

INFORME No. 172/17¹
PETICIÓN 1718-11
 INFORME DE ADMISIBILIDAD
 CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES
 PERÚ
 28 DE DICIEMBRE DE 2017

I. DATOS DE LA PETICIÓN

Parte peticionaria:	Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Heartland Alliance for Human Needs & Human Rights y Asociación Líderes en Acción ²
Presunta víctima:	Crissthan Manuel Olivera Fuentes
Estado denunciado:	Perú
Derechos invocados:	Artículos 8 (garantías judiciales), 11 (protección de la honra y de la dignidad), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ³ , en relación con sus artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno)

II. TRÁMITE ANTE LA CIDH⁴

Fecha de presentación de la petición:	29 de noviembre de 2011
Información adicional recibida durante la etapa de estudio:	29 de junio de 2012
Fecha de notificación de la petición al Estado:	15 de mayo de 2013
Fecha de primera respuesta del Estado:	17 de julio de 2013
Observaciones adicionales de la parte peticionaria:	27 de agosto y 2 de diciembre de 2013; 30 de mayo de 2014 y 19 de abril de 2017
Observaciones adicionales del Estado:	17 de marzo de 2014 y 11 de abril de 2016

III. COMPETENCIA

Competencia <i>Ratione personae</i>:	Sí
Competencia <i>Ratione loci</i>:	Sí
Competencia <i>Ratione temporis</i>:	Sí
Competencia <i>Ratione materiae</i>:	Sí, Convención Americana (depósito de instrumento realizado el 28 de julio de 1978)

IV. ANÁLISIS DE DUPLICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS Y COSA JUZGADA INTERNACIONAL, CARACTERIZACIÓN, AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS Y PLAZO DE PRESENTACIÓN

Duplicación de procedimientos y cosa juzgada internacional:	No
--	----

¹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2.a del Reglamento de la Comisión, el Comisionado Francisco José Eguiguren Praeli, de nacionalidad peruana, no participó en el debate ni en la decisión del presente asunto.

² Mediante comunicación de 26 de marzo de 2014, se informó que Heartland Alliance for Human Needs & Human Rights y Asociación Líderes en Acción serían co-peticionarios.

³ En adelante, "la Convención Americana" o "la Convención."

⁴ Las observaciones de cada parte fueron debidamente trasladadas a la parte contraria.

Derechos declarados admisibles:	Artículos 8 (garantías judiciales), 11 (protección de la honra y de la dignidad), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana
Agotamiento de recursos internos o procedencia de una excepción:	Sí, 30 de mayo de 2011
Presentación dentro de plazo:	Sí, 29 de noviembre de 2011

V. HECHOS ALEGADOS

1. Los peticionarios indican que la presunta víctima, Crissthian Manuel Olivera Fuentes, fue discriminada debido a su orientación sexual. Afirman que el 11 de agosto de 2004 él y su pareja se encontraban en una cafetería ubicada en un Supermercado San Isabel, propiedad de la empresa Supermercados Peruanos S.A., en la ciudad de Lima, leyendo poemas en actitud romántica, sin realizar contacto físico. Indican que personal de seguridad del supermercado les solicitó que cesaran sus expresiones afectivas, pues un cliente que se encontraba con su hija menor de edad se había quejado de sus escenas amorosas. Manifiestan que, posteriormente, se acercó la supervisora del local con cuatro agentes de seguridad, para reiterarles que debían modificar su conducta, pues sus muestras de afecto podían afectar a los niños que se encontraban jugando. Refieren que la supervisora les indicó que debían retirarse en caso no fueran a consumir algún producto, pero si compraban en la cafetería, debían abstenerse de su conducta afectiva, a fin de no incomodar a los demás consumidores.

2. Señalan que la presunta víctima circuló una nota de prensa denunciando el trato recibido, tras lo cual el programa Reporte Semanal, del canal de televisión Frecuencia Latina, realizó un reportaje emitido el 22 de agosto de 2004 que consistía en intervenciones a tres supermercados, entre ellos el establecimiento en cuestión pero en otra sucursal. El reportaje consistía en que la presunta víctima asistiría acompañada de su pareja a los establecimientos escogidos y el periodista ingresaría junto con su enamorada y realizarían las mismas conductas. El fin era demostrar el trato diferenciado que se otorgaba a las expresiones de afecto de personas con diversa orientación sexual. Indican que, en el marco de dicho reportaje, la presunta víctima y su pareja recibieron amonestación del personal del supermercado Santa Isabel, siendo expulsados del lugar, a diferencia de lo ocurrido con el periodista y su pareja.

3. Sostienen que el 1 de octubre de 2004 la presunta víctima presentó una denuncia por discriminación por orientación sexual contra Supermercados Peruanos S.A. ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante "INDECOPI"), con base en el Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor. Refieren que el 31 de agosto de 2005 la denuncia fue declarada infundada por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, argumentando que la presunta víctima no había acreditado el trato discriminatorio en los términos exigidos por el artículo 7.b de la Ley de Protección al Consumidor, y que el interés superior del niño facultaba a las empresas para solicitar a toda pareja el cese de sus manifestaciones e intercambios afectivos. Asimismo, excluyó como medio de prueba el reportaje presentado por la presunta víctima fundado en que la filmación difería del día en que habrían ocurrido los hechos denunciados y que era producto de hechos provocados por el denunciante. Contra dicha sentencia, la presunta víctima interpuso recurso de apelación y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, mediante resolución del 17 de mayo de 2006, resolvió confirmar la sentencia, fundado en que la presunta víctima no había presentado medio probatorio sobre los hechos ocurridos el 11 de agosto de 2004, y excluyó el reportaje alegado bajo el mismo fundamento. Asimismo, consideró que el alegato de la demandada sobre que el accionar se habría llevado a cabo en vista del principio del interés superior del niño no era procedente, pues si la conducta hubiera sido excesiva, la afectación se habría producido para todos los demás clientes siendo irrelevante su edad.

4. Manifiestan que, ante dicha resolución, el 13 de septiembre de 2006 la presunta víctima solicitó nulidad parcial de la confirmación de sentencia de primera instancia ante la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Lima, la que el 10 de junio de 2008 declaró infundada

la solicitud de nulidad, argumentando que las pruebas aportadas no eran suficientes por constituir prueba realizada por el propio recurrente y el video era posterior a los hechos cuestionados. Sostuvo además que, conforme el artículo 7B de la Ley de Protección al Consumidor, la carga de la prueba recae en quien alega la discriminación y que los fines de la intervención se encontraban en la tutela del interés superior del niño. Sobre este último aspecto alegan pronunciamiento *extra petita*, pues la sentencia se pronunció sobre un extremo no sometido a su conocimiento, generando *reformatio in peius*. Indican que contra dicha sentencia, interpuso apelación y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de junio de 2010 confirmó la sentencia de primera instancia, señalando que el artículo 7.b del Decreto Legislativo N°716 “colocaba la carga de la prueba en el sujeto discriminado”, y que debería prevalecer el derecho de presunción de inocencia de Supermercados Peruanos S.A. ante la ausencia de prueba suficiente. Refieren que, contra tal decisión se interpuso recurso de casación alegando nuevamente un trato discriminatorio por orientación sexual, y la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, el 11 de abril de 2011, declaró improcedente el recurso fundado en que no era la instancia competente para realizar “actos de nueva valoración de la prueba”, notificándole dicha sentencia el 30 de mayo de 2011.

5. Sobre el agotamiento de los recursos internos, indican que el amparo no era la vía idónea en este caso pues no ofrecía etapa probatoria, ni podía lograr medidas correctivas, por lo que en este caso la vía agotada era la adecuada a efectos de acreditar la discriminación. Además, afirman que las violaciones a los artículos 11 y 13 de la Convención, están íntimamente ligadas a las violaciones del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial así como al derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual, por lo que el agotamiento de los recursos internos efectuado, comprende el agotamiento de dichos derechos.

6. Por los hechos descritos, los peticionarios denuncian que el señor Olivera fue víctima de un trato discriminatorio por parte del personal del supermercado y que las autoridades administrativas y judiciales no dieron respuesta adecuada y oportuna a sus reclamos, en el contexto de la incompatibilidad del marco legal existente en Perú para la acreditación de tratos discriminatorios, que en este caso, impusieron una carga probatoria arbitraria y maliciosa a la presunta víctima. Agregan que el 1 de setiembre de 2010, la Ley de Protección del Consumidor aplicada en el marco de la investigación de lo ocurrido fue modificada por la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Indican que si bien la ley reconoce el derecho a la no discriminación, no refiere explícitamente como categoría discriminatoria a la orientación sexual, y mantiene una disposición análoga al artículo 7B de la Ley de Protección del Consumidor respecto de la prueba corresponde a los sujetos discriminados. Asimismo, alegan violaciones al debido proceso y protección judicial, puesto que el trámite ante las autoridades administrativas y judiciales se extendió por 7 años, y no se respetó el principio de prohibición del *reformatio in peius*, pues la presunta víctima no tuvo oportunidad de controvertir si el interés superior del niño justificaba el trato diferenciado.

7. Por su parte, el Estado alega que la petición es inadmisibles. Refiere que el peticionario no ha cumplido con interponer y agotar los recursos previstos en la jurisdicción interna sobre las alegadas violaciones a la protección de la honra y de la dignidad, y libertad de expresión y pensamiento, en sede administrativa, impidiendo con ello que los órganos competentes conocieran estos alegatos. Además, indica que los peticionarios escogieron la vía administrativa, y no el proceso constitucional de amparo para la protección de los derechos. Agrega que el INDECOPI no tiene competencia para valorar afectaciones de los referidos derechos, pues no pertenecen a los derechos reconocidos a los consumidores, y que el procedimiento contencioso administrativo contemplado en la Ley N°27584 tiene como finalidad que el Poder Judicial tenga el control jurídico de las actuaciones de la administración pública, no pudiendo exceder lo actuado en la misma.

8. Asimismo, el Estado refiere que, en virtud del principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con la “cuarta instancia”, la protección internacional es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno, y por ello, la CIDH no puede revisar decisiones de los tribunales nacionales que actúen en esfera de su competencia y apliquen las debidas garantías judiciales, a menos que se haya cometido una violación a la Convención. Manifiesta, por lo tanto, que la inconformidad de los peticionarios con las decisiones administrativas y judiciales dictadas dentro de la competencia de las autoridades nacionales no da soporte a la CIDH para revisar dichas decisiones.

9. Adicionalmente, afirma que sobre las alegadas violaciones de los artículos 8 y 25 de la Convención, la diferencia entre los fallos desfavorables en sede administrativa y jurisdiccional radica en los argumentos empleados, lo cual no implica violación a las garantías procesales reconocidas en la Convención, ni presunta afectación de la prohibición de *reformatio in peius*, pues la sentencia le siguió siendo desfavorable, y que en cualquier caso, el eventual vicio invocado se subsanó con la sentencia de 14 de junio de 2010 al desechar el argumento sobre interés superior del niño y fundarse en la acreditación del acto discriminatorio. Agrega que el órgano jurisdiccional no tiene posibilidad de incorporar de oficio nueva prueba no admitida en vía administrativa, pues la presunta víctima tuvo posibilidad de incorporar y solicitar la prueba que consideraba necesaria para acreditar su denuncia ante INDECOPI. Además, sobre la presunta vulneración del derecho al plazo razonable, indica que la duración del proceso respondió a la actividad procesal de las partes.

10. Asimismo, en cuanto a la alegada violación del artículo 24 de la Convención, refiere que lo alegado no se vincula con el derecho a la igualdad ante la ley, pues la regulación sobre la carga de la prueba según el Decreto Legislativo N°716, regulaba la posibilidad de que el denunciante sustente los hechos discriminatorios sobre la base de indicios, por lo que el “estándar de prueba indiciaria” aplicado en sede interna no fue diferenciado, sino que fue la carencia de pruebas del presunto acto discriminatorio la que generó la convicción en el juzgador para declarar infundada la demanda. Afirma que lo que en realidad cuestionan los peticionarios es la prueba y criterios de valoración aplicados, lo que conlleva a que la CIDH actúe como cuarta instancia. Además, agrega que la presunta víctima no solicitó la inaplicación del artículo 7.b. del Decreto Legislativo N°716 en sede administrativa ni jurisdiccional. Asimismo, refiere que el principio del interés superior del niño formaba parte de los aspectos debatidos durante el procedimiento administrativo, lo que facultó al órgano judicial pronunciarse, pero el argumento central para declarar infundada la demanda en la Segunda Sala fue la falta de prueba que acreditara fehacientemente el acto de discriminación y que, en cualquier caso, la Sala no efectuó una distinción en razón de la orientación sexual de las parejas que incurrían en demostraciones excesivas de afecto.

VI. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS Y PLAZO DE PRESENTACIÓN

11. Los peticionarios refieren que la presunta víctima agotó los recursos de jurisdicción interna, previstos en la legislación peruana, en sede administrativa y judicial. Por su parte, el Estado alega falta de agotamiento de recursos internos respecto a los alegatos vinculados a los artículos 11 y 13 de la Convención, y agrega que la presunta víctima tenía disponible el recurso de amparo, el cual no ejerció. Al respecto, la CIDH identifica que los recursos agotados por la presunta víctima a nivel interno fueron idóneos a efectos de los alegatos planteados. Adicionalmente, en relación con lo sostenido por el Estado en el sentido de que el INDECOPI no tenía competencia para valorar las alegadas afectaciones a los derechos a la honra y dignidad porque no pertenecen a los derechos reconocidos a los consumidores, la Comisión considera que la presunta víctima planteó la sustancia de la materia presentada en la petición bajo estudio en los recursos administrativos y judiciales, y las autoridades competentes la consideraron y se pronunciaron sin limitar o excluir en parte la materia presentada con base en su competencia. En este sentido, se entiende que la vulneración alegada sobre los derechos contenidos en dichas normas, sería consecuencia de la situación de discriminación planteada en el proceso iniciado. Atendido lo anterior, la Comisión concluye que la presunta víctima agotó los recursos internos mediante la sentencia que le fue notificada el 30 de mayo de 2011, en cumplimiento del artículo 46.1.a de la Convención. En vista de que la petición fue presentada el 29 de noviembre de 2011, la misma cumple con el requisito establecido en el artículo 46.1.b de la Convención.

VII. CARACTERIZACIÓN DE LOS HECHOS ALEGADOS

12. En vista de los elementos de hecho y de derecho expuestos por las partes y la naturaleza del asunto puesto bajo su conocimiento, la Comisión considera que, de ser probados los hechos alegados relativos a actos de discriminación a los que se habría visto expuesta la presunta víctima como consecuencia de la expresión de su orientación sexual, así como las alegadas violaciones al debido proceso en el marco de las denuncias presentadas por los hechos denunciados, los mismos podrían caracterizar posibles violaciones de

los artículos 8, 11, 13⁵, 24 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado.

VIII. DECISIÓN

1. Declarar admisible la presente petición en relación con los artículos 8, 11, 13, 24 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado;
2. Notificar a las partes la presente decisión;
3. Continuar con el análisis del fondo de la cuestión; y
4. Publicar esta decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Aprobado electrónicamente por la Comisión a los 28 días del mes de diciembre de 2017. (Firmado): Margarete May Macaulay, Primera Vicepresidenta; Esmeralda E. Arosemena Bernal de Troitiño, Segunda Vicepresidenta; José de Jesús Orozco Henríquez, Paulo Vannuchi, James L. Cavallaro, y Luis Ernesto Vargas Silva, Miembros de la Comisión.

⁵ Ver, *mutatis mutandi*, CIDH, Informe No. 64/16. Petición 2332-12. Admisibilidad. Vicky Hernández y Familia. Honduras. 6 de diciembre de 2016, párr. 31; CIDH, Informe No. 66/16. Petición 824-12. Admisibilidad. Tamara Mariana Adrián Hernández. Venezuela. 6 de diciembre de 2016, párr. 28, y; CIDH, Informe No. 73/16. Petición 2191-12. Admisibilidad. Alexa Rodríguez. El Salvador, 6 de diciembre de 2016, párr. 9.