferenciado y la denuncia debería ser declarada infundada a menos que la parte denunciante pruebe que el proveedor está mintiendo a fin de cubrir la práctica discriminatoria. Ahora bien, si el proveedor no llega a probar la existencia de la causa objetiva y razonable, la denuncia vendría a ser declarada fundada.

Un tercer aspecto que se puede desprender del artículo 39 es que la parte denunciante puede hacer uso de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios para acreditar que el proveedor está haciendo uso de un pretexto o una simulación a fin de encubrir una práctica discriminatoria. Precisamente de esta última parte se deriva el planteamiento central del presente bloque porque desde la propia normativa podemos desprender al indicio y otros sucedáneos como elementos probatorios de la discriminación en el consumo. En lo que respecta a los sucedáneos, estos vienen a ser mecanismos auxiliares que buscan lograr la finalidad de

los medios probatorios pues actúan cuando los hechos señalados por las partes no pueden acreditarse mediante un medio probatorio directo<sup>44</sup>.

En cuanto a lo señalado anteriormente por los sucedáneos, advertimos que su concepto doctrinal guarda relación con lo establecido en el artículo 275 del Código Procesal Civil peruano en tanto que identifica a los sucedáneos como auxilios asumidos por el juez para lograr el fin que tienen los medios probatorios al corroborar, complementar y sustituir el valor de estos. Con ello podemos afirmar que los sucedáneos actúan como una ayuda o soporte a aquellas pruebas que no sean suficientes por sí mismas y se necesite utilizar herramientas que la propia Ley otorga para generar convicción en el juez sobre los hechos declarados por las partes.

Así también el Código Procesal Civil establece tres tipos de sucedáneos de la prueba, dentro de los cuales se encuentran los indicios. Estos son conceptualizados, según el artículo 276, como todo acto suficientemente acreditado a través de los medios probatorios y que adquieren significado al ser analizados en conjunto por el Juez para que este tenga convicción de los hechos al momento de resolver. En un plano doctrinal, el indicio viene a ser cualquier hecho o circunstancia conocida de los cuales el Juez extrae a partir de un proceso de inducción la existencia de otro hecho desconocido, siendo necesario que realice un análisis en conjunto basado en las normas generales de la experiencia o en los principios técnicos especiales<sup>45</sup>.

El Indecopi ya se ha pronunciado en diversas resoluciones haciendo hincapié en la importancia de los indicios en los casos de discriminación en el consumo. Un ejemplo de ello es el caso del Hotel Mundo, en el cual el proveedor les impidió el ingreso a dos personas del mismo sexo a una habitación pese a que les había confirmado el precio de la misma. Al respecto, la Comisión de Protección al Consumidor manifestó<sup>46</sup> que el vídeo presentado por la parte denunciante contenía indicios suficientes que acreditaban el trato desigual porque el proveedor no llegó a demostrar alguna causa razonable o justificada por la cual le impidió el ingreso a la parte denunciante y a la persona del mismo sexo que le acompañaba a su establecimiento.

---

<sup>44</sup> Ledesma, M. (2011). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica.

<sup>45</sup> Hesse, G. (2005). Acercamiento a la prueba judicial indiciaria. En R. De Pina (Ed.), *Derecho Procesal III, Congreso Internacional* (p. 195).

<sup>46</sup> Resolución N.º 325-2019/CC2-INDECOPI.

En ese sentido, advertimos que resulta esencial el uso de indicios en los casos de discriminación, tomando en cuenta que el probar de manera directa la discriminación no es una tarea sencilla y requiere de un análisis lógico e inferencial de parte del juez o la autoridad administrativa para tomar conocimiento de los hechos concretos que determinan el acto discriminatorio. Cabe precisar además que la lectura de los medios probatorios debe adecuarse a lo que se establece en el artículo 197 del Código Procesal Civil, en tanto que se establece que todos los alcances probatorios presentados deben ser analizados de manera conjunta y valorarse de forma razonada.

En esa misma línea, uno de los aspectos fundamentales del debido procedimiento guarda relación con que el particular puede ofrecer, producir y actuar pruebas para así poder sustentar por qué se le debe otorgar la razón en base a lo que pide. Por tanto, es menester que la actuación de las autoridades administrativas se condiga con el principio de verdad material como principio central en la justificación de la cuestión fáctica porque será de utilidad a la autoridad para que tenga una mejor comprensión sobre los hechos del caso y evalúe las medidas a imponer<sup>47</sup>.

De esta manera, el principio de verdad material tiene como finalidad garantizar que las autoridades administrativas cumplan de manera eficaz sus funciones de protección del interés público como de los derechos que les pertenecen a las partes. Para ello, las autoridades deberán considerar todas las medidas probatorias que sean necesarias y permitidas por ley para saber qué ocurrió en el caso concreto. Es así que, según el artículo 166 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la propia autoridad puede hacer uso de todos aquellos medios de prueba que sean necesarios para acreditar los hechos invocados o que conduzcan a la resolución del conflicto.

---

<sup>47</sup>Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2016). *Guía práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos*.  
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526156/Gu%C3%ADa%20pr%C3%A1ctica%20actividad%20probatoria%20procedimientos%20administrativos.pdf>

### 4.2.3. Análisis del segundo problema jurídico

En cuanto al caso que aquí nos reúne, debemos partir por recordar cuáles son los medios de prueba presentados por ambas partes. En ese sentido, la parte denunciante aseveró haber sufrido de discriminación por el proveedor de la Discoteca y, a modo de acreditar dicha afirmación, presentó como medios de prueba: la videograbación de los hechos suscitados y aseverados por esta, la boleta de pago del establecimiento que le entregó un allegado no transgénero y las declaraciones de sus testigos que fueron las personas que le acompañaron en dicha ocasión.

Por su parte, la Discoteca alegó que la parte denunciante habría estado en estado de ebriedad y habría causado disturbios con anterioridad, siendo estos los motivos por los que se le impidió el ingreso. De manera paradójica, la Discoteca únicamente presentó como medio probatorio las declaraciones efectuadas por Lucas Aranibar, arrendatario del establecimiento de la Discoteca, y por Mayra Fabiola Maldonado, cajera del establecimiento, los cuales afirmaron que la parte denunciante se encontraba en estado de ebriedad y habría producido disturbios previos. Pero, como ya hemos visto, este medio de prueba resulta parcializado porque los testigos tienen un vínculo muy cercano con la parte como en este caso, por lo que no resulta suficiente para generar convicción en la autoridad y se requiere de otros medios probatorios que brinden soporte a dichas declaraciones<sup>48</sup>. Aunado a ello, a pesar de encontrarse la Discoteca en mejor posición de presentar los vídeos de las cámaras de seguridad, no lo hizo pues indicó que dichas cámaras tenían una capacidad limitada de almacenamiento de 7 días; por tanto, no contaban con la grabación del día de los hechos.

Ahora bien, pareciera a primera vista que el caso estaría parcialmente resuelto porque la parte denunciante sí ha presentado diversos medios probatorios y la Discoteca no. Sin embargo, a merced del respeto a los principios de verdad material y debido procedimiento que deben perseguir las autoridades judiciales y administrativas, es menester continuar con el análisis al contenido de los medios probatorios hasta que se conozca en gran medida los hechos suscitados y se genere una convicción objetiva de lo argumentado por las partes. Pues bien, es precisamente en este espacio que surge el cuestionamiento realizado por la parte denunciada y al que queremos dar respuesta: ¿ha sido arbitraria e incompleta la lectura que ha realizado la Sala a los medios probatorios presentados por la parte denunciante?

---

<sup>48</sup> Fundamento 42 de la presente Resolución.

Seguramente se preguntarán cómo es que la Discoteca llega a realizar este cuestionamiento y es que ellos afirman que en la videograbación no se puede apreciar directamente un acto discriminatorio porque la propia parte denunciante manifestó que en lugar ya habrían ingresado otras personas con su misma condición de transgénero y que el dueño no era homofóbico, siendo que de estas afirmaciones la Discoteca se respaldó para decir que en su local no discriminan a las personas por su orientación sexual, el dueño no es homofóbico y que habían otras personas de la misma condición que la denunciante que sí habrían ingresado.

Sin embargo, es menester traer a colación que tanto los jueces como la autoridad administrativa se encuentran en la obligación de descubrir la verdad que en su mayoría no llega a ser una verdad completa sino una de carácter relativa que genera una convicción objetiva a las autoridades sobre los hechos suscitados, siendo así sustancial que la valorización de los medios probatorios se efectúe de manera conjunta y a través de una apreciación razonada, proporcional y racional<sup>49</sup>. De esta manera, la Sala no puede realizar una lectura limitada como así lo está proponiendo la parte denunciada de solo tomar en cuenta ciertas afirmaciones expresadas por la parte denunciante, sino que tiene el deber de realizar un análisis en conjunto todo lo que se expresa en dicha videograbación y dar cuenta así de los hechos controvertidos.

Asimismo, debemos recordar lo desarrollado en el bloque anterior sobre la dificultad probatoria en los casos de discriminación en el consumo que el propio Indecopi ha señalado y reconocido<sup>50</sup> puesto que este tipo de conductas se han naturalizado y reproducen de manera espontánea en nuestra sociedad. Por tanto, resulta complicado demostrar de manera directa el acto discriminatorio, es decir, muy difícilmente en el vídeo podremos apreciar que el proveedor le diga de manera directa a la parte denunciante que está impedida de ingresar por ser una persona transgénero. Así, resulta de mucha utilidad el uso de los indicios y otros sucedáneos que se encuentran explicitados en nuestra normativa<sup>51</sup>.

De esta manera, a partir del contenido de la videograbación, se puede advertir lo siguiente: (i) la parte denunciante no mostraba signos de encontrarse en estado de ebriedad, por el contrario, sus expresiones y cuestionamientos al personal de seguridad denotaban su estado de lucidez y

---

<sup>49</sup> Obando, V. (2013, 19 de febrero). Basada en la lógica, la sana crítica, la experiencia y el proceso civil. La valoración de la prueba. *El Peruano*.

<sup>50</sup> Ver páginas 33 y 34.

<sup>51</sup> Ver página 37.

sobriedad<sup>52</sup>; (ii) en reiteradas ocasiones, la parte denunciante reclamó que no podía ingresar debido a que era una persona trans, siendo que esta afirmación no cuestionada por los de seguridad; (iii) el personal de seguridad se limitaba a repetir constantemente que se “*reservaban el derecho de admisión*”, término que, como ya ha señalado Indecopi, contiene una carga discriminatoria y se sustenta en los prejuicios de la sociedad<sup>53</sup>. Cabe precisar además que el que la Discoteca, encontrándose en mejor situación de presentar las cámaras de vigilancia, no lo haya hecho, resulta bastante cuestionable pues pudo haber utilizado dicho medio para sustentar una justificación; siendo que ello refuerza la comisión del acto discriminatorio<sup>54</sup>. Así también resulta cuestionable el que no haya presentado medio probatorio alguno que acredite el supuesto estado de ebriedad de la parte denunciante y los supuestos disturbios cometidos por esta con anterioridad aun cuando tenía mayores facilidades al tener en su posesión las cámaras de seguridad<sup>55</sup>. Todos estos aspectos han sido considerados y desarrollados por la Sala en la sentencia.

Es por estas razones que consideramos que la Sala ha realizado una lectura integral y completa de todos los medios probatorios presentados por las partes y así también ha realizado un análisis completo y no arbitrario de lo expuesto en la videograbación, siendo que ha identificado concretamente cuáles son aquellos hechos alegados por la parte denunciante, tales como la negación por parte de los agentes de brindarle a la parte denunciante un motivo justificado por el cual no la dejaban ingresar y que únicamente indicaran que estaban cumpliendo órdenes<sup>56</sup>; así también evidenciaron que la Discoteca, al alegar el supuesto estado de ebriedad y los disturbios previos de la parte denunciante, buscaba encubrir el acto discriminatorio pues no presentaron medio probatorio que acreditara dicha información.

## **5. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

- 1.** La discriminación en el consumo nos plantea dos figuras importantes y diferentes a resaltar que la configuran. Por un lado, tenemos al trato diferenciado ilícito, el cual implica un trato injustificado y no razonable por parte del proveedor hacia el consumidor que parte de motivos subjetivos como, por ejemplo, una relación de

---

<sup>52</sup> Fundamento 43 de la presente Resolución.

<sup>53</sup> Ver páginas 26 y 27.

<sup>54</sup> Fundamento 51 de la resolución N.º 1365-2021/CC2.

<sup>55</sup> Fundamentos 25 y 41 de la presente Resolución.

<sup>56</sup> *Ibid*, Fundamento 45, p. 18.

enemistad y que no afectan su dignidad. Por otro lado, se encuentra el acto discriminatorio, con el cual no solo no hay justificación razonable o injustificada, sino que se menoscaba un motivo de trascendencia social, los cuales son también llamados motivos prohibidos y se encuentran reconocidos en la Constitución, por lo que deben ser respetados por los demás cuerpos legales como el Código de Protección al Consumidor.

2. Dentro de estos motivos prohibidos se encuentra el de la identidad de género, la cual ha sido acogida en nuestra normativa a través de los tratados y jurisprudencia internacional. Al respecto, es importante destacar el fortalecimiento de las decisiones que toma la Sala a partir del uso de tratados y jurisprudencia internacional que versan sobre derechos humanos y, específicamente, el reconocimiento a la identidad de género como una categoría protegida.
3. Al hacer un análisis integral de lo argumentado y sustentado por la Sala, concordamos en la determinación del motivo prohibido de la identidad de género como elemento configurativo de la discriminación en el consumo y que afectó la dignidad de la parte denunciante. En el caso del análisis de los medios de prueba presentados por ambas partes, somos de la idea que la Sala ha realizado un análisis imparcial y completo de los medios probatorios, siendo que la Discoteca no presentó más que uno o dos y fue la parte denunciante la que presentó el medio probatorio central con el que se pudo acreditar lo señalado por esta. Sin perjuicio de estas consideraciones, estimamos pertinente brindar algunas recomendaciones.
4. La actuación y posterior sanción impuesta por la Sala en los casos de discriminación en el consumo es realizada de manera posterior a la afectación sufrida por la parte denunciante. Ello implica que, en los casos de discriminación en el consumo, el Indecopi realiza una fiscalización ex-post, es decir, cuando ya se ha infringido el Código y la parte denunciante ha sufrido el acto discriminatorio. Sin embargo, por qué no considerar una actuación previa o ex-ante que corresponda a la prevención de dichos actos. Por ejemplo, se podría brindar esta tarea a un órgano que forme parte del Área de Prevención de la Comisión de Protección al Consumidor y que se especialice en actos de discriminación en el consumo. Su labor versaría centralmente en el fomento

de campañas de concientización y recolección de información de los privados a fin de conocer cuáles son aquellas prácticas antidiscriminatorias que han implementado en sus locales, como discotecas, supermercados, entre otros. En esa misma línea, proponemos que este órgano impulse la cooperación, intercambio y organización local y regional de políticas sociales para combatir la discriminación y el racismo y desarrolle otras acciones de prevención que aporten a la detección de las prácticas discriminatorias en el consumo.

5. En cuanto a la dificultad probatoria, es ciertamente de suma importancia que la Sala realice las investigaciones pertinentes y eficaces frente a los actos de discriminación pues, como hemos señalado, resulta sumamente complicado para la parte denunciante presentar un medio probatorio que de manera directa dé cuenta de la conducta discriminatoria, siendo muchas veces el proveedor quien se encuentra en mejores condiciones de aportar medios de prueba que justifiquen su conducta.
6. En ese sentido, consideramos de mucha utilidad trabajar aún más con los recursos de carácter procedimental con los que cuenta la Sala para tener un mejor panorama de los hechos materia de controversia, tales como las entrevistas a los testigos y a las partes y las visitas de inspección, las cuales vendrían a ser elementos certeramente útiles para contrastar la configuración de las prácticas discriminatorias. En el caso de las inspecciones o visitas de inspección, si estas se dan de manera oportuna podrían ser determinantes para la configuración y sanción de las prácticas discriminatorias.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **DOCTRINA**

Amaya, L. R. (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi*. Indecopi.

ARCE ORTÍZ, E. (2015). *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales* [Tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú].

BBC MUNDO. (2018, 21 de marzo). Perú: renuncia el presidente Pedro Pablo Kuczynski (PPK) entre acusaciones de corrupción y sobornos. *BBC Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43481060>

BREGAGLIO, R. A. (2015). El principio de no discriminación por motivo de discapacidad. *En Nueve conceptos clave para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (pp. 73 - 98). LIMA. IDEHPUCP. Recuperado de: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/03/Libro-Discapacidad-PDF-VERSI%C3%93N-COMPLETA-FINAL.pdf>

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS [Office of the High Commissioner for Human Rights]. (1989). “No discriminación: 10/11/89”. [Observación General 18]. (General Comments)”. 10 de noviembre de 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrafo 54; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 83.

Defensoría del Pueblo. (2007). *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. [Documento N.º 2]. [https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/PE/DP\\_PER\\_URP\\_S2\\_2008\\_anx\\_anexo2dd002\\_07.pdf](https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session2/PE/DP_PER_URP_S2_2008_anx_anexo2dd002_07.pdf)

Defensoría del Pueblo. (2009). Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo [Informe no. 005]. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-005-2009-DP-ADHPD-vf.pdf>

Delgado Capcha, R. (2020). *Una Mirada Global a la Discriminación en el Consumo*. INDECOPI.

Eguiguren Praeli, F. (1997). Principio de igualdad y Derecho a la no discriminación. *IUS ET VERITAS*, 8 (15), 63-72.

Fowks, J. (2017, 26 de diciembre). El indulto de Kuczynski a Fujimori divide Perú. *El País*.  
[https://elpais.com/internacional/2017/12/25/america/1514226251\\_340721.html](https://elpais.com/internacional/2017/12/25/america/1514226251_340721.html)

Hesse, G. (2005). Acercamiento a la prueba judicial indiciaria. En R. De Pina (Ed.), *Derecho Procesal III, Congreso Internacional* (p. 195).

Huerta, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, 11(11), 307-334.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686>

Hurtado, G. (2015). La reserva al derecho de admisión, una práctica discriminatoria en México. *Hechos y Derechos*.  
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7261/9197>

IDL REPORTEROS. (2018, 8 de julio). Hinostroza despacha. *IDL Reporteros*.  
<https://www.idl-reporteros.pe/hinostroza-despacha/>

INDECOPI. (2015). *Discriminación en el Consumo y Trato diferenciado Ilícito Jurisprudencia del Indecopi*. Lima: editalo.pe.

INDECOPI. (2019, 5 de junio). “¡YA LO SABES!”: EL INDECOPI RECUERDA QUE NINGÚN CONSUMIDOR PUEDE SER DISCRIMINADO EN UN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL O AL ADQUIRIR UN PRODUCTO O SERVICIO.  
<https://www.indecopi.gob.pe/-/ya-lo-sabes-el-indecopi-recuerda-que-ningun-consumidor-puede-ser-discriminado-en-un-establecimiento-comercial-o-al-adquirir-un-producto-o-servicio>

Landa, C. (2021). El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. *Estudios Constitucionales*, 19 (2), 71-101.

Ledesma, M. (2011). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica.

Marchand, E. (2018, 27 de diciembre). 2018: La población trans, principal víctima de violencias en el Perú. *Presentes*. <https://agenciapresentes.org/2018/12/27/2018-la-poblacion-trans-principal-victima-de-violencias-en-peru/>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2016). *Guía práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526156/Gu%C3%ADa%20pr%C3%A1ctica%20actividad%20probatoria%20procedimientos%20administrativos.pdf>

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2018). Plan Nacional de Derechos Humanos. Lima. <https://observatorioderedoshumanos.minjus.gob.pe/plannacional-de-derechos-humanos/>

Naciones Unidas. (2008). Comité contra la tortura, Observación General N.º 2.

Naciones Unidas. (2009). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 20.

Obando, V. (2013, 19 de febrero). Basada en la lógica, la sana crítica, la experiencia y el proceso civil. La valoración de la prueba. *El Peruano*.

Ortoño Artés, C. (2001). *El avance tecnológico y los nuevos medios de prueba en la Ley del Enjuiciamiento Civil*. En Cremades, J., M. Fernández y R. Illescas (Eds.), *Régimen jurídico de Internet (pp.489-512)*. La Ley.

PROMSEX. (2015, 18 de setiembre). Perú: La olvidada ley de identidad de género... porque los trans no existen. *PROMSEX*. <https://promsex.org/peru-la-olvidada-ley-de-identidad-de-genero-porque-los-trans-no-existen/#:~:text=La%20poblaci%C3%B3n%20trans%2C%20la%20m%C3%A1s,y%20la%20Red%20Peruana%20TLGB.>

REDACCIÓN GESTIÓN. (2017, 13 de diciembre). Odebrecht asegura que pagó US\$ 782 mil a empresa de PPK por asesorías financieras. *Gestión*. <https://gestion.pe/peru/politica/odebrecht-asegura-pago-us-782-mil-empresa-ppk-asesorias-financieras-222657-noticia/?ref=gesr>

Rodríguez Piñero, M. y Fernández López, M. (1986). *Igualdad y discriminación*. Tecnos.

SHELTON, Dinah. (2008). “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*. <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/13488/13756/0>

Taruffo, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Metropolitana.

Thorne León, J. (2010). Las Relaciones de Consumo y los Principios Esenciales en Protección y Defensa del Consumidor. Reflexiones en torno al Proyecto de Código de Consumo. *Derecho & Sociedad*, (34), 61-68.

Valega, C. (2020). *Diagnóstico sobre los estereotipos de género en el consumo y la publicidad en el Perú*. Lima: Indecopi, PNUD & MIMP.

## **NORMATIVA**

Código de Protección y Defensa del Consumidor, Congreso de la República del Perú, Ley n.º 29571, Diario Oficial El Peruano (1 de setiembre de 2010) (2010).

Código Procesal Civil, Resolución Ministerial n.º 10-93-JUS (23 de abril de 1993) (1993).

Constitución Política del Perú, Congreso Constituyente Democrático (30 de diciembre de 1993) (1993).

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 26 de junio, 1987, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cat\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cat_SP.pdf)

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre, 1948,  
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

## **JURISPRUDENCIA**

Sentencia 649-2002 (2002, 20 de agosto). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, J).

Sentencia 1277-2003 (2003, 17 de junio). Tribunal Constitucional (García Toma, V.).

Resolución 2025-2019 (2019, 24 de julio). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Barrantes Cáceres, R. I.).

Resolución 1197-2014 (2014, 10 de abril). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Durand Carrión, J.B.).

Resolución 2880-2019 (2019, 16 de octubre). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Barrantes Cáceres, R. I.).

Sentencia del Expediente 05157-2014-AA. (2017, 4 de abril). Tribunal Constitucional. (Urviola, A.).

Sentencia del Expediente 06040-205-PA/TC. Tribunal Constitucional.

Resolución 517-2001/TDC. (2001, 8 de agosto). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Resolución 1197-2014/SCP-INDECOPI. (2014, 10 de abril). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (Durand, J.)

Resolución 1539-2018/SPC-INDECOPI. (2018, 22 de junio). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Resolución 714-2013/SPC-INDECOPI. (2013, 21 de marzo). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (Durand, J.).

Resolución 2648-2013/SPC-INDECOPI. (2013, 30 de septiembre). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (Durand. J.).

Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI. (2014, 10 de abril). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (Durand. J.).

Resolución 325-2019/CC2-INDECOPI. Comisión de Protección al Consumidor.

Resolución N.º 1365-2021/CC2. (2022, 17 de enero). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (Villa, J.).



**PROCEDENCIA** : COMISIÓN DE LA OFICINA REGIONAL DEL INDECOPI DE PIURA  
**PROCEDIMIENTO** : DE PARTE  
**DENUNCIANTE** : ERVIN RAÚL TORRES FARFÁN  
**DENUNCIADA** : CHIRA'S E.I.R.L.  
**MATERIA** : DISCRIMINACIÓN  
**ACTIVIDAD** : RESTAURANTES, BARES Y CANTINAS

**SUMILLA:** *Se confirma la resolución venida en grado en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Ervin Raúl Torres Farfán contra Chira's E.I.R.L. por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado un acto discriminatorio en perjuicio de la parte denunciante, al negarle el ingreso al establecimiento comercial debido a su condición de transgénero.*

**SANCIÓN:** 25 UIT

Lima, 27 de febrero de 2019

## ANTECEDENTES

1. El 5 de febrero de 2018, Ervin Raúl Torres Farfán (en adelante, la parte denunciante) interpuso una denuncia contra Chira's E.I.R.L.<sup>1</sup> (en adelante, la Discoteca) por presunta infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), en atención a los siguientes hechos:
  - (i) Era una persona transgénero<sup>2</sup> de buena reputación, la cual acudió a divertirse a la Discoteca a fin de celebrar la visita de Gustavo Jesús Luque Rengifo, amiga transgénero que había viajado desde Europa a visitarla;
  - (ii) el 14 de enero de 2018, en compañía de Gustavo Jesús Luque Rengifo y Eduardo Arturo Callirgos Cortez, a las 23:29 aproximadamente, intentaron ingresar a la Discoteca; no obstante, una persona de seguridad del establecimiento impidió su ingreso "por orden de su superior", alegando que se reservaban el derecho de admisión;
  - (iii) dicha discriminación no contaba con ningún tipo de justificación, pese a sus insistencias y reclamos;

<sup>1</sup> RUC: 20526002351. Domicilio fiscal: Av. Marcelino Champagnat 674 Urb. Santa Rosa, distrito y provincia de Sullana, departamento de Piura. Información obtenida de [www.sunat.gob.pe](http://www.sunat.gob.pe).

<sup>2</sup> Esta Sala considera oportuno indicar que -si bien la parte denunciante se ha identificado como una persona transexual- de la revisión del expediente se advierte que el grupo objeto de tutela eran las personas transgénero, conforme será desarrollado más adelante en la presente resolución.

- (iv) lo ocurrido no era un caso aislado, pues luego se enteró de que ese tipo de acto discriminatorio ocurría en la mayoría de locales de la zona;
  - (v) la discriminación afectó gravemente su condición emocional y su imagen frente a sus amistades y las personas allí presentes, pues de acuerdo al video presentado, el impedimento de ingreso se debió únicamente a su condición de transgénero, ya que una de las personas de seguridad se acercó a Eduardo Arturo Callirgos Cortez a señalarle que él sí podía ingresar, pero las personas transgénero no, debido a que el dueño había ordenado el impedimento de “gente así”;
  - (vi) el video presentado acreditaba la discriminación a plenitud, así como la afectación a la moral, al desarrollo de la personalidad, a la libertad y a la igualdad; y,
  - (vii) como no se les permitió el ingreso, un allegado no transgénero ingresó a consumir y así poder obtener una boleta de venta que permita verificar el número del Registro Único de Contribuyentes de la Discoteca.
2. Mediante Resolución 1 del 13 de febrero de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura, admitió a trámite la denuncia interpuesta contra la Discoteca, imputándole la presunta infracción de los artículos 1°.1 literal d), 18°, 19° y 38° del Código, en tanto habría negado el ingreso de la parte denunciante sin que medie justificación o causa objetiva alguna.
3. El 9 de marzo de 2018, la Discoteca presentó sus descargos a la imputación efectuada en su contra, argumentando lo siguiente:
- (i) El 14 de enero de 2018, a las 23:30 aproximadamente, la parte denunciante junto con dos amigos transgénero, acudieron a su establecimiento en estado etílico, motivo por el cual se les prohibió el ingreso, debido a malas experiencias previas al permitir el ingreso de personas en ese estado, pues ello causaba disturbios y pérdidas en el local, así como incomodidad en los clientes y mala imagen de su establecimiento; ello conforme a lo dispuesto en el artículo 40° del Código;
  - (ii) descartó la presunta prohibición de ingreso por discriminación, pues en su local comercial solo prohibían el ingreso de menores de edad, de personas en estado etílico, y de personas con armas de fuego u objetos punzocortantes;
  - (iii) la gerente general de la Discoteca en ningún momento dio la orden de impedimento de ingreso de la parte denunciante, pues el ingreso de los clientes era determinado por los agentes de seguridad;
  - (iv) según los agentes de seguridad, se impidió el ingreso de la parte denunciante y sus acompañantes debido a su estado de ebriedad, y

- debido a que anteriormente, la parte denunciante había provocado un disturbio en el establecimiento por su estado etílico;
- (v) de acuerdo al video presentado por la parte denunciante, no se apreciaba que la negativa de ingreso haya obedecido a un trato discriminatorio, pues se debió a su estado de ebriedad y por ello el agente de seguridad señaló que “se reservaban el derecho de admisión”; y,
  - (vi) su establecimiento no se encontraba registrado como Micro o Pequeña Empresa.
4. El 28 de marzo de 2018, la Discoteca presentó un escrito en el que informó que si bien su local contaba con dos (2) cámaras de seguridad, las mismas contaban con una capacidad de almacenamiento promedio de siete (7) días; y, por ello, no era posible alcanzar los videos del hecho ocurrido el 14 de enero de 2018.
5. El 2 de abril de 2018, la parte denunciante presentó un escrito mediante el cual absolvió los descargos esbozados por la Discoteca, manifestando que:
- (i) Negó rotundamente que se haya encontrado en estado etílico el día de ocurrido el hecho denunciado; y, además, debía tomarse en cuenta que la denunciada no presentó prueba alguna que permita demostrar su afirmación;
  - (ii) de acuerdo al video presentado, se podía apreciar que la persona de seguridad en ningún punto hizo referencia a su presunto estado etílico, aludiendo a las órdenes de gerencia y a que se reservaban el derecho de admisión, a fin de impedirles el ingreso;
  - (iii) asimismo, al escuchar su voz y la de sus acompañantes, se podía comprobar que se encontraban sobrias y en pleno uso de sus facultades;
  - (iv) el derecho de admisión se encontraba limitado pues no debía ser contrario a los derechos reconocidos constitucionalmente ni debía suponer un trato discriminatorio o arbitrario para las personas, así como tampoco debía colocarlas en situaciones de inferioridad o indefensión; y,
  - (v) los argumentos empleados por la denunciada eran falsos y sin prueba ni fundamento, denigrando su condición y honorabilidad, a fin de evadir su responsabilidad por los actos discriminatorios.
6. Mediante Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU del 4 de julio de 2018, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura (en adelante, la Comisión) emitió el siguiente pronunciamiento:

- (i) Dejó sin efecto la imputación efectuada contra la Discoteca por presunta vulneración al deber de idoneidad (contenido en los artículos 18° y 19° del Código), debido a que el hecho denunciado versaba sobre un presunto acto discriminatorio (regulado en los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código);
  - (ii) declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Discoteca por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código, al haberse acreditado un supuesto de discriminación en perjuicio de la parte denunciante debido a su orientación sexual (condición de transgénero); sancionándola con una multa de 25 UIT;
  - (iii) ordenó a la Discoteca, en calidad de medida correctiva que, inmediatamente después de notificada la resolución, cese la aplicación de tratos discriminatorios en contra de la parte denunciante;
  - (iv) condenó a la Discoteca al pago de las costas y costos del procedimiento; y,
  - (v) dispuso la inscripción de la Discoteca en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.
7. El 26 de julio de 2018, la Discoteca interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU, señalando que:
- (i) La resolución emitida por la Comisión denotaba cierta parcialización y subjetividad de sus miembros, causal de nulidad por afectación del derecho fundamental a la prueba;
  - (ii) la Comisión vulneró el Debido Procedimiento y se sustentó en datos inexactos, incompletos o falsos como consecuencia de no desarrollar la labor de investigación correspondiente, además de haberse escudado en una arbitraria e ilegal interpretación de indicios;
  - (iii) la primera instancia no compulsó debidamente la única prueba sobre la cual se basó para emitir su pronunciamiento, referida al video aportado por la parte denunciante, pues en el mismo se podía apreciar lo siguiente: la parte denunciante manifestó que *“este lugar ha sido de homosexuales y aquí ya han entrado”*, lo cual demostraba que la parte denunciante reconoció que en el local no discriminaban a las personas por su opción sexual;
  - (iv) asimismo, la parte denunciante manifestó que *“cuál es el problema del dueño, o es homofóbico o se ha convertido en homofóbico”*; y, al haber utilizado el término “convertido”, se podía colegir que el dueño nunca fue homofóbico, es decir, que no tenía razones para negarles el ingreso;
  - (v) además, la parte denunciante señaló que *“porqué entran otras personas igual y ahora no nos quieren dejar entrar”*, afirmación que permitía concluir que, el día del hecho denunciado, dentro del local había otras personas de igual opción sexual que la parte denunciante, y, por tanto, no existió ningún trato discriminatorio en su contra;

- (vi) así también, al haber señalado el agente de seguridad que “*más o menos los conozco a ustedes*” implicaba que no era primera oportunidad en la cual la parte denunciante acudía a su establecimiento;
  - (vii) en el proceso seguido por la parte denunciante contra su gerente general ante la Fiscalía, por el presunto delito contra la humanidad en la modalidad de discriminación, los señores Lucas Aranibar Delgado y Mayra Fabiola Figueroa Maldonado, declararon que la parte denunciante en anteriores oportunidades había ingresado al local y había propiciado problemas con otros clientes, y que nunca se le había prohibido el ingreso, ni a la parte denunciante ni a otras personas transgénero, pues hasta el cocinero era homosexual; y,
  - (viii) debía considerarse que su empresa era una microempresa, de acuerdo al documento adjuntado.
8. El 31 de octubre de 2018, la parte denunciante presentó un escrito a través del cual manifestó lo siguiente:
- (i) Los argumentos empleados por la Discoteca en su impugnación eran falacias y hechos que no se ajustaban a la verdad, pues se le había discriminado por su condición de transgénero y haber ido vestido de mujer;
  - (ii) era la primera vez que asistía a la Discoteca, y por lo tanto era imposible que en ocasiones anteriores haya protagonizado algún tipo de problema, habiendo sido imposible que otras personas la conozcan;
  - (iii) el día 14 de enero de 2018, sus acompañantes (Gustavo Jesús Luque Rengifo y Eduardo Arturo Callirgos Cortez) también fueron atacados por los actos discriminatorios cometidos por la denunciada, y fueron testigos presenciales de los hechos ocurridos en la Discoteca;
  - (iv) dentro de la investigación preliminar seguida contra la gerente general de la Discoteca, Gustavo Jesús Luque Rengifo y Eduardo Arturo Callirgos Cortez rindieron su manifestación y declararon que fueron víctimas de discriminación por su opción sexual, pero mayormente la parte denunciante y Gustavo Jesús Luque Rengifo, debido a que fueron vestidos como mujer; y,
  - (v) quienes declararon a favor de la Discoteca en la referida investigación preliminar, eran personas que habían trabajado de forma subordinada para la denunciada, y que por tanto iban a declarar a su favor.
9. Finalmente, el 31 de octubre de 2018, la Discoteca presentó un escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en su impugnación.

## ANÁLISIS

### Nociones preliminares y marco legal nacional y supranacional sobre la discriminación

10. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la igualdad y consecuentemente, el principio contrario a la discriminación, ha sido reconocido expresamente en el artículo 2º numeral 2 de la Constitución Política del Perú, que establece en forma expresa y clara lo siguiente:

**“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:**

(...)

2. *A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.*

(...)”.

11. En relación con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el artículo 1º.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención)<sup>3</sup>, establece lo siguiente:

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

(Subrayado agregado)

12. Sobre el particular, en la Sentencia del 24 de febrero de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH), en el marco del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, se señaló lo siguiente<sup>4</sup>:

<sup>3</sup> El Perú es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 28 de julio de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de enero de 1981.

<sup>4</sup> En esa oportunidad, se indicó que la inclusión del término “*otra condición social*” expuesto en el artículo 1.1 de la Convención, permitía incorporar a otras categorías, como protegidas frente a actos discriminatorios:

“(…)”

2. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana

83. La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

84. En este sentido, al interpretar la expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

“(...)

78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

(...)”.

(Subrayado agregado)

13. En base a lo anterior, se dejó establecido que la *orientación sexual* y la *identidad de género* de las personas son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, que proscribire la discriminación:

“(...)

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párras. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscribida por la Convención cualquier norma, acto o práctica

---

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1,1, de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opinión más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.

(...)”.

Subrayado agregado.

*discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.*

(...)

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. (...)

(Subrayado agregado)

14. Como puede advertirse, en concordancia con lo establecido por la CIDH, la discriminación por causal de *identidad de género*, también se encuentra proscrita por el artículo 2° numeral 2 de la Constitución antes citado<sup>5</sup>.
15. A nivel internacional, respecto de la noción de *identidad de género*, cabe destacar que la CIDH, en el marco de la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica en relación con identidad de género, 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°, con referencia al artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), estableció el concepto de *identidad de género*, el mismo que resulta conveniente traer a colación junto con otras definiciones empleadas por la CIDH<sup>6</sup>:

<sup>5</sup> Con el término “*de cualquier otra índole*” contenido en el artículo 2° numeral 2 de la Constitución, se incorpora a la *identidad de género* como una categoría protegida de actos discriminatorios, pues, así aprecia la Sala, constituye una expresión de la dimensión dinámica de la identidad personal considerada por la Constitución como un derecho fundamental, siendo que el derecho a la identidad de género también es considerado como un derecho fundamental en virtud del artículo 3° de la Constitución, por fundarse este en la dignidad de la persona, en tanto le garantiza una vida plena al permitirle que sea identificada, no solamente por rasgos distintivos de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.), sino también por rasgos distintivos de carácter subjetivo como lo es su identidad de género.

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha subrayado en reiteradas sentencias que los derechos fundamentales vinculan, no solo a los poderes públicos, sino también a los privados, reconociendo lo que en doctrina se denomina “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, de allí que tanto el Estado como los particulares tienen el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, el derecho a no ser discriminado por la identidad de género.

<sup>6</sup> **OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2017, SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA EN RELACIÓN CON IDENTIDAD DE GÉNERO, 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°, CON REFERENCIA AL ARTÍCULO 1° DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).** Pp. 15-20.

“32. A mero título ilustrativo e incluso demostrativo de la dificultad antes señalada –e insistiendo en que no los asume como propios en esta opinión–, la Corte recuerda que los siguientes conceptos, tomados de diferentes fuentes orgánicas internacionales, al parecer son los más corrientes en el plano internacional:

(...)

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

**g) Expresión de género:** Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida.

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

**i) Persona transexual:** Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

**j) Persona travesti:** En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

**l) Orientación sexual:** Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas

*personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona.”*  
(Subrayado agregado)

16. La Corte, resulta preciso señalar, ha destacado que *“la identidad de género y sexual se encuentra ligada al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones”*<sup>7</sup>.

### Sobre el trato discriminatorio

17. El artículo 1. 1º literal d) del Código establece el derecho de los consumidores a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión o de cualquier otra índole<sup>8</sup>.
18. Por su parte, el artículo 38º de dicho cuerpo legal<sup>9</sup> dispone que los proveedores se encuentran prohibidos de establecer discriminación alguna respecto de los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen, así como de 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.
19. Con la normativa citada se busca proteger el interés de los consumidores en que se les brinde servicios o se les proporcione productos sin exclusiones o selecciones de clientela, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de las prestaciones a cargo

---

<sup>7</sup> Op. Cit. P. 49

<sup>8</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1º.- Derechos de los consumidores.**

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

<sup>9</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 38º.- Prohibición de discriminación de consumidores.**

38.1 Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.

38.3 El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

de los proveedores, lo que es particularmente relevante tratándose de establecimientos abiertos al público.

20. El diseño que el legislador peruano ha adoptado en el Código para proscribir las conductas discriminatorias es congruente con la protección de derechos fundamentales que posee el diseño actual de la Constitución Política, cautelando el derecho a la igualdad de los ciudadanos, en concordancia con los artículos 1°, 2° numeral 2 y 3° de nuestra Carta Magna<sup>10</sup>, los que en conjunto establecen expresamente la prohibición constitucional de discriminación en cualquier ámbito y la posibilidad de asimilar otras prácticas similares que vulneren el núcleo mismo de la dignidad humana<sup>11</sup>.
21. Es importante reconocer que el origen de un acto discriminatorio puede provenir de diversos prejuicios (ideológicos, raciales, políticos, sociales, económicos, entre otros); sin embargo, sea cual fuere el motivo, la práctica debe ser desterrada debido al innegable efecto negativo que produce en el sujeto víctima de discriminación, al menoscabar su propia dignidad y naturaleza humana.
22. Cabe resaltar que el tipo infractor de discriminación en el consumo no se restringe a supuestos de negativa de contratar, pudiendo comprender también restricciones arbitrarias o interrupciones del servicio verificadas una vez entablada la relación de consumo<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

**Artículo 1°.-** Defensa de la persona humana La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

**Artículo 2°.-** Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: (...)

2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

**Artículo 3°.-** Derechos Constitucionales. Números Apertus. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

<sup>11</sup> El concepto de dignidad se encuentra intrínsecamente ligado a la propia naturaleza del ser humano. Por ello, en aplicación de la competencia que el legislador peruano le ha asignado para sancionar las conductas que infrinjan la normativa de protección al consumidor, considera que las actuaciones que realiza deben enmarcarse siempre en el respeto y la protección del derecho a la dignidad, como eje central de los derechos que asisten a todos los ciudadanos en sus relaciones interpersonales y en los vínculos que mantienen con el Estado. No reconocer ello implicaría contravenir el principal mandato existente a nivel constitucional y en la práctica haría inviable su naturaleza protectora de los derechos que asisten a los consumidores en el mercado.

<sup>12</sup> Cfr. la Resolución 665-2006/TDC-INDECOPI del 17 de mayo de 2006, en el procedimiento seguido por el señor Christian Manuel Olivera Fuentes contra Supermercados Peruanos S.A., por impedirle a él y a su pareja realizar muestras de afecto en público al interior del establecimiento de la denunciada, por tratarse de una pareja homosexual. Cfr. Resolución 854-2014/SPC-INDECOPI del 13 de marzo de 2014, en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte contra Peruvian Air Line S.A., toda vez que condicionaba el acceso de cinco personas sordomudas a un vuelo a que estuvieran acompañadas por una persona, por considerar que su discapacidad en sí misma constituía un riesgo potencial para el desencadenamiento de cualquier hecho que afectara su seguridad.

Al margen del sentido de las resoluciones citadas (en el primer caso, la denuncia fue declarada infundada y en el segundo caso, se encontró responsable a la aerolínea), lo cierto es que en ninguno de dichos procedimientos fue

23. En relación con la carga de la prueba, el artículo 39° del Código<sup>13</sup> establece que el consumidor solo tendrá que acreditar con suficientes indicios que ha recibido un trato desigual (discriminatorio), para que surja la carga del proveedor de acreditar que su actuación respondió a las circunstancias objetivas y razonables y de ese modo se exonere de responsabilidad.
24. Resulta necesario recalcar que en los casos de prácticas discriminatorias y tal como reconoce la propia dinámica probatoria establecida en el Código para este tipo de infracciones, es posible admitir indicios<sup>14</sup> y otros sucedáneos de los medios probatorios para acreditar las conductas denunciadas.
25. En efecto, en lo que concierne al ámbito específico de los procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor y, en especial, en los procedimientos que versen sobre prácticas discriminatorias, los indicios resultan ser una herramienta particularmente importante, puesto que los proveedores suelen tener más y mejor posibilidad de generar medios probatorios que el consumidor, originándose algunas veces dificultad en la atribución de responsabilidades por los hechos denunciados, debido a la falta de pruebas directas para acreditar las alegaciones efectuadas por las partes.
26. En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de infracciones a las normas de protección al consumidor puede producirse sobre la base de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados.
27. Negar la utilización de estos sucedáneos es negarle a la autoridad administrativa la posibilidad de efectuar un razonamiento lógico, posibilidad que está claramente admitida en el artículo 39° del Código citado precedentemente, el mismo que se alinea con el señalado en el Código

---

materia controvertida que el tipo infractor de discriminación podía comprender supuestos de restricciones arbitrarias o interrupciones de servicios verificadas una vez entablada la relación de consumo.

<sup>13</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 39°.- Carga de la prueba.** La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

<sup>14</sup> Cabe indicar que, por indicio, la Sala entiende que es un hecho que se acredita por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a la Administración a utilizar (un documento, una declaración, entre otros). Probada la existencia del indicio (o hecho indicador), la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento (esto es, el hecho indicado).

Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor.

28. Bajo este contexto, en el presente caso, se colige que deben evaluarse los diversos medios de prueba que obran en el expediente a efectos de determinar si son indicios o pruebas suficientes para acreditar la conducta infractora que habría cometido el personal del proveedor.
29. Resulta preciso indicar que el razonamiento antes expuesto ha sido aplicado en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor contra Gersur S.A.C. (Discoteca “Café del Mar”), en cuyo marco se emitió la Resolución 1415-2006/TDC del 13 de setiembre de 2006, donde a partir de la constatación de un impedimento de ingreso al local de una pareja de rasgos mestizos y el efectivo ingreso de una pareja de rasgos caucásicos, se abordó a la conclusión de que se había incurrido en una práctica discriminatoria por motivo de raza. Como puede apreciarse, no existió una prueba directa y expresa -como un reconocimiento por parte del proveedor<sup>15</sup>- que diera cuenta de que las características físicas de la pareja de rasgos mestizos hayan sido los motivos para impedirles el ingreso al establecimiento.
30. Esta flexibilización legal de la carga de la prueba se alinea a lo manifestado en anteriores pronunciamientos emitidos en el marco de procedimientos que versan sobre servicios médicos<sup>16</sup> y en donde se aplica la teoría de las cargas dinámicas que tiene por finalidad el asegurar el cumplimiento del deber especial de protección de los derechos de los consumidores y usuarios conforme a lo señalado en la Constitución Política del Perú<sup>17</sup>, de modo que

<sup>15</sup> Reconocimiento que se verificó en el procedimiento iniciado por los señores José Enrique Sánchez Canales y Patrick Michael Finn contra Plaza Hotel E. I. R. Ltda. (Resolución 1507-2013/SPC-INDECOPI del 12 de junio de 2013) o también en el procedimiento iniciado por los señores Julio César Lavalle Sotillo y Joustin Dalton Rodríguez Salazar contra Mall Service S.A.C. - Centro Comercial Plaza San Miguel (Resolución 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre de 2015).

<sup>16</sup> Cfr. la Resolución 283-2011/SC2-INDECOPI del 15 de febrero de 2011, en el procedimiento seguido por la señora Rosa Estrada Aranda contra el señor Giovanni Núñez Muñoz. Cfr. Resolución 445-2014/SPC-INDECOPI del 10 de febrero de 2014, en el procedimiento seguido por la señora Lourdes Lizbeth Ruck Puerta contra Asociación Civil Selva Amazónica.

<sup>17</sup> En relación con el “deber especial de protección” del Estado respecto de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“6. (...) en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un “deber especial de protección”.

(...)

Lo que significa, en primer lugar, que en el ordenamiento constitucional peruano todas las leyes, reglamentos y sus actos de aplicación, deben interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales (STC 2409-2002-AA/TC). En ese sentido, los derechos constitucionales, en cuanto valores materiales del ordenamiento, tienen una pretensión de validez, de modo que tienen la propiedad de “irradiarse” y expandirse por todo el ordenamiento jurídico.

(...) si sobre los derechos constitucionales, en su dimensión objetiva, sólo se proclamara un efecto de irradiación por

dicha carga recaiga en aquel sujeto de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición o condición para satisfacerla<sup>18</sup>.

31. Cabe destacar que el artículo 173°.2 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), dispone que los administrados tienen la carga de aportar pruebas, y el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos, establece que la carga de probar corresponde a aquel que afirma un determinado hecho<sup>19</sup>.

#### Aplicación al caso en concreto

32. En el presente caso, la parte denunciante cuestionó que, el día 14 de enero de 2018, la Discoteca le haya negado el ingreso junto a sus acompañantes debido a su condición de transgénero, alegando el personal de Seguridad, que dicha negativa se sustentaba en órdenes de su superior y que se reservaban el derecho de admisión.
33. La Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Discoteca por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° del Código, al haberse acreditado un supuesto de discriminación en perjuicio de la parte denunciante debido a su orientación sexual (condición de transgénero).
34. En su recurso de apelación, la Discoteca señaló que la Comisión se había sustentado en datos inexactos, incompletos o falsos como consecuencia de no desarrollar la labor de investigación correspondiente, además de haberse escudado en una arbitraria e ilegal interpretación de indicios; y,

---

*el ordenamiento jurídico, pero no se obligara a los órganos estatales a protegerlos de las acechanzas de terceros, entonces su condición de valores materiales del ordenamiento quedaría desprovista de significado.* [Subrayado añadido].

<sup>18</sup> **BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo.** *Cuando las Cosas Hablan: El “res ipsa loquitur” y la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Civil.* En: Themis, No.50, 2005.

*“Debe considerarse que el principio de la carga de la prueba sólo opera en defecto de normas que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o seria limitación de que una de las partes pueda probar cómo ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que invierten la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño.”*

<sup>19</sup> **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 173°.- Carga de la prueba.**

173.1 La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

173.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

**CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 196°.- Medios de Prueba.** Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

adicionalmente, agregó que la primera instancia no compulsó debidamente la única prueba sobre la cual se basó para emitir su pronunciamiento, referida al video aportado por la parte denunciante, pues en el mismo se podían apreciar diversos extractos de una conversación que demostrarían la falta de existencia de un trato discriminatorio.

35. De la revisión de los alegatos expuestos por ambas partes del procedimiento, y de los actuados en el expediente, este Colegiado advierte que no resulta materia controvertida que el hecho objeto de denuncia ocurrió el 14 de enero de 2018 a las 23:30 aproximadamente, en las instalaciones de la Discoteca.
36. Tampoco constituye un hecho controvertido que la Discoteca -como señaló en sus descargos- impidió el ingreso a la parte denunciante y a sus acompañantes; de allí que esta Sala, "a primera vista" observa que la parte denunciante fue objeto de un trato desigual frente a los demás clientes, por lo que corresponde -en el desarrollo de la presente resolución- verificar si el mismo obedecía a razones objetivas y justificadas o, por el contrario, a un acto discriminatorio en contra del consumidor.
37. Dicho lo anterior, la materia controvertida gira en torno a determinar, o bien si la parte denunciante fue víctima de discriminación, o si la negativa de ingreso respondía a razones justificadas u objetivas, dado que el proveedor -en su defensa- alegó que dicha negativa obedecía al presunto estado ético de la parte denunciante, así como por anteriores disturbios que habría protagonizado en su establecimiento.
38. Ahora bien, corresponde traer a colación el contenido del video presentado por la parte denunciante en relación con el hecho ocurrido el 14 de enero de 2018<sup>20</sup>, el mismo que no ha sido desconocido ni cuestionado por la Discoteca, pues incluso la denunciada ha sustentado su defensa en algunos fragmentos de la conversación sostenida en el video.
39. En efecto, dicho video contiene un diálogo entre: (i) la parte denunciante, y las personas que la habrían acompañado el día de ocurrido el presunto trato discriminatorio (Gustavo Jesús Luque Rengifo y Eduardo Arturo Callirgos Cortez); y, (ii) el personal de seguridad de la Discoteca; el mismo que contiene el siguiente tenor:

***"Parte denunciante: ¿Quién es usted?"***

***Personal de seguridad: Soy un trabajador, también de seguridad. Soy de seguridad, también.***

***(Ininteligible)***

***Parte denunciante: Usted está discriminando a las personas.***

---

<sup>20</sup> Ver CD obrante en la foja 52 del expediente.  
M-SPC-13/1B

**Personal de seguridad:** Yo no estoy discriminando a nadie.

**Parte denunciante:** ¿Entonces?

**Personal de seguridad:** Lo que pasa es que nosotros recibimos una orden.

**Parte denunciante:** ¿Una orden de qué? entonces el dueño es el que discrimina a las personas.

**Personal de seguridad:** Nosotros nos reservamos el derecho de admisión.

**Parte denunciante:** Nada que derecho de admisión, por qué las personas, ustedes discriminan a las personas, que por ser homosexuales no podemos entrar a un lugar.

**Acompañante de parte denunciante:** ¿Derecho de admisión por qué señor? ¿Cuál es el derecho de admisión?

**Personal de seguridad:** Nos reservamos el derecho de admisión.

**Parte denunciante:** Pero ¿por qué? ¿Usted conoce las leyes, usted conoce las leyes que en todo lugar...?

**Acompañante de parte denunciante:** ¿Por qué, a quién, a los homosexuales, sabe lo que usted está diciendo?  
(Ininteligible)

**Parte denunciante:** No, pero usted, aparte que nos agreden, nos insultan, aparte de eso no nos dejan entrar a un lugar que nosotros queremos entrar a divertirnos, este lugar antes ha sido de homosexuales, aquí han entrado, ¿y ahora qué cosa? ¿Cuál es el problema del dueño, que es homofóbico, o que se volvió homofóbico ahora?

**Acompañante de parte denunciante:** A otras personas han dejado entrar y ahora no nos pueden dejar entrar, ¿cuál es el problema dígame usted?

**Personal de seguridad:** Lo único que le digo es que estoy cumpliendo mi trabajo, (ininteligible).

**Acompañante de parte denunciante:** El problema no va a ser para usted, va a ser para el dueño.

**Personal de seguridad:** Por eso te digo, estamos haciendo nuestro trabajo, comprendan nuestro trabajo.

**Acompañante de parte denunciante:** ¿Qué cosa es lo que le ha dicho el dueño? Que no dejen entrar a los homosexuales.

**Personal de seguridad:** Nos reservamos el derecho de admisión, de verdad yo a ustedes los conozco más o menos, pero (Ininteligible)

**Acompañante de parte denunciante:** No me reconoce señor, usted sabe con quién está hablando.

**Personal de seguridad:** No disculpe, por eso, aparte le digo disculpe.

**Acompañante de parte denunciante:** (ininteligible) Europa, y yo pertenezco en Lima, a una asociación, por eso le digo usted no sabe con quién está tratando en este momento, entiende, nosotros no estamos desamparados, hay una ley, no está hablando con cualquier persona. Nosotros nos estamos viniendo a divertir.

**Parte denunciante:** Y además nosotros somos unos seres humanos y somos personas como tú, como cualquiera...

**Personal de seguridad:** Yo los entiendo, yo los entiendo.

**Parte denunciante:** Entonces por qué no nos dejas entrar.

**Personal de seguridad:** Porque es nuestro trabajo.

**Parte denunciante:** El dueño es el que no quiere entrar, ¿cómo se llama el dueño?

**Personal de seguridad:** No sé, no sabemos.

**Parte denunciante:** Tú no sabes el nombre del dueño, ¿quiere decir que tú lo tapas al dueño?

**Personal de seguridad:** Yo soy nuevo, por eso, yo soy nuevo.

**Acompañante de parte denunciante:** Bueno, es el dueño de la Discoteca que estamos viniendo acá, Chira's Pub Resto, aquí en Sullana, Piura, hay una discriminación que no dejan entrar a los homosexuales, que no permiten.

**Parte denunciante:** ¿Qué cosa es esto, esto qué cosa es? Un antro de qué, de que a todo el mundo qué, ¿ustedes son homofóbicos? nosotros somos seres humanos igual que ustedes.”

40. Al respecto, habiendo verificado el contenido de dicha conversación, este Colegiado -al igual que la Comisión- considera que la parte denunciante ha presentado un elemento probatorio que da cuenta de un trato discriminatorio brindado por la Discoteca, a propósito de su condición de transgénero; ello, debido a que: (i) en reiteradas oportunidades la parte denunciante, y su acompañante, increparon al personal de seguridad acerca de los motivos por los cuales no se les permitió el ingreso, cuestionamientos ante los cuales dicho personal únicamente alegaba el cumplimiento de una “orden” y que se “reservaban el derecho de admisión”; y, (ii) en diversos fragmentos de la conversación, se aprecia el reclamo de la parte denunciante pues la Discoteca le negaba el ingreso por ser homosexual, hecho que no fue discutido ni negado por el personal de seguridad.
41. Ahora bien, pese a que la Discoteca señaló en su defensa que dicha negativa habría obedecido al presunto estado étlico de la parte denunciante, así como por anteriores disturbios que habría protagonizado en su establecimiento; lo cierto es que no obra en el expediente medio probatorio alguno, que permita demostrar y/o acreditar dicha afirmación; y, sobre todo, ante los constantes reclamos y preguntas acerca de los motivos por los cuales se les negaba el ingreso, el personal de seguridad, lejos de señalar que se debía a dichas razones (presunto estado étlico y supuestos disturbios previos), alegaba el cumplimiento de una “orden” y la “reserva del derecho de admisión”.
42. Asimismo, si bien obran en el expediente declaraciones efectuadas a la Fiscalía por parte Lucas Aranibar Delgado y Mayra Fabiola Figueroa Maldonado<sup>21</sup>, en las cuales se alegaba el presunto estado étlico de la parte denunciante y los supuestos disturbios previos, lo cierto es que dichas testimoniales en realidad constituyen declaraciones de parte que no generan convicción en esta instancia, de que ello haya ocurrido así, pues el primero

<sup>21</sup> Ver fojas 138 a 144 del expediente.

de ellos (Lucas Aranibar Delgado) era la persona que arrendaba a la Discoteca el inmueble donde se ubicaba el establecimiento, y la segunda persona (Mayra Fabiola Figueroa Maldonado) era la cajera del establecimiento denunciado.

43. Aunado a ello, pese a señalar que presuntamente la negativa obedecería al supuesto estado de ebriedad de la parte denunciante y sus acompañantes, lo cierto es que, de una valoración integral del audio reproducido previamente, no se advierte ningún tipo de indicio acerca de dicha presunta ebriedad, pues, por el contrario, se aprecia claramente que expresaron sus reclamos e indignación de manera lúcida y sobria.
44. En ese orden de ideas, toda vez que no quedaron acreditados los presuntos disturbios previos que habría protagonizado la parte denunciante, así como su supuesto estado de ebriedad, este Colegiado advierte que la versión de la Discoteca no cuenta con un sustento que justificaría la negativa de ingreso propiciada el 14 de enero de 2018.
45. Asimismo, si bien la denunciada ha reproducido algunos fragmentos de la conversación sostenida entre su personal de seguridad y la parte denunciante (y sus acompañantes), dichos extractos, valorados en conjunto con los demás diálogos de la conversación, no hacen más que reafirmar que la negativa de ingreso por parte de la Discoteca, no encontró justificación alguna más que por la condición de transgénero de la parte denunciante.
46. Finalmente, corresponde desestimar los cuestionamientos de la denunciada acerca de la presunta parcialización y subjetividad de los miembros de la Comisión, y la presunta vulneración del derecho a la prueba y Debido Procedimiento, pues la resolución impugnada se encontró debidamente motivada, considerándose todos los medios probatorios que obraban en el expediente y alegatos vertidos a lo largo del procedimiento.
47. En mérito de lo expuesto, siguiendo la lógica de lo dispuesto en los artículos 38° y 39° del Código, atendiendo al medio probatorio aportado por la parte denunciante respecto de la discriminación sufrida, y considerando que la Discoteca no ha desvirtuado su responsabilidad por el hecho infractor, este Colegiado concluye que la negativa de ingreso al establecimiento comercial no obedecía a una razón distinta de la condición de transgénero de la parte denunciante.
48. Por lo tanto, al no ser una razón justificada u objetiva, corresponde confirmar la recurrida en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta contra la Discoteca por infracción de los artículos 1.1° literal d) y 38° del Código.

## Sobre la graduación de la sanción

49. El artículo 112° del Código establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión debe atender al beneficio ilícito esperado con la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar<sup>22</sup>.
50. A efectos de graduar la sanción a imponer, el TUO de la LPAG, recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el Principio de Razonabilidad<sup>23</sup>, según el cual la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones, siendo que las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, precisando que el fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.** Al graduar la sanción, el órgano resolutorio puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
2. La probabilidad de detección de la infracción.
3. El daño resultante de la infracción.
4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.

(...).

<sup>23</sup> **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.** La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

**3. Razonabilidad.-** Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

<sup>24</sup> A efectos de graduar la sanción a imponer, el TUO de la LPAG recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el de razonabilidad, según el cual la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones.

51. En el presente caso, la Comisión sancionó a la Discoteca con una multa de 25 UIT por la infracción cometida, tras considerar que: (i) la probabilidad de detección de la misma era baja; (ii) la conducta infractora ocasionó un grave perjuicio no patrimonial en la parte denunciante, consistente en el daño moral causado, habiendo mellado su dignidad como persona humana al discriminarla por su condición de transgénero; y, (iii) el daño resultante de la conducta infractora era de gran importancia, pues incidió directamente en la dignidad de la parte denunciante y vulneró derechos tan fundamentales como el derecho a no ser discriminado, a un trato justo y equitativo, a la paz y tranquilidad, a contratar con fines lícitos, y al libre desarrollo de su personalidad.
52. Asimismo, la Comisión -pese a considerar que correspondía imponer una multa de 50 UIT- en virtud de la condición de la Discoteca como “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.)”, y en tanto no contaba con establecimientos anexos, graduó la sanción a una multa de 25 UIT.
53. En su recurso de apelación, la Discoteca manifestó que debía considerarse que su empresa era una microempresa, de acuerdo al documento adjuntado a su impugnación.
54. Al respecto, si bien la Discoteca adjuntó un documento que demostraría su acreditación de Micro Empresa<sup>25</sup>, lo cierto es que el mismo tiene fecha de expedición 8 de mayo de 2018, luego de ocurrido el hecho denunciado, y de manera posterior a la interposición de la presente denuncia, por lo que corresponde desestimarlos.
55. Asimismo, los ingresos presentados por la denunciada en su apelación<sup>26</sup> en realidad obedecen a la declaración jurada de la renta mensual correspondiente únicamente al periodo abril 2018, por tal motivo, corresponde desestimar la pertinencia de dicha prueba, en tanto no demuestra ni acredita algún tipo de confiscatoriedad en la sanción impuesta.
56. Ahora bien, esta Sala comparte los argumentos esgrimidos por la Comisión, pues la infracción cometida por la Discoteca ocasionó graves perjuicios a la parte denunciante, ya que atentó contra su dignidad y su derecho a no ser discriminada por su condición de transgénero al impedirle el ingreso a su establecimiento, restricción que no respondió a causas objetivas o justificadas, como pudo ser el discutido -pero no probado- estado ético del consumidor, o presuntos disturbios previos.

---

<sup>25</sup> Ver foja 145 del expediente.

<sup>26</sup> Ver información confidencial obrante a fojas 146 a 152 del expediente.

57. En efecto, no se trató de cualquier infracción, sino de una dirigida a vulnerar uno de los derechos fundamentales y más importantes recogidos por la Constitución Política del Perú, como es el derecho a no ser discriminado, por lo que su gravedad debe ser tomada en cuenta, de cara a la sanción a adoptar.
58. Además, la infracción cometida por la Discoteca, ocasionó también serios daños en el mercado, dado que frustra las expectativas de los consumidores en relación a un derecho que debe ser observado y respetado por los proveedores, en el marco del ofrecimiento de sus productos y servicios. De allí que corresponde, dada la gravedad de la situación, sancionar a la Discoteca con una multa proporcional a la infracción detectada.
59. Por ello, esta Sala considera que la multa impuesta a la denunciada no se encuentra acorde con la gravedad de la conducta infractora verificada, debiendo haber correspondido una sanción de 50 UIT; no obstante, el artículo 258°.3 del TUO de la LPAG, regula la prohibición de la reforma peyorativa, el cual impide la imposición de sanciones más graves para el sancionado cuando haya sido este quien impugne la resolución adoptada<sup>27</sup>.
60. Por lo tanto, corresponde confirmar la resolución recurrida en el extremo que sancionó a la Discoteca con una multa de 25 UIT por la infracción detectada.

#### Sobre la medida correctiva

61. El artículo 114° del Código establece la facultad que tiene el Indecopi para dictar, a pedido de parte o de oficio, medidas correctivas reparadoras y complementarias a favor de los consumidores<sup>28</sup>.
62. La finalidad de las medidas correctivas reparadoras, establecidas en el artículo 115° del Código, es resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa, mientras que las complementarias, señaladas en el artículo 116° del Código,

---

<sup>27</sup> **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 258°.- Resolución.**  
(...) 258.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

<sup>28</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 114°.- Medidas correctivas.**  
Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias.  
Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que en el futuro, esta se produzca nuevamente<sup>29</sup>.

63. En el presente caso, la Comisión ordenó a la Discoteca, en calidad de medida correctiva que, inmediatamente después de notificada la resolución, cese la aplicación de tratos discriminatorios en contra de la parte denunciante.
64. Atendiendo a los argumentos expuestos y teniendo en cuenta que la Discoteca no ha fundamentado sus cuestionamientos a la recurrida en relación con la mencionada medida correctiva; más allá de la alegada ausencia de la conducta infractora -desvirtuada precedentemente-, este Colegiado asume como propias las consideraciones de la resolución apelada sobre dicho extremo, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° del TUO de la LAPG<sup>30</sup>; en consecuencia, corresponde confirmarlo.
65. Sin perjuicio de lo anterior, habiendo quedado acreditado que la Discoteca incurrió en actos discriminatorios en contra de la parte denunciante, la Sala, a efectos de que aquella infracción no ocurra a futuro, considera que corresponde ordenar de oficio a la denunciada, en calidad de medidas correctivas, que en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles de notificada la presente resolución, cumpla con<sup>31</sup>:

---

<sup>29</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 115°.- Medidas correctivas reparadoras.**

115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior. (...).

115.2 (...) Cuando los órganos competentes del Indecopi se pronuncian respecto de una medida correctiva reparadora, aplican el principio de congruencia procesal.

**Artículo 116°.- Medidas correctivas complementarias.** Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.

b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.

c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.

(...).

<sup>30</sup> **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo.**

(...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

<sup>31</sup> Conforme a pronunciamientos anteriores de la Sala donde se verificó la misma infracción. A modo de ejemplo, pueden verse las Resoluciones 3255-2015/SPC-INDECOPI del 19 de octubre de 2015 y 0628-2018/SPC-INDECOPI del 26 de marzo de 2018.

- (i) Capacitar a su personal, dependiente y/o contratado, sobre la prohibición de discriminar a los consumidores, establecida en el Código; y,
  - (ii) colocar un cartel en la parte exterior del establecimiento inspeccionado, y demás locales del proveedor si los hubiere, con el siguiente mensaje: *“Este establecimiento está prohibido de discriminar a sus consumidores por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a denunciar ello ante el Indecopi conforme a la norma citada precedentemente”*.
66. En tal sentido, se informa a la Discoteca que deberá presentar a la Comisión los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas ordenadas, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código<sup>32</sup>. De otro lado, se informa a la parte denunciante que -en caso se produzca el incumplimiento de los mandatos- deberá comunicarlo a la Comisión, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva, conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 117°.- Multas coercitivas por incumplimiento de mandatos.**

Si el obligado a cumplir con un mandato del Indecopi respecto a una medida correctiva o a una medida cautelar no lo hace, se le impone una multa coercitiva no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria, tratándose de una microempresa; en todos los otros supuestos se impone una multa no menor de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

En caso de persistir el incumplimiento de cualquiera de los mandatos a que se refiere el primer párrafo, el órgano resolutorio puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el límite de doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La multa que corresponda debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva.

No cabe la impugnación de las multas coercitivas previstas en el presente artículo.

<sup>33</sup> **RESOLUCIÓN 076-2017-INDECOPI/COD. Aprueban Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI denominada “Directiva que regula los procedimientos en materia de protección al consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”. 4.8. De las medidas correctivas.**

En los supuestos en que el órgano resolutorio considere lo acordado por las partes durante la relación de consumo al dictar una o varias medidas correctivas; debe atender a que las mismas no contravengan las disposiciones recogidas en los Título II y III del Código referidos a los contratos de consumo y métodos comerciales abusivos.

En caso se ordenen medidas correctivas o medidas cautelares, la Resolución Final deberá apercibir al obligado, a presentar los medios probatorios que acrediten su cumplimiento en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117 del Código.

En caso se produzca el incumplimiento del mandato, el beneficiado deberá comunicarlo al órgano resolutorio de primera instancia, el cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la presente Directiva.

67. Finalmente, teniendo en cuenta la gravedad de la discriminación en el consumo, como la detectada en el presente caso, así como las facultades legales expuestas precedentemente, este Colegiado exhorta a las Comisiones, cuando determinen responsabilidad administrativa por la infracción antes señalada, a siempre evaluar la pertinencia de ordenar medidas correctivas (de oficio o a pedido de parte según corresponda) dirigidas a que se capaciten y sensibilicen a los empleados de los proveedores contra la discriminación y a que se informen a los consumidores sobre sus derechos, de modo similar a lo establecido en la presente resolución.
68. Ello, en tanto mediante estas medidas -adicionalmente a la sanción- el Indecopi cumple de modo más efectivo con uno de sus deberes establecidos en el Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, esto es, proteger a los consumidores frente a la discriminación en el consumo y, asimismo, evitar la ocurrencia de esta práctica<sup>34</sup>. En tal sentido, se encarga a la Secretaría Técnica de la Sala que circule esta resolución con las Comisiones, a fin de trasladar la exhortación antes señalada.

Sobre la condena al pago de las costas y costos, y la inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi

69. Atendiendo a los argumentos expuestos, y considerando que la Discoteca no ha fundamentado sus cuestionamientos a la recurrida en relación con dichos extremos, más allá de la alegada ausencia de responsabilidad -desvirtuada precedentemente- este Colegiado asume como propias las consideraciones de la resolución apelada sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° del TUO de la LPAG<sup>35</sup>. En consecuencia, corresponde confirmarlos.

<sup>34</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 2°.- Funciones del INDECOPI.** 2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:  
(...)  
d) Proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo.

**Artículo 27°.- De la Comisión de Protección al Consumidor.-** Corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor y de las leyes que, en general, protegen a los consumidores de la falta de idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada, de las omisiones de información y de la discriminación en el consumo, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

<sup>35</sup> **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo.**  
(...)  
6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

## RESUELVE:

**PRIMERO:** Confirmar la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU del 4 de julio de 2018, emitida por la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Ervin Raúl Torres Farfán contra Chira's E.I.R.L. por infracción de los artículos 1°.1 literal d) y 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado un acto discriminatorio en perjuicio de la parte denunciante, al negarle el ingreso al establecimiento comercial debido a su condición de transgénero.

**SEGUNDO:** Confirmar la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU en el extremo que sancionó a Chira's E.I.R.L. con una multa de 25 UIT por la infracción cometida.

**TERCERO:** Requerir a Chira's E.I.R.L. el cumplimiento espontáneo del pago de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 205° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS<sup>36</sup>, precisándose además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento.

**CUARTO:** Confirmar la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU en el extremo que ordenó a Chira's E.I.R.L., en calidad de medida correctiva, que inmediatamente después de notificada la resolución, cese la aplicación de tratos discriminatorios en contra de la parte denunciante.

**QUINTO:** Ordenar a Chira's E.I.R.L., como medidas correctivas de oficio, que en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles de notificada la presente resolución, cumpla con:

- (i) Capacitar a su personal, dependiente y/o contratado, sobre la prohibición de discriminar a los consumidores, establecida en la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; y,
- (ii) colocar un cartel en la parte exterior del establecimiento inspeccionado, y demás locales del proveedor si los hubiere, con el siguiente mensaje:  
*"Este establecimiento está prohibido de discriminar a sus consumidores por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género o*

<sup>36</sup> **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado mediante DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 205°.- Ejecución forzosa.**

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

*cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, si una persona advierte que este establecimiento incumple dicha prohibición, tiene derecho a denunciar ello ante el Indecopi conforme a la norma citada precedentemente”.*

Se informa a Chira's E.I.R.L. que deberá presentar a la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas ordenadas, en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. De otro lado, se informa a Ervin Raúl Torres Farfán que -en caso se produzca el incumplimiento de los mandatos- deberá comunicarlo a la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva, conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

**SEXTO:** Confirmar la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU en el extremo que condenó a Chira's E.I.R.L. al pago de las costas y costos del procedimiento.

**SÉPTIMO:** Confirmar la Resolución 0644-2018/INDECOPI-PIU en el extremo que dispuso la inscripción de Chira's E.I.R.L. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

***Con la intervención de los señores vocales Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Roxana María Irma Barrantes Cáceres, Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio y Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle.***

**JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA**  
**Vicepresidente**