

Lima, 2 de septiembre de 2022

Estimado Señor

Ricardo C. Pérez Manrique:

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Presente.-

Asunto: Amicus Curiae con ocasión del caso contencioso Olivera Fuentes vs. Perú

De mi mayor consideración:

Me es grato dirigirme a usted para saludarlo en nombre del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico del Perú.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se adjunta a esta comunicación el *Amicus Curiae* elaborado por la Clínica Jurídica de Libertades Informativas y Transparencia de nuestra casa de estudios, con relación al caso contencioso de Olivera Fuentes vs. Perú. El equipo detrás de este documento estuvo integrado por el suscrito, profesor del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico, investigador del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico y director de la Clínica Jurídica, Andrés Calderón López (DNI 42886852, Registro C.A.C. 8021) y las señoras Francesca Chocano Villanueva (DNI 75678657), Sofía Isabel Alvarado Carmen (DNI 70536577), Lucero Alejandra Palomino Ochoa (DNI 70403467), Kyara Milagros Chahin Sarmiento (DNI 75710275), Rubiela Alexandra Gaspar Clavo (DNI 76309379) y Jacqueline Rose St. Laurent Del Castillo (DNI 75472823), quienes someten a consideración de vuestro despacho el presente documento.

La Clínica Jurídica es un espacio académico y formativo, conformado por alumnos y alumnas, bachilleres y abogados y abogadas egresados principalmente de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, que busca promover la transparencia por parte de las entidades del Estado y defender las libertades de información y expresión de los ciudadanos en busca de una sociedad más transparente, dialogante y democrática. Esperamos que este aporte académico pueda ser de utilidad para la Corte Interamericana en la resolución de un caso de trascendencia para el Perú, la región y para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Andrés Calderón L.

**Director de la Clínica Jurídica de Libertades Informativas y Transparencia
Jefe del Departamento Académico de Derecho**

Índice

1. Introducción y justificación del Amicus Curiae	3
2. Relato de los hechos del caso	4
3. Discriminación y ataques a la libertad de expresión de género en el contexto peruano	6
4. Alcances del derecho de la libertad de expresión, en particular, libertad de expresión de género	8
4.1. Expresión de género como manifestación del derecho a la vida privada y del derecho a la libertad de expresión de personas LGTBIQ+	8
4.2. Deberes de los estados parte del sistema interamericano de derechos humanos para la protección del derecho a la libertad de expresión de género	11
4.3. Vinculación de la identidad de género y la orientación sexual con la libertad de expresión	14
5. Análisis de la restricción al derecho a la libertad de expresión en relación con las obligaciones estatales de respeto, garantía y no discriminación	19
6. Omisiones en el razonamiento de las autoridades en sede administrativa y en sede judicial del derecho de la libertad de expresión	23
6.1. Omisiones en sede administrativa	24
6.2. Omisiones en sede judicial	29
7. Conclusiones	32

AMICUS CURIAE SOBRE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CONTEXTO DEL CASO OLIVERA FUENTES VS. PERÚ

1. Introducción y justificación del Amicus Curiae

Uno de los más grandes y severos desafíos materiales que enfrenta el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se presenta en el contexto peruano y latinoamericano de discriminación sistemática contra grupos que se busca censurar o silenciar, como es el caso de la comunidad LGBTIQ+.

Lamentablemente, actos de discriminación por expresión de género, como los que sufrió Crissthian Olivera Fuentes, no son hechos aislados en los países de nuestra región. En este sentido, este *Amicus Curiae* tiene por objeto realizar un aporte a la resolución del presente caso, a partir de una contribución académica sobre la configuración del derecho a la libertad de expresión bajo especiales circunstancias como las que se presentaron en el caso Olivera Fuentes vs. Perú.

El presente *Amicus Curiae* se estructura de la siguiente forma: En la sección segunda hacemos un repaso de los hechos. En el tercer capítulo contextualizamos la discriminación de la que fue objeto Olivera Fuentes en la realidad peruana, para entender mejor la situación de desinterés y desprotección por parte de las autoridades estatales hacia los ataques que enfrentan las personas LGBTIQ+. Posteriormente, en el capítulo cuarto se desarrolla el contenido esencial del derecho de libertad de expresión y su vínculo con la expresión de género, así como las obligaciones que tienen los estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto a dicho derecho. Seguidamente, en los capítulos quinto y sexto se aplica el marco teórico expuesto para el análisis de las violaciones a los derechos humanos de Olivera Fuentes y su pareja, así como de las omisiones en el razonamiento de las autoridades administrativas y judiciales peruanas respecto de la consideración de la libertad de expresión de género de las víctimas del presente caso. Finalmente, presentamos nuestras principales conclusiones.

2. Relato de los hechos del caso

El 11 de agosto de 2004, Crissthian Olivera Fuentes y su pareja del mismo sexo fueron amonestados por personal de la cafetería “Dulces y Salados” del Supermercado “Santa Isabel” en San Miguel, distrito de Lima, capital del Perú, por desplegar públicamente conductas de afecto. Según un informe del centro comercial, se le pidió a la víctima que cesara sus conductas afectivas dado que un cliente se había quejado de que dos personas masculinas “estaban cometiendo actos de homosexualidad¹”.

El 17 de agosto de 2004, Crissthian Olivera acudió a otro supermercado de la misma empresa junto a su pareja del mismo sexo -como parte de un reportaje de televisión-, acompañados también de otra pareja heterosexual (el periodista y su enamorada), con el fin de realizar -deliberadamente- conductas afectivas entre sí, para demostrar que existía un trato diferenciado contra las personas con orientación sexual diversa. Conforme al reportaje, a pesar de que ambas parejas desplegaron conductas afectivas,

¹ OEA (2021). La CIDH presenta caso sobre Perú ante la Corte Interamericana. Disponible en: oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/168.asp.

solamente la víctima y su pareja homosexual fueron amonestados por realizar dichos comportamientos. Dicho reportaje fue transmitido televisivamente el 22 de agosto del 2004.

El 1 de octubre de 2004, Crissthian Olivera presentó una denuncia por discriminación ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI (Expediente N° 1183-2005/CPC), la cual fue rechazada en sede administrativa en dos instancias.

Entre los medios de prueba presentados, Crissthian Olivera entregó declaraciones, el video del periodista Juan Subauste para el programa Reporte Semanal y otro video de un reportaje del programa Panorama sobre un incidente discriminatorio cometido en Santa Isabel contra miembros del colectivo Raíz Diversidad Sexual, que había ocurrido tan solo dos días antes de lo que ocurrió con Crissthian Olivera. Por otro lado, la empresa contestó presentando reportes del incidente del personal del establecimiento de la cafetería del supermercado en San Miguel, en los que hacía alusión a la comisión de “actitudes homosexuales”², cartas de clientes que se encontraban de acuerdo con el trato de Supermercados Peruanos S.A., un acta de intervención sobre el incidente de dos hombres que fueron encontradas teniendo relaciones sexuales en el baño del establecimiento de Santa Isabel el 2 de agosto de 2004 (ninguna de esas personas era Crissthian Olivera o su pareja), la noticia de la expulsión de Crissthian Olivera de un gimnasio debido a su orientación sexual en una oportunidad previa, y un informe psiquiátrico sobre los supuestos efectos perniciosos de la homosexualidad en la niñez.

El 13 de septiembre del 2006, Crissthian Olivera pidió la nulidad parcial de la resolución administrativa ante la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, pero dicho pedido fue declarado infundado. La Corte consideró que las pruebas aportadas por Crissthian Olivera “no eran suficientes”; ello, debido a que no era una constatación de la propia entidad administrativa (INDECOPI), sino que se trataba de “prueba realizada por el propio recurrente”, y debido a que “el video del reportaje era posterior a los hechos cuestionados”³. Posteriormente, Crissthian Olivera apeló dicha decisión, pero la sentencia en primera instancia judicial fue confirmada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 14 de junio de 2010, señalando que “la carga de la prueba yace en quien alega discriminación y que ante ausencia de prueba suficiente debe prevalecer la presunción de inocencia (...)”⁴. Finalmente, se interpuso un recurso de casación el 11 de abril del 2011 ante la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, y este fue declarado improcedente.

Tras múltiples intentos fallidos de obtener justicia a nivel estatal, la Organización Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS) realizó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la que alegó que el Estado peruano estaría incurriendo en la

² Supermercados Peruanos S.A. presentó los siguientes medios probatorios: Informe de William Silva de 9 de agosto de 2004. Anexo 4 del ESAP; Informe de José de la Cruz de 11 de agosto de 2004. Anexo 16 del ESAP; Informe N° 056-JPP San Miguel de Christian Quispe Dorador, Jefe de Prevención de Pérdidas de 12 de agosto de 2004. Anexo 17 del ESAP; y Declaración de Gabriela Madrid Paredes de 14 de octubre de 2004. Anexo 3 del ESAP. En el primer documento se reportaba la intervención a una pareja homosexual por sus muestras de afecto, mientras que los otros tres documentos reportaban el incidente con Crissthian y su entonces pareja. En concreto, estos documentos señalan que se intervino a Crissthian por tener “actitudes homosexuales” en frente a otros clientes con el fin de proteger a los niños que se encontraban presentes y la sensibilidad de los clientes del local.

³ Informe No.304/20, Casos 13.505, INFORME DE FONDO CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES, Perú, 29 de octubre, 2020, párr. 7.

⁴ Informe No.304/20, Casos 13.505, INFORME DE FONDO CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES, Perú, 29 de octubre, 2020, párr. 7.

violación de múltiples derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), producto de actos discriminatorios contra Crissthian Olivera y su pareja⁵.

La CIDH admitió el caso. El 29 de octubre de 2020, emitió su Informe de Fondo, en el que concluyó que el Estado peruano es responsable por “la violación de los derechos establecidos en los artículos 8.1 (garantías judiciales), 11 (vida privada), 24 (igualdad ante la ley) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento⁶”. Sobre los estándares generales sobre igualdad y no discriminación y vida privada, la CIDH realizó un juicio escalonado de proporcionalidad que incluye una evaluación de los siguientes elementos: i) la existencia de un fin legítimo; ii) la idoneidad⁷, (iii) la necesidad⁸, y, (iv) la proporcionalidad en sentido estricto⁹.

Respecto al requisito de idoneidad, la CIDH descartó que este se haya cumplido en el caso del trato sobre Crissthian Olivera y su pareja. En particular, recordó que, en el pasado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha rechazado toda argumentación genérica que busque justificar un tratamiento discriminatorio sustentado en el interés superior del niño “sin demostrar por qué una distinción de trato basada en la orientación sexual contribuye a tal fin”¹⁰. Además, respecto del requisito de legitimidad, la CIDH desestimó el argumento utilizado por Supermercados Peruanos en el sentido de que intervenir a Crissthian Olivera y su pareja para “garantizar la tranquilidad de sus clientes” califique como un fin imperioso que justifique la interferencia a la vida privada.

3. Discriminación y ataques a la libertad de expresión de género en el contexto peruano

Para poder comprender los alcances de las vulneraciones que han sufrido los miembros de la comunidad LGTBIQ+ en el Perú, es necesario contextualizar dichos sucesos. En el Perú predomina una ausencia de legislación y jurisprudencia que protejan y hagan efectivos los derechos de las personas de la comunidad LGTBIQ+, lo cual se refleja, por ejemplo, en la falta de reconocimiento de la identidad de las personas trans o del reconocimiento del matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo¹¹.

⁵ Informe No.304/20, Caso 13.505, INFORME DE FONDO CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES, 29 de octubre, 2020.

⁶ Informe No.304/20, Casos 13.505, INFORME DE FONDO CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES, Perú, 29 de octubre, 2020, párr. 65.

⁷ Implica la determinación de si existe una relación lógica de causalidad de medio a fin entre la distinción y el fin que se persigue. INFORME No.304/20, CASO 13.505, INFORME DE FONDO CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES, PERÚ, 29 de octubre, 2020, párr. 48.

⁸ Implica la determinación de si existen alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas. INFORME No.304/20, CASO 13.505, INFORME DE FONDO CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES, PERÚ, 29 de octubre, 2020, párr. 48.

⁹ Implica el balance de los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro. INFORME No.304/20, CASO 13.505, INFORME DE FONDO CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES, PERÚ, 29 de octubre, 2020, párr. 48.

¹⁰ Informe No.304/20, Casos 13.505, INFORME DE FONDO CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES, PERÚ, 29 de octubre, 2020, párr. 51.

¹¹ Enfoque Derecho (2022). Consumo y prejuicio: Dos casos sobre discriminación en el consumo. Disponible en: <https://www.enfoquederecho.com/2022/07/07/consumo-y-prejuicio-dos-casos-sobre-discriminacion-en-el-consumo/>.

En esa línea, la organización PROMSEX ha advertido que el Estado peruano no ha realizado acciones suficientes para proteger los derechos de la comunidad LGTBIQ+. En el primer censo de la Comunidad LGTBIQ+ en el Perú, realizado virtualmente en el 2017, se advirtió que de 12,026 personas LGTBIQ+ adultas, el 63% de los participantes declaró haber sido víctima de discriminación o violencia¹². En una encuesta realizada el año 2020, se contó con datos que demostraron que los estereotipos y actitudes discriminatorias hacia la población LGTBIQ+, la cual representa a más de 1 millón 700 mil peruanos adultos, se mantenían vigentes en nuestra sociedad¹³. Entre los principales¹⁴, destacan las creencias de que es peligroso dejar a un menor con una persona homosexual, que las personas se vuelven homosexuales por traumas en su infancia o malas experiencias, que una persona trans vive confundida, que el VIH - SIDA es una enfermedad de homosexuales.

En las observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, el Comité de Derechos Humanos (Comité DDHH) recomendó al Estado peruano modificar su legislación para prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, señalando que "[e]l Estado parte debe declarar clara y oficialmente que no tolerará ninguna forma de estigmatización social de homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad, ni la discriminación o la violencia contra personas por su orientación sexual o identidad de género. También debe modificarse su legislación para prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género"¹⁵.

Por su parte, el Examen Periódico Universal (EPU) del 2017¹⁶ indicó que no existe una política nacional específica para prevenir, registrar, investigar y sancionar la discriminación y violencia contra personas LGTBIQ+ incluyendo la perpetrada por agentes estatales que puedan constituir tortura. Si bien el Poder Ejecutivo modificó el Código Penal para sancionar los crímenes de odio mediante un agravante de penas (Art. 46.d), no se respeta la orientación sexual e identidad de género como categorías prohibidas de discriminación¹⁷.

Si nos enfocamos en la discriminación por expresión de género -que es una manifestación de discriminación que pueden sufrir las personas LGTBIQ+, que será desarrollado con mayor detalle a lo largo del presente *Amicus*-, es importante señalar que el caso en cuestión no es un suceso único ni aislado en el Estado peruano, sino que se enmarca en un esquema de discriminación estructural contra la comunidad LGTBIQ+ en el país.

La discriminación en el consumo se manifiesta cuando una persona desea acceder a un producto o un servicio ofrecido por un proveedor, pero no obtiene aquello que deseaba, sino un rechazo,

¹² INEI (2017). Primera Encuesta Virtual para Personas LGBTI, 2017. Disponible en: <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf>.

¹³ IPSOS (2020). II Encuesta Nacional de Derechos Humanos: Población LGBT, p.12. Disponible en: https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-06/presentacion_ii_encuesta_nacional_ddhh.pdf.

¹⁴ IPSOS (2020). II Encuesta Nacional de Derechos Humanos: Población LGBT, p. 12. Disponible en: https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-06/presentacion_ii_encuesta_nacional_ddhh.pdf.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas). Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107 periodo de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013), párr. 8.

¹⁶ Consejo de Derechos Humanos (2017). Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos, Perú. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/245/34/PDF/G1724534.pdf?OpenElement>.

¹⁷ PROMSEX (2017). Examen Periódico Universal, Desafíos en materia de igualdad y no discriminación para mujeres y personas LGTB en Perú. Disponible en: <http://incidenciainternacional.promsex.org/wp-content/uploads/InformeEPUcompiladoEspanolPromsex.pdf>.

obstaculización o maltrato por razones injustificadas y específicamente relacionadas a su raza, sexo, orientación sexual, origen, idioma, condición socioeconómica, credo y/u opinión política¹⁸.

En el Perú, la protección al consumidor ha sido encomendada a una agencia estatal, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, organismo que ha señalado con anterioridad con relación a la discriminación en el consumo que “los homosexuales pueden ser objeto de este tipo de actos ilícitos debido a que nuestra sociedad recién ha advertido que a lo largo de los años aquella minoría ha sido constantemente vejada, humillada y rechazada. Es decir, ha sido afectada en su derecho a la igualdad, con nulo respeto a su dignidad”¹⁹.

Esta situación de discriminación se ha mantenido a lo largo del tiempo. En muchas ocasiones, la discriminación en el consumo ha servido como vehículo para intentar silenciar las expresiones de género de la población LGTBIQ+.

En un caso de abril de 2014, por ejemplo, una pareja homosexual fue objeto de discriminación en el Centro Comercial Plaza San Miguel. El personal de seguridad instó a la pareja a retirarse por haber realizado demostraciones de afecto. Los hechos fueron grabados por uno de los afectados, registrándose que el personal justificó su conducta señalando que dichas muestras de afecto no estaban permitidas. Ante el reclamo de los afectados que evidenciaban la misma conducta por parte de parejas heterosexuales, el personal del centro comercial les respondió que era una situación distinta “porque eran entre un hombre y una mujer”²⁰.

En una situación similar, ocurrida algunos años después, una pareja de hombres gays denunciaron que el personal de una empresa de transportes los había discriminado por motivo de su orientación sexual durante su viaje a la ciudad de Máncora. Tras haberse abrazado y besado en sus asientos, el terramozo del bus les había pedido que se separaran, indicándoles que los pasajeros se sentían incómodos al ver a dos hombres dándose muestras de afecto²¹. Este caso motivó un procedimiento sancionador ante el Indecopi el cual concluyó con una sanción a la empresa. La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi -última instancia administrativa- precisó que, en contraposición a lo alegado por la empresa respecto a la “sensibilidad” de los niños que se encontraban a bordo del bus, “la presencia o no de niños en la unidad vehicular de la denunciada, no podría ser amparada de manera per se por esta autoridad como una justificación válida para brindar un trato diferenciado a las personas en situación de vulnerabilidad por su orientación sexual, en tanto de esa forma **solo se estaría encubriendo prejuicios que atentan contra la dignidad de las personas**”²² [el énfasis es nuestro].

¹⁸ INDECOPI (2015). Discriminación en el consumo y trato diferenciado Ilícito, p. 24 Disponible en: <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminación+en+el+Perú/f5b608b8-8cc6-43bb-bd-e8-fbe6398d0094>.

¹⁹ INDECOPI (2015). Discriminación en el consumo y trato diferenciado Ilícito, p. 21 Disponible en: <https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminación+en+el+Perú/f5b608b8-8cc6-43bb-bd-e8-fbe6398d0094>.

²⁰ “Yo lo entiendo, no es un parque. Ya bacán. Pero usted me está diciendo que, o sea, si fuéramos hombre y mujer no habría ningún problema ¿cierto?” Resolución N° 3255-2015/SPC-INDECOPI, del 19 de octubre de 2015, párr 58.

²¹ Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI, párr 35.

²² Resolución N° 1571-2021/SPC-INDECOPI, párr 59.

4. Alcances del derecho de la libertad de expresión, en particular, libertad de expresión de género

4.1. Expresión de género como manifestación del derecho a la vida privada y del derecho a la libertad de expresión de personas LGTBIQ+

La libertad de expresión es un derecho fundamental^{23,24}, el cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección²⁵.

Para comprender el impacto y la importancia del derecho a la libertad de expresión, es necesario establecer la definición concreta y alcances que conlleva este derecho fundamental. De acuerdo con la Guía Básica de Estándares Internacionales de Libertad de Expresión ejecutada por la CIDH, las principales características que conforman el derecho de la libertad de expresión son que es universal, inalienable, indivisible e interdependiente. Lo gozan todos los seres humanos, no se puede suprimir, salvo en situaciones excepcionales y el avance de un derecho facilita el avance de los demás. De este modo, en la opinión consultiva OC-5/85 de la Corte IDH se señala que la libertad de expresión es una piedra angular de toda sociedad²⁶. Es así que la libertad de expresión es crucial para el ejercicio de otros derechos. En ese sentido, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han reiterado sistemáticamente la importancia de este derecho para garantizar la igualdad no solo de los ciudadanos, sino también de las minorías y de los miembros de grupos que han sufrido discriminación histórica.²⁷

Por otra parte, y de forma conexas, diversos tribunales y órganos de supervisión de derechos humanos han señalado que el derecho a la vida privada no implica solamente la clásica protección de la intimidad. En efecto, la vida privada incluye también el respeto al libre desarrollo de la personalidad, es decir, la tutela del derecho a la autodeterminación de los aspectos esenciales que construyen la

²³ Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁴ Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; y Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

²⁵ CIDH (2019). Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. La CIDH hace un informe anual sobre la situación del derecho de libertad de expresión en países, y abarca definiciones teóricas. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/ESPIA2019.pdf>.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Párr. 47-48.

²⁷ En el caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, se determinó la discriminación por orientación sexual en violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención. Sentencia de 24 de febrero de 2012. párrs. 92 y 267. Asimismo, en el caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana, la Corte abarcó de manera superficial la "discriminación estructural", donde se determinó discriminación por prejuicios raciales. Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana, sentencia de 24 de octubre de 2012, párrs. 40, 228, 228-238.

identidad del individuo como, por ejemplo, su sexualidad²⁸. En tal sentido, la Corte Interamericana ha señalado lo siguiente:

“[L]a protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. Asimismo, la vida privada comprende la forma en que la persona se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, siendo esto una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”²⁹.

La Corte Interamericana ha señalado explícitamente que la orientación sexual y el género forman parte esencial de la vida privada de las personas: una esfera en la que no caben interferencias arbitrarias³⁰. La consecuencia práctica de esta dimensión supone garantizar también el respeto hacia las expresiones públicas de afecto de las personas al margen de su orientación sexual y expresión de género. Así, la Corte Interamericana ya señaló que “el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas”³¹.

Además, la Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege las formas en las cuales vivimos, manifestamos y expresamos nuestro género como elemento esencial de nuestra identidad³². Por lo tanto, de acuerdo con el tribunal, la Convención Americana proscribire toda actuación u omisión del Estado que pueda “resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares cisonormativos, o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales” no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos”³³.

²⁸ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 119; Corte IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 48; Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 135 y 162; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 143.

²⁹ Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 87.

³⁰ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 165; Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 91.

³¹ Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 119.

³² Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 96.

³³ *Ibidem*, párr. 97.

Ahora bien, no solo se afecta a la libertad de expresión de las personas cuando el Estado interviene arbitrariamente en su vida privada y censura sus expresiones de género, sino también cuando omite proteger tales expresiones frente a ataques de terceros. En tal sentido, la Corte Interamericana también ha establecido que la responsabilidad estatal por restricciones al derecho a la libertad de expresión puede provenir de actos de particulares cuando el Estado hubiera omitido su deber de garantía, considerando la previsibilidad de un riesgo real o inmediato, o cuando dejara de cumplir con su deber de protección³⁴.

Asimismo, la CIDH ha sostenido que, en el marco de la libertad de expresión, constituyen discursos “especialmente protegidos” las expresiones de los elementos constitutivos de la identidad personal o de la dignidad, tales como la sexualidad, y más específicamente, la orientación sexual y el género³⁵. Si bien todas las formas de expresión están, en principio, protegidas por el artículo 13.1 de la Convención Americana, estos tipos de discurso reciben una protección especial por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia. En palabras de la CIDH:

“[P]or su estrecha relación con la dignidad, la libertad y la igualdad de todos los seres humanos, en esta categoría de discursos especialmente protegidos se encuentran aquellos que expresan la propia orientación sexual y la identidad de género”³⁶.

De esta manera, la CIDH ha recordado que, en virtud del artículo 13.1 de la Convención Americana, los Estados deben proteger el derecho de todas las personas a expresar su orientación sexual e identidad de género, y establecer estrategias para permitir el desarrollo integral de la personalidad y las capacidades personales con miras a brindar herramientas para enfrentar el estigma, los estereotipos y la discriminación que suelen enfrentar al momento de expresar su personalidad e identidad³⁷.

Además, la CIDH ha enfatizado en la particular importancia de la libertad de expresión de grupos históricamente discriminados y silenciados, como las personas LGTBIQ+, para visibilizar su existencia y combatir los prejuicios que pesan sobre ellas:

“El derecho a la libertad de expresión también es fundamental para asistir a los grupos vulnerables a restablecer el equilibrio de poder entre los componentes de la sociedad. Además, este derecho es útil para promover la comprensión y la tolerancia entre las culturas, favorecer la deconstrucción de estereotipos, facilitar el libre intercambio de ideas y ofrecer opiniones alternativas y puntos de vista distintos. La desigualdad resulta en la exclusión de ciertas voces del proceso democrático, perjudicando los valores del pluralismo y la diversidad de la información. Las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión, son

³⁴ Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 340; Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 367.

³⁵ CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 noviembre 2015, párrs. 217-219.

³⁶ CIDH. Informe Anual 2008. Volumen III: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Cap. III, párrs. 48 y 51.

³⁷ CIDH. Reconocimiento de Derechos de Personas LGBTI. OAS/Ser.L/V/II.170 Doc. 184, 7 de diciembre de 2018, párr. 81.

sistemáticamente excluidas del debate público. Estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer con seriedad y de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que les afectan. Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y propuestas de quienes no han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático.

El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio. Al ser excluidos del debate público, sus problemas, experiencias y preocupaciones se vuelven invisibles, situación que los hace más vulnerables a la intolerancia, los prejuicios y la marginalización”³⁸.

4.2. Deberes de los estados parte del sistema interamericano de derechos humanos para la protección del derecho a la libertad de expresión de género

La CIDH y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión afirman que debe adoptarse un enfoque adecuado que vaya más allá de medidas legales e incluya medidas preventivas y educativas para responder y combatir las lesiones que podrían vulnerar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

De esta manera, se han planteado tres criterios principales que el Estado debe de cumplir hacia los ciudadanos:

A) Respetar el derecho, o abstenerse de interferir en el goce del mismo.

Constituye la obligación más inmediata y básica de los derechos humanos, en tanto implica no interferir o poner en peligro el ejercicio de los derechos. Se trata, entonces, de una obligación tendiente a mantener el goce del derecho y su cumplimiento. Asimismo, estas obligaciones son exigibles sea cual sea la naturaleza del derecho. Ninguno de los órganos pertenecientes al Estado, en cualquiera de sus niveles e independientemente de sus funciones (ejecutivo, legislativo y judicial), debe violentar los derechos humanos, ni por sus acciones ni por sus omisiones.

De esta manera, la Corte Interamericana señala que la protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de “esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción del ejercicio del poder estatal”³⁹.

B) Proteger, o ejercer la diligencia debida a fin de prevenir, punir, investigar y compensar el daño causado por personas o entidades privadas.

Este criterio abarca la necesidad de ejercer la diligencia debida a fin de prevenir, punir, investigar y compensar el daño causado a los derechos humanos por personas o entidades privadas. De esta manera, es una obligación dirigida a los agentes estatales en el marco de sus respectivas funciones para prevenir las violaciones a derechos humanos cometidas por particulares, así como crear el marco jurídico y la maquinaria institucional necesaria para cumplir con este fin. El Estado se ve en la

³⁸ CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 noviembre 2015, párr. 219.

³⁹ Corte IDH, La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos. Opinión Consultiva. OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Pg. 2.1

obligación de ejecutar acciones diversas a fin de proteger a las personas de las interferencias que provienen de particulares y debe garantizar que existan recursos efectivos para la protección de los derechos humanos. Asimismo, estos recursos deben ser de cumplimiento inmediato. La manera eficaz en la que se ha planteado aplicar este criterio conlleva diferentes aspectos. Por ejemplo, la creación de leyes que sancionan la violación a derechos, así como el establecimiento de autoridades que garanticen su aplicación.

Es importante mencionar a los recursos efectivos para la protección de los derechos humanos⁴⁰, estos criterios abarcan los siguientes niveles:

En el primer nivel, la protección de los derechos conlleva una vigilancia hacia los particulares y agentes estatales, para que de esta manera se pueda reaccionar ante los riesgos y prevenir violaciones a los derechos humanos.

En el segundo nivel, implica el accionar del Estado cuando alguna persona se encuentra en un riesgo real e inminente de ver violados sus derechos. De esta manera, este criterio abarca la obligación de proteger los derechos humanos cuando los mecanismos preventivos han fallado. Cuando el riesgo es real e inminente y además conocido por el Estado, este incumple su obligación si no realiza acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos humanos.

De igual forma, los particulares tienen el deber de respetar los derechos humanos. El informe sobre Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos menciona que: “Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”⁴¹. Esto exige que las empresas:

“a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan;

b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”⁴².

C) Dar cumplimiento al derecho, o tomar medidas positivas o proactivas a fin de hacerlo efectivo.

El objetivo es asegurar el disfrute de los derechos humanos. De esta manera, la Corte IDH menciona que “[e]l deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas

⁴⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de México (2013). Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores. El Instituto de Investigación jurídica muestra un análisis de requerimientos para la protección de derechos fundamentales. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/9.pdf>.

⁴¹ ONU. Principios Rectores sobre las Empresas y derechos humanos (2011). Pg 22. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

⁴² ONU. Principios Rectores sobre las Empresas y derechos humanos (2011). Pg. 21-22 Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁴³.

De esta forma, el Estado tiene una obligación hacia las personas para que puedan disfrutar de sus derechos. Sin embargo, esta garantía es compleja y, además que carece de determinación⁴⁴, por lo que se entiende que debe incluir la adopción de medidas legales e institucionales para la realización de los derechos, la provisión de bienes y servicios para la satisfacción de los derechos, y la investigación, sanción y reparación de las violaciones de los derechos humanos⁴⁵.

4.3. Vinculación de la identidad de género y la orientación sexual con la libertad de expresión

La expresión de género es “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”⁴⁶. A pesar de que es usual que este término se confunda el término de identidad de género, es necesario precisar que “la expresión de género supone aspectos específicos de la manifestación externa y de la percepción social de la identidad de género, aspectos que habían estado tradicionalmente invisibles”⁴⁷. Complementando la idea anterior, los Principios de Yogyakarta definen la “expresión de género” como “la presentación del género de cada persona a través de su apariencia física, incluyendo la vestimenta, el peinado, los accesorios, el uso de cosméticos, los gestos, el habla, los patrones de comportamiento, los nombres y las referencias personales”⁴⁸.

Por otro lado, la Comisión Internacional de Juristas (en adelante, “CIJ”) ha señalado que “[l]as posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales, la independencia económica de las mujeres y la ausencia de una pareja del sexo opuesto, son todos rasgos que pueden alterar las expectativas de género”⁴⁹.

La realidad muestra que surgen situaciones problemáticas cuando una expresión de género dista de lo heteronormativo, binario, o socialmente considerado como “tradicional”, ya que “la noción de aquello que constituyen las normas masculinas o femeninas correctas ha sido fuente de abusos contra los

⁴³ CIDH. Caso Velazqués Rodríguez y otros vs Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988.

⁴⁴ “Esta falta de determinación no se debe a la relativa novedad de la teoría sobre derechos humanos y los derechos fundamentales en general, sino a que en cada contexto es diferente y requiere de acciones distintas.” Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de México (2013). Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores. El Instituto de Investigación jurídica muestra un análisis de requerimientos para la protección de derechos fundamentales. Pg. 24. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/9.pdf>.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. 24, pg. 32.

⁴⁷ Corte CIDH. Estudio sobre OS, IG y EG. Términos y estándares de noviembre de 2011, pg 6.

⁴⁸ Principios adicionales sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales que complementan los Principios de Yogyakarta, noviembre de 2017, Preámbulo. Traducción libre del texto original: “Understanding ‘gender expression’ as each person’s presentation of the person’s gender through physical appearance – including dress, hairstyles, accessories, cosmetics – and mannerisms, speech, behavioural patterns, names and personal references, and noting further that gender expression may or may not conform to a person’s gender identity”.

⁴⁹ CIJ. Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Agosto de 2009. pg. 23.

derechos humanos de las personas que no encajan o no se ajustan a estos modelos estereotípicos de lo masculino o lo femenino. En otros términos, cuando **“las personas que no se adecúan a los patrones establecidos social y culturalmente sobre cómo se supone que “debe presentarse” o “comportarse” un hombre o una mujer sufre discriminación y violencia con base en su expresión de género.** La raíz de esos preceptos suele tener componentes sexistas y estar vinculados con el rol que se atribuye, espera y exige cada género del binario”⁵⁰ [el énfasis es nuestro].

Es por ello que la CIDH se pronunció en diversas ocasiones acerca de las normas que criminalizan la expresión de género, como, por ejemplo, en el Estado de Guyana por las normas contravencionales de carácter vago o abierto relativas a “moralidad” y “buenas costumbres” que suponen un particular impacto sobre personas trans y de género diverso⁵¹. Asimismo, también expresó preocupación el retroceso que se viene dando en los casos de las protecciones federales a estudiantes trans y de género diverso en Estados Unidos, indicando que la identidad y la expresión de género **“abarca la posibilidad de brindar a cada persona la oportunidad de proyectarse libremente hacia los demás, acorde a su identidad de género”**⁵² [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, el concepto de “expresión de género” se refiere a la externalización que hacen las personas, a través de la conducta, vestimenta, postura, interacción social, etcétera, de su identidad de género y su orientación sexual. Este es un concepto diferente al de la identidad de género, que alude a la autoidentificación de una persona con relación a la construcción social de feminidad o masculinidad. La expresión de género se refiere a un fenómeno externo a la persona y que tiene notoriedad por agentes terceros a través de expresiones identitarias de género.

En los ámbitos sociológico y psicológico se reconoce con mayor intensidad la fluidez que existe en la construcción de la identidad propia y la auto-definición. Desde esta perspectiva se ha señalado que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de estas. Al mismo tiempo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la orientación sexual –interpretación que puede extenderse a la identidad de género y expresión de género- dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”⁵³.

Según los Principios Feministas para Internet, versión 2.0, el derecho a la expresión sexual es “una cuestión de libertad de expresión y de no menos importancia que la expresión política o religiosa”⁵⁴.

⁵⁰ OEA. Resoluciones de la Asamblea General. Derechos humanos y prevención de discriminación y violencia contra personas LGBTI. 5 de junio de 2018.

⁵¹ Sobre el tema, la Comisión toma nota de la decisión de la Corte de Justicia de Caribe (en adelante CCJ), en el caso Quincy McEwan, Seon Clarke, Joseph Fraser, Seyon Persaud y la Sociedad contra la Discriminación por Orientación Sexual (SASOD) v The Attorney General of Guyana, que declaró inconstitucional la Sección 153 (1) (XLVII) de la Jurisdicción Sumaria (Ofensas), Capítulo 8:02, de Guyana, la cual criminalizaba el uso de prendas de vestir socialmente atribuidas a otro género (conocido por cross-dressing en su término en inglés).

⁵² Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. pg. 87.

⁵³ Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (2012). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes.

⁵⁴ Asociación para el progreso de las Comunicaciones (2016) Principios feministas para internet - versión 2. Acceso: <https://www.apc.org/es/pubs/principios-feministas-para-internet-version-2>.

La Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Organización de los Estados Americanos ha afirmado de forma reiterada que la expresión de género constituye una forma de expresión que está protegida por el marco internacional de los derechos humanos⁵⁵.

Un importante antecedente para el reconocimiento de la libertad de expresión de género es un informe elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH en el 2009, en el que se señaló que una de las formas discursivas que goza de nivel especial de protección “por expresar un elemento integral de la identidad y dignidad personales” es aquella que expresa la propia identidad de género⁵⁶.

En el caso *Vicky Hernandez vs. Honduras*, la Corte Interamericana concluyó que el Estado era responsable por la violación a la libertad de expresión, establecida en el artículo 13 de la Convención. En esta sentencia, la Corte señaló que interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a la libertad de expresión⁵⁷. ¿Este razonamiento es aplicable a la expresión de género? La respuesta debe ser positiva, pues por atributos de la identidad se puede entender una amplia gama de manifestaciones de la persona en toda su integridad, entre ellas, las manifestaciones de la expresión de género: la apariencia, la actitud y, en este caso, las expresiones de afecto con personas del mismo sexo.

Asimismo, en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, la Corte precisó que el alcance del derecho a la no discriminación incluye la expresión de la orientación sexual y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas⁵⁸.

De esta forma, se puede colegir que la jurisprudencia de la Corte IDH considera que el derecho a la identidad, y la manifestación de esta se encuentra amparado por la CADH (Art.13), el cual reconoce el derecho a la libertad de expresión⁵⁹. Por lo tanto, “interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho”⁶⁰. De allí que “es ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de las

⁵⁵ Informe sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de personas Afrodescendientes. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 109 (16 de marzo de 2021); Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. OAS/Ser.L/V/II.170 Doc. 184 (7 de diciembre de 2018) ; Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía. OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176 (29 de septiembre de 2019) y Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 239 (7 de agosto de 2020).

⁵⁶ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina. Acceso: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37048.pdf>.

⁵⁷ Corte IDH, Caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021, párr. 117.

⁵⁸ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C.

⁵⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 “*identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre derechos humanos)*”, 24 de noviembre de 2017, párr. 117.

⁶⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 “*identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre derechos humanos)*”, 24 de noviembre de 2017, párr. 117.

personas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad y la facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones”⁶¹.

En ese sentido, toda persona tiene el pleno derecho a manifestar públicamente los atributos de su personalidad, lo cual incluye, por supuesto, su identidad de género y/o sexual⁶², así como también sus convicciones, expresiones y/o muestras de afecto, sin miedo a injerencias ilegítimas o arbitrarias de ningún tipo. No se trata de proteger únicamente la identidad y condición sexual en sí mismas, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En este sentido, por ejemplo, las demostraciones de afecto también son una manera de expresar la orientación sexual de una persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho⁶³.

Ello es coherente con lo que establece la Corte IDH:

“[...] dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las **conductas en el ejercicio de la homosexualidad**. La Comisión y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión consideran que **esta lógica también se aplica a la expresión de la identidad de género de una persona**. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado que **el artículo 13 de la Convención Americana abarca el derecho de las personas a expresar su orientación sexual e identidad de género y que este tipo de expresión goza de un nivel especial de protección** bajo los instrumentos interamericanos, en tanto se relaciona con un elemento integral de la identidad y la dignidad personal”⁶⁴ [el énfasis es nuestro].

A su vez, la Corte IDH ha sido enfática en indicar que “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, su identidad de género y/o su expresión de género”⁶⁵.

Llegado a este punto, es necesario recordar que, como parte de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de garantizar el cumplimiento del principio de no discriminación en el ejercicio de los derechos humanos de todas las personas, cualquiera sea su

⁶¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 “*identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre derechos humanos)*”, 24 de noviembre de 2017, párr. 117.

⁶² Corte IDH, Caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021, párr. 117.

⁶³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 “*identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre derechos humanos)*”, 24 de noviembre de 2017, párr. 82.

⁶⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Informe “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, párr. 217.

⁶⁵ Corte IDH, Caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021, párr. 123.

orientación sexual o identidad de género⁶⁶. Este cumplimiento constituye una obligación inmediata e intersectorial en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos⁶⁷.

En esa línea, la obligación estatal de proteger a las personas contra la discriminación fundada en la orientación sexual se extiende a asegurar que las parejas del mismo sexo reciban el mismo tratamiento y tengan derecho a las mismas prestaciones que las parejas heterosexuales⁶⁸.

Entonces, dado que es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan sobre ella -independientemente de si la percepción externa corresponde o no con la realidad interna de la víctima⁶⁹-, la Corte IDH ha señalado que “la discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación⁷⁰”, es decir, la persona queda reducida a la única característica que le imputa la percepción externa, sin que importen otras condiciones personales de la víctima⁷¹.

Es por ello, que, para garantizar el derecho a la no discriminación, el Estado y la sociedad deben respetar la individualidad de las personas, y “la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones”⁷².

5. Análisis de la restricción al derecho a la libertad de expresión en relación con las obligaciones estatales de respeto, garantía y no discriminación

En el Informe de Fondo No. 304/20 del presente caso, la CIDH determinó que el Estado peruano era “responsable por la violación de los derechos establecidos en los artículos 8.1 (garantías judiciales), 11 (vida privada), 24 (igualdad ante la ley) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁷³. Asimismo, respecto a la alegada violación del derecho a la libertad de expresión, la CIDH afirmó que “no corresponde una determinación autónoma pues su sustento se

⁶⁶ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2012). *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, Doc. ONU HR/PUB/12/06, pág. 53.

⁶⁷ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2012). *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, Doc. ONU HR/PUB/12/06, pág. 53.

⁶⁸ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2012). *Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos*, Doc. ONU HR/PUB/12/06, pág. 53.

⁶⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 “*identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre derechos humanos)*”, 24 de noviembre de 2017, párr. 79.

⁷⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 “*identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre derechos humanos)*”, 24 de noviembre de 2017, párr. 79.

⁷¹ Corte IDH, Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 158.

⁷² Corte IDH, Caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021, párr. 117.

⁷³ Informe No. 304/20 Caso 13.505, INFORME DE FONDO CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES, PERÚ, párr. 63.

encuentra analizado bajo el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la vida privada”⁷⁴.

Discrepamos respetuosamente de la CIDH en este punto. El incumplimiento de los deberes estatales ante actos de discriminación basados en la forma cómo las personas expresan su género y dan muestras de afecto hacia los demás conlleva serias afectaciones específicas a la capacidad de expresión en público. Se tratan de expresiones amparadas por el derecho humano a la libertad de expresión, especialmente cuando se refieren a manifestaciones protegidas por la CADH, como en el presente caso lo es la orientación sexual y la expresión de género.

Además, atendiendo al diálogo entre las cortes, se debe tener en consideración que el criterio señalado es coherente con lo resuelto por la Corte Constitucional de Colombia. El tribunal colombiano ha resaltado el efecto de autocensura que provocan los actos de discriminación hacia parejas homosexuales: “se debe tener en cuenta que esta situación generó en las accionantes un temor a realizar manifestaciones de afecto en espacios públicos o abiertos al público [...] al considerar que podían ser revictimizadas o vivir un acto discriminatorio similar”⁷⁵.

En el presente caso, el acto de discriminación genera en la víctima un mensaje claro: si expresa su orientación sexual o su género en público, puede ser nuevamente víctima de un acto de discriminación o violencia con total impunidad. La falta de reconocimiento de la vulneración a la libertad de expresión de género de Crissthian Olivera provocaría la consolidación de una infracción estatal al deber de proteger los derechos humanos.

Es inadmisibles que un Estado de Derecho deje impune actos de discriminación y perpetúe el miedo de la ciudadanía a la eventual represión de tales expresiones de género. En tal sentido, la capacidad de Crissthian Olivera para expresarse públicamente de forma autónoma en aspectos tan esenciales como sus vínculos afectivos fue gravemente dañada por la respuesta estatal frente a la discriminación que sufrió en 2004.

Es importante que la Corte Interamericana tome la oportunidad que le brinda este caso para establecer que la tolerancia estatal -manifestada en la falta de una adecuada investigación, procesamiento y sanción- de los actos discriminatorios basados en la expresión de la orientación sexual o el género constituyen un medio indirecto de restricción a la libertad de expresión que censura todas aquellas manifestaciones que se distancian de parámetros tradicionales.

En el caso en concreto, como se indicó previamente, Crissthian Olivera, quien se identifica como un hombre gay, y otro hombre, quien en el momento de los hechos era su pareja, se encontraban durante la noche del 11 de agosto de 2004 conversando en actitud romántica, mientras leían unos poemas en una de las mesas de la cafetería del supermercado Santa Isabel, establecimiento de propiedad de la empresa Supermercados Peruanos S.A., en el distrito de San Miguel en Lima, Perú.

Es a partir de tal hecho que se desencadenaron tres momentos en los que Crissthian Olivera vio restringido su derecho a la libertad de expresión de género. El 11 de agosto de 2004, ocurrió la primera llamada de atención por parte del personal de la empresa Supermercados Peruanos S.A, de la sede del distrito de San Miguel, por leer poemas en una actitud romántica, hacia su pareja del mismo sexo. También el 11 de agosto, se produjo la segunda llamada de atención por parte de la supervisora del establecimiento de la empresa Supermercados Peruanos S.A, de la sede del distrito de San Miguel

⁷⁴ Informe No. 304/20 Caso 13.505, INFORME DE FONDO CRISSTHIAN MANUEL OLIVERA FUENTES, PERÚ, párr 64.

⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-068/21 de 19 de marzo de 2021, párr. 113.

que los amenazó, junto a cuatro efectivos de seguridad, con la expulsión del local. Finalmente, el 17 de agosto de 2004, se vulnera nuevamente su derecho a la libertad de expresión a través de una amonestación y expulsión del local de la empresa Supermercados Peruanos S.A en el distrito de San Isidro.

A continuación, se analizarán estos momentos de conformidad con los estándares internacionales del derecho a la libertad de expresión, contenido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A) Llamada de atención por parte del personal de la empresa Supermercados Peruanos S.A - Sede San Miguel, por leer poemas en actitud romántica bajo amenaza de ser expulsado del local

La primera afectación del derecho a la libertad de expresión de Crissthian Olivera comienza con la llamada de atención por parte de un miembro del personal de seguridad de la empresa, quien se acercó a Crissthian Olivera y su entonces pareja luego de que estuvieran leyendo unos poemas en una de las mesas de la cafetería del supermercado.

El personal de seguridad les indicó que, en virtud de la queja de otro cliente que se encontraba con su menor hija en la cafetería, ambos deberían “ces[ar] en sus escenas amorosas por respeto a los demás clientes”. Además, señaló que de no hacerlo tendrían que abandonar el local. Ante ello, Crissthian Olivera y quien lo acompañaba como su pareja afectiva, decidieron permanecer en el establecimiento.

B) Llamada de atención por parte de la supervisora del establecimiento - Sede San Miguel bajo amenaza de ser expulsado del local por mantener una actitud romántica homoafectiva

La segunda afectación del derecho a la libertad de expresión de Crissthian Olivera se produce cuando se acerca la señora Gabriela Madrid Padres, supervisora de la empresa, junto a cuatro agentes de seguridad, para reiterarles que deben modificar su conducta, bajo amenaza de retirarlos del local. Cabe señalar que, en esta ocasión, además del personal de seguridad privada, estuvo presente también un miembro de la Policía Nacional del Perú (PNP), identificado como el señor Javier Aquino.

De esta manera, a partir de estas dos llamadas de atención, se evidencia que las expresiones de Crissthian Olivera, como leer poemas e interactuar de forma romántica, son censuradas, bajo la amenaza de ser expulsados del local.

C) Amonestación y expulsión del local en la sede San Isidro por besarse con su pareja

Finalmente, la tercera afectación ocurre en fecha posterior, el 17 de agosto de 2004, cuando Crissthian Olivera y su pareja entraron al local del supermercado Santa Isabel, ubicado en el distrito de San Isidro. Luego de que Crissthian Olivera y su pareja se besaran, fueron amonestados oralmente por el personal del establecimiento, el cual les señaló que por “política de la empresa” debían retirarse y que “afuera en la calle [podían] hacer todo lo que qu[isieran], pero a[llí] no”.

En esta ocasión, el actuar de Crissthian Olivera y su pareja fue intencionado, pues se trataba de una dinámica llevada a cabo junto a una pareja heterosexual, quienes también realizaron conductas románticas abiertamente, como besarse, pero no fueron amonestados. Tal dinámica tenía como objetivo justamente probar el trato discriminatorio a las parejas homosexuales en

virtud de su expresión de género. Además, la dinámica de las dos parejas fue grabada como parte del programa Reporte Semanal del canal de televisión Frecuencia Latina y presentada en el reportaje emitido el 22 de agosto de 2004.

Teniendo claros los hechos del caso, se procederá a realizar el análisis jurídico de la restricción al derecho a la libertad de expresión en relación con las obligaciones estatales de respeto, garantía y no discriminación. Según el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las restricciones permitidas a las libertades deben ser aplicadas “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. En similar sentido, la Corte IDH se ha pronunciado respecto al artículo 13.2⁷⁶ de la citada Convención, refiriendo que se puede restringir legítimamente el derecho a la libertad de expresión con el fin de proteger los derechos de terceros (13.2.a) o cuando la restricción sea necesaria para asegurar la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o la moral pública (13.2.b)⁷⁷.

Así, en el caso en concreto, al tratarse de una restricción al derecho humano a la libertad de expresión, es necesario evaluar si la medida tomada por Supermercados Peruanos S.A fue i) en aplicación de una limitación establecida por ley y ii) necesaria para una sociedad democrática. La medida que estaría restringiendo el derecho a la libertad de expresión de Crissthian Olivera es la amonestación y expulsión por parte de la empresa Supermercados Peruanos S.A.

Teniendo clara la medida, se tiene, en primer lugar, que esta, no se encuentra amparada por una ley. No existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico que habilite a una empresa a restringir la libertad de expresión de género en un establecimiento abierto al público.

En segundo lugar, la medida no era necesaria para una sociedad democrática. Es decir, siguiendo a la Corte IDH en la Opinión Consultiva 05/85, se debe entender “necesaria” como “indispensable”, “imperiosa”, “útil” y “razonable”. Así, la Corte IDH menciona que “la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”⁷⁸. En este caso, la medida de no permitir muestras de afecto a parejas homosexuales dentro del supermercado y de amonestarlos o expulsarlos del local como consecuencia de estas expresiones no está orientada a satisfacer un interés público imperativo, como podrían ser la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la moralidad pública o los derechos humanos de terceros.

Cabe mencionar en este punto que Supermercados Peruanos S.A. alegó como justificación de la medida que se encontraban niños en la cafetería donde Crissthian Olivera y su pareja realizaban sus expresiones de afecto. En ese sentido, la empresa intentó justificar su accionar en el principio de interés superior del niño, niña y adolescente. No obstante, este no es un argumento válido, por cuanto la Corte IDH ya ha establecido, en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación por orientación sexual. Además, la Corte IDH agregó que quien alegue el interés superior del niño como un fin legítimo de una medida restrictiva de derechos, debe “probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la

⁷⁶ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión [...]

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respecto a los derechos, o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

⁷⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-05/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 13 de noviembre de 1985, párr. 42.

⁷⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-05/85 “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 13 de noviembre de 1985, párr. 46.

orientación sexual”. Así, la sola mención del interés superior del niño “[...] no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona”⁷⁹. Por tanto, la medida de amonestación y expulsión del local de Supermercados Peruanos S.A. i) no se encontraba establecida por ley y ii) no era necesaria para una sociedad democrática; es decir, no perseguía ningún interés legítimo.

En adición a lo anterior, dada la obligación estatal de garantizar el cumplimiento del principio de no discriminación en el ejercicio de los derechos humanos de todas las personas, cualquiera sea su orientación sexual y/o identidad de género, la Corte IDH ha señalado que para considerar si existe una violación al principio de igualdad y no discriminación, se deben analizar ciertos criterios: i) cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado, se debe analizar si el trato diferente constituye una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso; ii) la idoneidad de la medida, es decir, el trato diferenciado debe perseguir un fin legítimo en el marco de la Convención, y además debe ser imperioso; iii) el medio escogido debe ser adecuado y conducente, y que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo; y iv) la proporcionalidad de la medida, es decir que los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los derechos humanos afectados⁸⁰.

En esa línea, en el presente caso, el trato diferenciado que recibió el señor Crissthian Olivera y su pareja en aquel entonces no cumplen con los criterios señalados anteriormente para considerar a este trato diferenciado como una medida conforme con la CADH, toda vez que: i) la medida recibida en el supermercado Santa Isabel no era necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso; ii) la medida no era idónea, toda vez que no perseguía un fin legítimo en el marco de la CADH y no era imperiosa; iii) no fue el medio adecuado y conducente; y, iv) la medida escogida no fue proporcional, debido a que los beneficios de la medida no son superiores a las restricciones que ella supuso, tanto así que a la fecha el Estado peruano aún no ha podido demostrar algún beneficio derivado del trato que sufrió Crissthian Olivera en el presente caso.

De esta manera, queda evidenciado que, a partir de estos tres momentos narrados y del análisis jurídico realizado, el Estado peruano en conjunto con la empresa Supermercados Peruanos S.A. violaron la obligación de garantía, respeto y no discriminación (artículo 1.1 CADH) en relación con el derecho a la libertad de expresión (artículo 13 CADH) de Crissthian Olivera, al restringir ilegítimamente la expresión de su identidad de género, así como de su orientación sexual.

6. Omisiones en el razonamiento de las autoridades en sede administrativa y en sede judicial del derecho de la libertad de expresión

Las vulneraciones a la libertad de expresión de género de Crissthian Olivera en este caso se ponen de manifiesto con las acciones de discriminación realizadas por la empresa Supermercados Peruanos, y por la omisión del Estado peruano de sus deberes de respeto, garantía y no discriminación. Más aún, a

⁷⁹ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 165; Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 110.

⁸⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 “*identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre derechos humanos)*”, 24 de noviembre de 2017, párr. 81.

través del razonamiento de las autoridades administrativas y judiciales peruanas se pone en evidencia el desinterés por tutelar los derechos humanos de la víctima en este caso.

6.1. Omisiones en sede administrativa

A continuación, se analizan extractos de la Resolución Final No. 1039-2005/CPC de fecha 31 de agosto de 2005 del Expediente No. 1183-2004/CPC emitida por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI y la Resolución No 0665-2006/TDC-INDECOPI de fecha 17 de mayo de 2006, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI (en adelante, la Sala del INDECOPI).

Extracto I, Resolución Final No. 1039-2005/CPC: “(...) la Comisión considera que no existe consenso en la comunidad científica sobre las conclusiones a las que pretende llegar la psiquiatra Gabriela Kuroiwa, respecto a que la exposición de los niños al intercambio afectivo o erótico de homosexuales no tenga influencias significativas en la formación de la conducta psicosexual de los niños, por lo que no puede darse el valor de definitivo a dicho informe.

Por tanto, cabe resaltar la importancia de este asunto y, por ende, la necesidad de tomar una decisión prudente, aún cuando las partes hubieren presentado a la Comisión informes contradictorios sobre la posibilidad de la existencia o inexistencia de daño alrededor de las conductas que son objeto de la denuncia; pues si la ciencia no tiene una posición definida o uniforme y pacífica sobre lo que esto puede significar en la salud de los niños, una actitud correcta y prudente de quien debe juzgar cualquier caso que pueda significar un posible daño a terceros, exigiría la abstención de la conducta que genera la probabilidad o riesgo de dicho daño, más aún cuando se trata de un grupo sensible que reclama una especial tutela del Estado” [el énfasis es nuestro].

Extracto II, Resolución Final No. 1039-2005/CPC: “Seguramente el futuro nos dará mejores elementos para resolver este tema, pero el juzgador tiene que decidir responsable y prudentemente en base a la evidencia científica con que cuenta cuando le toca pronunciarse sobre el caso y, obviamente, cuando colisionan dos bienes que merecen tutela jurídica, como lo son la igualdad de derechos frente al interés superior del niño. Ante esta colisión, no cabe duda de cuál debe ser la opción del juzgador. (...) el Estado debe procurar la efectiva protección al interés superior del niño, haciéndolo prevalecer incluso frente a otros bienes jurídicos también protegidos. (...) Por lo que en el caso que se nos presenta corresponde evaluar si es posible limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de parejas homosexuales en aras de la Tutela del interés Superior del Niño si esto (como va lo hemos tratado) puede representar una afectación a su desarrollo integral” [el énfasis es nuestro].

Como ya ha sido explicado anteriormente, las restricciones legítimas a la libertad de expresión se encuentran estipuladas en el numeral 2 del artículo 13 y el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ninguna de las causales previstas convencionalmente ampara una restricción basada en la conjetura de una supuesta afectación del interés superior del niño.

Más aún, la Corte IDH ha descartado específicamente esta pretendida justificación en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*⁸¹. En este se menciona que, en abstracto, la invocación del “interés superior del niño” no es en sí misma suficiente para probar el menoscabo de este fin legítimo, sino que deben de analizarse en concreto los riesgos o daños que podría conllevar la exposición de la orientación sexual a los niños y niñas. La mera exposición de parejas LGTBIQ+ a infantes no puede servir de justificación idónea para la restricción de un derecho humano.

El razonamiento de la Comisión expuesto en el extracto citado evidencia un desconocimiento sobre los estándares interamericanos para el respeto de la libertad de expresión.

Extracto III, Resolución Final No. 1039-2005/CPC: “Es opinión de la Comisión que, en aras de la protección del menor, **resulta comprensible la actitud de un padre de familia al reclamar al proveedor que exija a una pareja de homosexuales prudencia en las manifestaciones de afecto** que se profesan en lugares donde concurren sus menores hijos, toda vez que lo que se invoca legítimamente es la tutela superior que merece todo menor.

Es relevante estudiar **el derecho que tienen los padres de educar a sus hijos conforme sus propias convicciones y costumbres (siempre que éstas no afecten los derechos del niño ni dañen a terceros)** (...)

Los padres de familia, dentro de nuestro marco normativo, tienen la potestad de decidir sobre lo que es mejor para el proceso educativo y formativo de sus hijos y por lo mismo tienen el derecho a protegerlos respecto de las conductas que consideran perjudiciales a su salud integral. Vale decir, **la actuación de un proveedor en las circunstancias anteriormente señaladas (ante el pedido de un padre de familia), resulta coherente con la protección de dicho interés**” [el énfasis es nuestro].

Recordando que las restricciones legítimas a la libertad de expresión se encuentran acotadas a ciertos supuestos taxativos y restringidos, no es aceptable que la Comisión sustente una medida limitativa a un derecho humano sobre la base de un sentimiento subjetivo de otro cliente.

Esto, además, considerando que las manifestaciones de afecto entre dos personas como Crissthian Olivera y su pareja no afectan en lo absoluto la capacidad de un padre de un menor de “educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones y costumbres”, por lo que tampoco habría un derecho verdaderamente afectado. La medida impuesta por Supermercados Peruanos S.A. en el fondo no resguarda ningún derecho u objeto constitucionalmente protegido y, por el contrario, la validación del

⁸¹ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 111.

Estado peruano puesta de manifiesto en el razonamiento de la Comisión evidencia el incumplimiento del deber de protección de la libertad de expresión de género de la víctima.

Extracto IV, Resolución Final No. 1039-2005/CPC: “Si bien se estaría limitando el derecho de las parejas homosexuales al libre desarrollo de su personalidad, el objetivo que tendría tal limitación – la solicitud de prudencia – radicaría en la protección al derecho de los niños que se puedan encontrar en el local, quienes - como se ha analizado anteriormente - podrían verse afectados en su desarrollo psicosexual al presenciar intercambios de afecto en una pareja homosexual. Resultaría por lo tanto, importante establecer si el objetivo: “protección de la integridad de los niños” está garantizado constitucionalmente v. de ser así, si éste tiene preponderancia sobre el derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad” [el énfasis es nuestro].

Al aplicar el test de razonabilidad al caso objeto de estudio, la autoridad administrativa, desde un inicio, omite cualquier mención a la vulneración de la libertad de expresión de los recurrentes. Esta omisión vicia de plano el análisis ya que no se considerarán las razones convencionalmente legítimas para limitar la libertad de expresión.

Del mismo modo, la autoridad administrativa insiste en analizar el caso bajo la presunción de una vulneración a la “integridad de los niños”, que como ya se señaló no está demostrada, hecho que además la propia Comisión advierte reiteradas veces en el texto de la resolución. Así, no resulta legítimo limitar el ejercicio de la libertad de expresión de género sobre la base de una conjetura y sin tener en consideración los efectos sobre tal derecho humano.

Extracto V, Resolución Final No. 1039-2005/CPC: “Por otro lado, en cuanto a la idoneidad de la medida, será necesario establecer en el presente caso si el proveedor, en aras de proteger la Tutela del Interés Superior del Niño actuó de manera adecuada a dicho fin.

Deberá determinarse si el solicitar el cese de las manifestaciones eróticas (besos, abrazos v caricias) entre parejas homosexuales en lugares públicos con presencia de niños previene una afectación en la integridad de los niños presentes y si dicha solicitud fue o no vulnerante de los derechos del denunciante.

En tal sentido, si por ejemplo se concluye que existieron agresiones físicas o verbales que afectaron la dignidad del denunciante, estaríamos ante una medida no idónea y por lo tanto la limitación de los derechos del señor Olivera resultaría ilegítima” [el énfasis es nuestro].

En el extracto citado, podemos encontrar dos problemas con el razonamiento de la autoridad administrativa: i) la calificación peyorativa utilizada para las expresiones de género; y ii) no considerar a las amonestaciones orales y la expulsión del local como medidas que pueden afectar los derechos humanos del denunciante (Crissthan Olivera).

Sobre el primero, vale enfatizar que la Comisión califica a los “besos, abrazos y caricias entre parejas homosexuales” como manifestaciones “eróticas”. Conforme a la Real Academia de la Lengua, se debe entender a lo erótico como lo “perteneciente o relativo al amor o al placer sexuales”⁸². La Comisión del INDECOPI presume sesgadamente que toda manifestación de afecto entre una pareja homosexual implica un aspecto erótico, una interpretación que conlleva una carga peyorativa tratando de una expresión en un espacio abierto al público, lo cual vicia aún más la ponderación de derechos del órgano administrativo.

Respecto del segundo, se debe entender que la intervención por sí sola del personal de Supermercados Peruanos S.A. significó una afectación a la dignidad de los recurrentes, viéndose menguado su derecho a la libertad de expresión respecto de aspectos tan intrínsecos a su identidad como lo es el género. La sola amonestación verbal y la amenaza de expulsión tenían por objeto censurar las expresiones de Crissthian Olivera y su pareja. La expulsión del local tuvo el mismo efecto, con una mayor gravedad, impidiendo de facto que dichas personas pudieran expresarse afectuosamente. No resultaba necesario que hubiera una agresión física o verbal -como plantea la Comisión- para que se produjera la violación de los derechos de las víctimas.

Extracto VI, Resolución Final No. 1039-2005/CPC: “Por otro lado, para que la limitación al derecho al libre desarrollo de la personalidad sea legítima, no deben existir medios alternativos, menos lesivos o de una idoneidad similar, para alcanzar el objetivo de tutelar los intereses de los niños en lugares de acceso público.

Al respecto, **debe considerarse en los casos que se analicen, si en algún momento se restringió el ingreso al establecimiento al consumidor, se le impidió u obstaculizó el consumo de los productos ofrecidos por el proveedor, o si se le retiró del local**, pudiendo haberse empleado una medida menos drástica e igual de efectiva para la consecución del fin (proteger la integridad psicosexual de los menores presentes)” [el énfasis es nuestro].

El extracto VI sigue la misma línea argumentativa ya comentada, que muestran el desdén de la autoridad administrativa respecto del derecho a la libertad de expresión.

Este extracto permite observar que la autoridad administrativa pasa por alto aspectos importantes del derecho a la libertad de expresión de Crissthian Olivera y su pareja. En efecto, este derecho no solo abarca el ingreso, la estadía y el consumo dentro de un establecimiento, sino también la posibilidad de realizar manifestaciones de afecto -como parte de su expresión de género- sin impedimento ni amenaza de censura por parte del personal del supermercado.

Extracto VII, Resolución No 0665-2006/TDC-INDECOPI: “Atendiendo a ello, cualquier consumidor que acude a este tipo de establecimientos debería poder acceder libremente a ellos, haciendo uso de las instalaciones en las mismas condiciones que los demás asistentes. **El disfrute de estos espacios**

⁸² RAE. 2022. “erótico”. *Diccionario de la Real Academia Española*. Edición web. Acceso: <https://dle.rae.es/er%C3%B3tico?m=form>.

abiertos al público está condicionado a que se respeten las normas de seguridad, convivencia y tranquilidad de los demás consumidores. En ese sentido, **resulta justificado que los proveedores adopten medidas para prohibir determinados actos que no sean apropiados a la condición y uso habitual del establecimiento,** como por ejemplo, evitar la realización de actos violentos, el empleo de lenguaje ofensivo, el acceso con mascotas, el proselitismo político, la venta de productos y servicios por parte de los clientes, y cualquier otro **tipo de conductas antisociales que perturben la seguridad y tranquilidad de los demás consumidores**” [el énfasis es nuestro].

Como ya se ha comentado previamente, la Corte IDH ha desarrollado que las restricciones válidas a la libertad de expresión deben cumplir con tres requisitos⁸³: i) deben estar expresamente fijadas por la ley, ii) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y iii) deben ser necesarias y proporcionales en una sociedad democrática.

Para un correcto ejercicio de ponderación de derechos es necesario, desde un primer momento, identificar cabalmente los derechos en conflicto; en caso contrario, el llamado test de ponderación, desde un inicio, nacerá viciado. De esta manera, la Sala del INDECOPI incurre en una primera omisión al no identificar la libertad de expresión dentro de su análisis, puesto que genera una oscilación artificial a un lado de la balanza de derechos frente al otro, al no tomarse en cuenta todas las variables relevantes.

Asimismo, al soslayar la libertad de expresión en su razonamiento, la autoridad administrativa omite aspectos de este derecho que trascienden al mero libre acceso a un establecimiento. Es así que un aspecto resguardado por dicho derecho es la posibilidad de realizar manifestaciones de identidad personal, incluyendo en este rubro el género como un atributo propio e intrínseco de todo individuo, sin tener que autocensurarse, tal y como sucedió, en el presente caso, a partir de la intervención de los trabajadores de Supermercados Peruanos S.A. a Crissthian Olivera y su pareja.

Bajo esta misma línea, la “convivencia y tranquilidad de los demás consumidores” no se encuentra incluida como una de las restricciones válidas de la libertad de expresión ni por la jurisprudencia de la Corte IDH ni por la normativa peruana vigente. Y es que, en el presente caso, el interpretar que existe alguna afectación a los derechos de otros resulta errado, puesto que quienes adoptan el rol de emisor y receptor de las expresiones de afecto son exclusivamente Crissthian Olivera y su pareja. En tal sentido, la Sala del INDECOPI invoca una falsa dicotomía entre la “convivencia y tranquilidad” y el derecho a la libertad de expresión, materializado a través de manifestaciones de género, en tanto asume incorrectamente que el ejercicio del segundo conlleva a la vulneración del primero.

Extracto VIII, Resolución No 0665-2006/TDC-INDECOPI: Al respecto, ni la simple proximidad física ni el intercambio de miradas entre dos personas pueden considerarse como una conducta que perturbe la tranquilidad, seguridad o un adecuado uso de las instalaciones de un establecimiento. Estas son conductas permitidas en los establecimientos de

⁸³ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Supermercados Peruanos y, en la mayor parte de establecimientos comerciales, a las parejas heterosexuales, por lo que no existe justificación para que, la misma conducta se prohíba a parejas homosexuales. **La igualdad de trato exige los mismos niveles de tolerancia** con las parejas homosexuales y, frente a ese tipo de conductas, resulta discriminatorio requerirles alguna modificación de conducta” [el énfasis es nuestro].

Este extracto pone de manifiesto que la autoridad administrativa peruana era consciente de que no resultaba justificado un trato discriminatorio por expresiones de afecto entre una pareja homosexual (“proximidad física” e “intercambio de miradas”). Sin embargo, la Sala del INDECOPI no llega a reconocer ese tipo de manifestaciones como parte del ejercicio de la libertad de expresión de Crissthian Olivera y su pareja. Al no entenderlo así, impide que se pueda comprender cabalmente la magnitud de la vulneración del derecho del que fueron víctimas.

Extracto IX, Resolución No 0665-2006/TDC-INDECOPI: “[...] Para probar sus afirmaciones, Supermercados Peruanos ha presentado los reportes de su personal de tienda y de seguridad que corren de fojas 49 a 51 del expediente, en los que éstos empleados dan cuenta de los incidentes señalando que el denunciante y su pareja “se besaban y acariciaban”; realizaban “actos indebidos (acariciándose)”; y, se comportaban “de forma inmoral”.

Como puede apreciarse, estos documentos únicamente corroboran que la denunciada realizó una intervención pidiendo al denunciado y su pareja modificar su conducta frente a actos de intimidad que consideraron excesivos para ser realizados en público. Asimismo, las expresiones allí contenidas deben ser tomadas en cuenta como las expresiones propias de empleados de esos niveles de representación y formación que, únicamente acreditan las razones por las cuales intervinieron a la pareja”.

Como se ha venido desarrollando en acápites anteriores, la Sala del INDECOPI vuelve a omitir la consideración de que las manifestaciones de afecto entre Crissthian Olivera y su pareja formaban parte del ejercicio válido de su libertad de expresión. Por el contrario, la calificación como supuestos “actos de intimidad” evidencia una inclinación hacia la censura de ciertas expresiones que no se ha demostrado que pudieran afectar objetivamente a otras personas.

Sin perjuicio de lo anterior, volvemos a enfatizar que con la sola intervención del personal de Supermercados Peruanos se vulneró la libertad de expresión de Crissthian Olivera y su pareja, una vulneración motivada por actitudes discriminatorias. Esto se confirma cuando se revisan las expresiones utilizadas por el personal del supermercado, categorizando las manifestaciones de afecto de la pareja como “inmoral” e “indebida”.

6.2. Omisiones en sede judicial

Seguidamente, se analizan algunos considerandos extraídos de la Resolución Catorce de fecha 08 de junio de 2008, del Expediente No. 1784-2006, emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima; y de la AP No. 2155-2009 de

fecha 14 de junio 2010, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Fundamento Tercero, Corte Superior

“Que los actos realizados por el recurrente tuvieron lugar en el área de juegos infantiles de la cafetería, ubicado en el segundo piso del Supermercado de Santa Isabel, **ocasionando que un cliente manifieste incomodidad por estar presentes niños** -entre los cuales su menor hija-, por ello en aras del interés superior de la protección del menor, y al atentar contra la cultura social las demostraciones de exacerbado afecto en público entre personas tanto heterosexuales como homosexuales, máxime si la ponderación de derechos, se prefiere el **interés superior de la protección del niño, a fin de no perturbar su bien desarrollo psíquico-mental**” [el énfasis es nuestro].

En primer lugar, cabe resaltar que, en el presente extracto, se omite la inclusión de la expresión de género como una variable relevante en el análisis de ponderación de derechos. En el citado fundamento, la autoridad judicial ignora completamente el contenido de la libertad de expresión al afirmar que las demostraciones de expresión de género de los demandantes configuran un riesgo al interés superior del niño al poder “perturbar su bien desarrollo psíquico-mental”. Fuera del hecho de que no existe un fundamento lógico que justifique dicha afirmación, la cual tampoco está motivada ni fundamentada en la sentencia, los magistrados recaen además en otro error al recortar la expresión de género en función a una variable tan subjetiva como lo es la incomodidad de un cliente. Como ha señalado previamente la Corte IDH, la libertad de expresión “no solo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población”⁸⁴. En tal sentido, resulta inaceptable pretender condicionar la libertad de expresión de una persona al sentimiento subjetivo que terceros pueden tener respecto de dicha expresión.

Adicionalmente, la judicatura peruana interpreta equivocadamente que el comportamiento de Crissthian Olivera y su pareja dentro de las instalaciones del local como “demostraciones de exacerbado afecto en público”. El comportamiento controvertido se encuentra dentro de lo habitual para parejas heterosexuales, inclusive en espacios públicos y de alto tránsito. Por consiguiente, es evidente una distinción en el trato a Crissthian Olivera y su pareja por la mera expresión de su género, como parte de su identidad sexual y personal, por el simple hecho de ser una pareja homosexual.

Por último, aún si hubiese una afectación al interés superior del niño -la cual no está demostrada- indicar que en una ponderación de derechos el interés superior del niño se sobrepondrá a la libertad de expresión es errado pues este último derecho nunca estuvo presente en la valoración del órgano jurisdiccional que no logró su identificación.

Fundamento Quinto, Corte Superior.

“[...] en el caso materia de controversia estamos frente a un pedido de parte de los empleados del establecimiento a fin de que se retire el recurrente y su

⁸⁴ Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69, y Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 117.

pareja del establecimiento, **por realizar una conducta no adecuada,** permitiéndoseles permanecer en el lugar bajo la condición de consumir un producto y **moderar su comportamiento, al ser causa objetiva la tranquilidad del resto de consumidores, principalmente al encontrarse el recurre en el segundo piso donde se situaba el área de juegos infantiles** [...]” [el énfasis es nuestro].

Al igual que en sede administrativa, la autoridad judicial elude realizar un ejercicio de ponderación correcto. Es así que, si en primer lugar no se logró identificar la libertad de expresión como uno de los derechos afectados, sería errado justificar su restricción, considerando que no se han marcado parámetros claros de su contenido e importancia. Por lo tanto, tampoco es posible determinar si la medida adoptada es proporcional o no, al haberse analizado la supuesta “tranquilidad del resto de los consumidores” de forma aislada y sin el contrapeso del derecho vulnerado: la expresión de género de Crissthian Olivera y su pareja.

Por otra parte, las calificaciones de la expresión de género como conducta “no adecuada” y el llamado a “moderar su comportamiento” ponen en evidencia los errores conceptuales sobre el contenido de la libertad de expresión de género en este caso. Como ya se ha mencionado previamente, la libertad de expresión se protege incluso cuando las expresiones puedan resultar incómodas para otras personas. Además, la expresión de género no es una comunicación que se dirija a un destinatario específico (“el resto de consumidores”), sino más bien es una manifestación de la identidad personal, por lo que no podría considerarse que esta expresión afecte “la tranquilidad del resto de consumidores”.

El extracto citado resalta, entonces, el razonamiento incorrecto de la judicatura peruana, al pretender condicionar el derecho a la libertad de expresión a sentimientos subjetivos de comodidad de otras personas, que no tienen ningún apoyo en derechos que sean objeto de tutela y que habiliten una restricción de un derecho humano.

Fundamento noveno, Corte Suprema.

“Que, de los autos se aprecia que mientras el denunciante afirmó que las muestras de afecto con su pareja ocurridas en la cafetería del Supermercado Santa Isabel consistieron únicamente en la **proximidad física v miradas románticas**, con ausencia de besos, abrazos y caricias; el personal del supermercado denunciado, en sus reportes de fojas cuarenta y siete a cincuenta y uno del acompañado, han señalado que el recurrente y su pareja **se besaban, abrazaban v acariciaban**”, por lo que se realizó la intervención - a solicitud de un cliente a fin de solicitarles que modificarán su conducta frente a actos de intimidad que consideraron excesivos para ser realizados en público luego de lo cual, ha **quedado acreditado que el accionante permaneció con su pareja en el establecimiento, hecho que corrobora que no se les impidió continuar haciendo uso de las instalaciones del establecimiento comercial**” [el énfasis es nuestro].

Fundamento décimo, Corte Suprema.

“Que, de lo expuesto, podemos concluir que no se encuentra acreditado que el recurrente fue víctima de un **trato discriminatorio por razón de su**

opción sexual, por consiguiente, no corresponde exigir a Supermercados Peruanos S.A. que acredite la existencia de **causa objetiva y justificada para la actitud o trato discriminatorio** que se le imputa, tanto más si las pruebas aportadas por denunciante y denunciada, al ser de parte, no otorgan certeza de los hechos ocurridos [...]” [el énfasis es nuestro].

En primer lugar, es importante hacer hincapié en que, según la Corte Suprema, los recurrentes no logran acreditar un trato discriminatorio, pese a que como se ha descrito en los hechos del caso, existen elementos probatorios que evidencian que la motivación real de la intervención fue porque las expresiones censuradas provenían de una pareja homosexual.

Sin perjuicio de lo anterior, como se puede observar en los extractos citados, la Corte Suprema peruana no admite la relación intrínseca entre las muestras de afecto de la pareja y el derecho a la libertad de expresión, en la que las primeras son una manifestación del segundo. Con este razonamiento, la autoridad judicial evidencia que no consideraría como una restricción a la libertad de expresión la admonición que hizo Supermercado Peruanos para que Crissthian Olivera y su pareja “modificaran su conducta”. Esta omisión es una muestra del desconocimiento del órgano judicial en lo referido al contenido del derecho a la libertad de expresión.

En efecto, como se ha reseñado previamente, tanto en el momento de la intervención física del personal de Supermercados Peruanos S.A. como con el pedido de modificar su conducta, se pone en evidencia la vulneración a la libertad de expresión de Crissthian Olivera y su pareja. Al sustentarse la intervención del personal en las muestras de afecto entre los agraviados -muestras que son una manifestación pública de la identidad sexual de los recurrentes- se está limitando un derecho en base a criterios subjetivos como lo es lo que un cliente “considera como excesivo”.

7. Conclusiones

En atención al análisis realizado, a continuación, presentamos nuestras principales conclusiones:

- El derecho de la libertad de expresión es universal, inalienable, indivisible e interdependiente, del cual gozan todos los seres humanos, y solo se puede restringir en situaciones excepcionales. La manifestación de la identidad personal -incluyendo el género y la orientación sexual- también está protegida por el derecho a la libertad de expresión, reconocido por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- No solo se afecta la libertad de expresión de las personas cuando el Estado interviene arbitrariamente en su vida privada censurando sus expresiones de género, sino también cuando omite proteger tales expresiones frente a ataques de terceros. El Estado puede ser hallado responsable por injerencias de particulares cuando el Estado hubiera omitido el cumplimiento de sus deberes de: i) Respetar el derecho y abstenerse de interferir arbitrariamente en el goce del mismo; ii) Proteger o ejercer la diligencia debida a fin de prevenir, punir, investigar y compensar el daño causado por personas o entidades privadas, mediante por ejemplo la creación de un marco jurídico y aparato institucional necesarios para cumplir con este fin); y, iii) Dar cumplimiento al derecho, o tomar medidas positivas o

proactivas a fin de hacerlo efectivo, incluyendo el deber de investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos.

- En el Perú, al igual que en muchos otros países de la región americana, se evidencia una falta de interés de las autoridades estatales por avanzar en la introducción de políticas públicas contra la discriminación que sufren las personas LGTBIQ+. En particular, existen varios casos en los que la discriminación en el consumo ha servido como vehículo para intentar silenciar las expresiones de género de la población LGTBIQ+. Ello ilustra la relevancia y urgencia de reconocer a las expresiones de género como parte del derecho a la libertad de expresión, y que se prevengan y castiguen las violaciones a este derecho.
- Hubo tres momentos en los que la actuación de Supermercados Peruanos S.A. restringió el derecho a la libertad de expresión de Crissthian Olivera: i) en la llamada de atención por parte del personal de la empresa Supermercados Peruanos S.A - Sede San Miguel, por leer poemas en actitud romántica bajo amenaza de ser expulsado del local; ii) en la segunda llamada de atención por parte de la supervisora del establecimiento - Sede San Miguel bajo amenaza de ser expulsado del local por mantener una actitud romántica homoafectiva; y iii) en la amonestación y expulsión del local en la sede San Isidro por besarse con su pareja.
- La restricción a la libertad de expresión de Crissthian Olivera y su pareja fue ilegítima, en tanto no cumplió con los requisitos necesarios para restringir válidamente el derecho a la libertad de expresión, conforme a los artículos 30 y 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las amonestaciones verbales y la expulsión del local de Supermercados Peruanos S.A. no son medidas reconocidas por ley para la restricción de la expresión de género de una persona. Asimismo, si bien se alegó que la medida buscaba proteger el principio de interés superior del niño, niña y adolescente, no existe ninguna evidencia que soporte que las expresiones afectivas de género resulten dañinas para dicho interés. Como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, este no es un fin imperioso ni legítimo, menos aun cuando en la argumentación de este fin imperioso se incluyen estereotipos o especulaciones que incurren en actos discriminatorios por razón de orientación sexual. Finalmente, la restricción resultaba desproporcionada, puesto que no solo no perseguía ningún fin legítimo, sino que generaba un fuerte efecto inhibitorio (censura) en las expresiones de género de la víctima y de potenciales víctimas que podrían encontrarse en la misma situación.
- El Estado peruano incumplió su deber de investigar adecuadamente y castigar la afectación a la libertad de expresión de género de Crissthian Olivera y su pareja. Las resoluciones emitidas por las autoridades peruanas en sede administrativa y las sentencias emitidas en sede judicial evidencian una incorrecta, cuando no ausente, consideración del derecho a la libertad de expresión. Así, en ninguna de las decisiones administrativas y judiciales se identifica a la libertad de expresión como uno de los derechos afectados y que debiera ser materia de un ejercicio de ponderación. Además, se omite considerar a las expresiones de afecto como una manifestación de la libertad de expresión. Finalmente, se pretende justificar la restricción de los derechos de Crissthian Olivera y su pareja sobre la base de pretendidos sentimientos subjetivos de incomodidad de otros clientes de Supermercados Peruanos S.A., elementos que no resultan legítimos, necesarios ni proporcionales para limitar el derecho humano a la libertad de expresión.