

Pontificia Universidad Católica del Perú  
Facultad de Derecho



**PUCP**

Programa de Segunda Especialidad en Derecho de la Protección al Consumidor

**TITULO: DE GIMNASIOS Y MODA: ¿PRIVILEGIO O  
DISCRIMINACIÓN?**

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho de  
la Protección al Consumidor

Autor: Ana Ximena Del Rosario Gamero

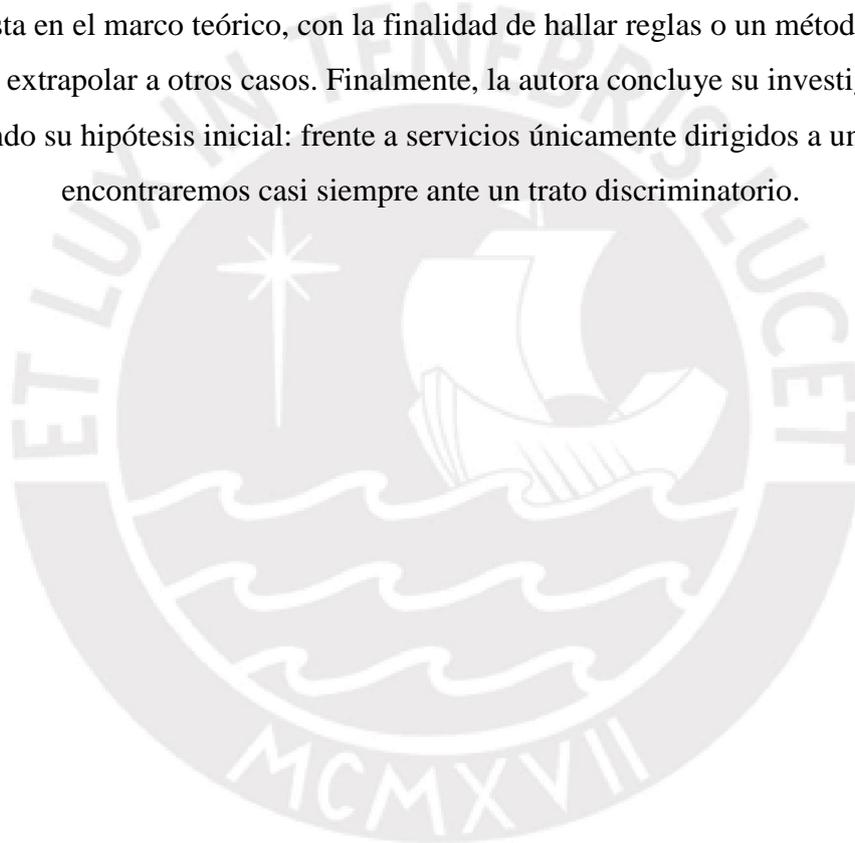
Asesor: Javier Pazos Hayashida

Código de alumno: 20102189

2017

## RESUMEN

En el presente artículo se abarca la discriminación en el consumo desde una perspectiva quizá poco evaluada: el sexo de los consumidores. La autora se cuestiona la validez de una posible diferenciación en un servicio y/o producto ofrecido abiertamente al público basada en si el cliente es hombre o mujer. Para ello, primero se esboza el marco teórico en el cual se evalúa la discriminación en el consumo tanto de una perspectiva jurídica, a través de una lectura de la normativa vigente, doctrina y jurisprudencia, como económica. Posteriormente, se analiza algunos casos concretos bajo la metodología propuesta en el marco teórico, con la finalidad de hallar reglas o un método que se pueda extrapolar a otros casos. Finalmente, la autora concluye su investigación confirmando su hipótesis inicial: frente a servicios únicamente dirigidos a un sexo, nos encontraremos casi siempre ante un trato discriminatorio.



# De Gimnasios y Moda: ¿Privilegio o discriminación?

## I. Introducción

En la actualidad, el debate sobre la igualdad de género es ampliamente desarrollado en distintos medios, desde noticias hasta artículos académicos que abarcan incluso ramas como la antropología, medicina y biología (entre otras). A lo que se busca llegar en el fondo, es a conseguir un trato verdaderamente igualitario entre hombres y mujeres, en el cual el mero sexo con el que nace una persona no sea un limitante a lo que puede lograr y/o acceder.

Por ello, la lucha por la igualdad de género (también conocido como feminismo) se ha dado de manera reivindicativa a lo largo de los años: la idea era conseguir derechos para las mujeres de los cuales se habían visto privadas de gozar y ejercer.

Este artículo quizá resulte un poco polémico porque, precisamente, si bien lo que se propone tiene como fin la igualdad, implica que no solo hay mujeres sufriendo por la desigualdad de condiciones, sino que también esta puede afectar a los hombres.

## II. ¿Prohibido diferenciar? Diferenciación y discriminación

En el Diccionario de la Lengua Española (DLE), se define “diferenciar” como “Hacer distinción, conocer la diversidad de las cosas”; mientras que “discriminar” es “seleccionar excluyendo” o “Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc”. La diferencia entre los significados de ambas palabras es radical: mientras que la primera es definida de un modo neutral (y hasta positivo), la segunda guarda una acepción negativa.

No obstante, ambos términos podrían ser utilizados de manera intercambiable si retiramos la carga de ambas palabras. Para entender verdaderamente la diferencia entre ambos, entonces, requerimos más que solo dar una definición gramatical.

Desde un punto de vista jurídico, en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú se establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, por lo que nadie deberá ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Este derecho a su vez se ve reflejado en el literal d) del numeral 1.1 del artículo 1 y en el numeral 38.1 del artículo 38 del Código, en los cuales se dispone el derecho de los consumidores a no ser discriminados y el deber de los proveedores de no hacer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores.

Asimismo, en el numeral 38.2 del artículo 38 de la mencionada norma, se establece que está prohibido excluir a personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento, la tranquilidad de sus clientes o motivos similares.

No obstante, en el numeral 38.3 del mismo artículo, se indica que, en tanto obedezca a causas objetivas y razonables, cabe establecer un trato diferente entre los consumidores, siempre que este responda a situaciones de hecho distintas y que exista proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferenciado.

Cabe hacer énfasis entonces, en que el Tribunal Constitucional<sup>1</sup> ha reconocido en múltiples ocasiones que la diferenciación está constitucionalmente admitida, lo que implica que no todo trato desigual es discriminatorio. Esbozar los límites entre la diferenciación y la discriminación en materia de protección al consumidor finalmente recae en conciliar dos principios constitucionalmente protegidos: la igualdad (de participación en los beneficios del mercado) y la libertad (de contratación).

Sobre el derecho constitucional la igualdad, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

---

1 Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de febrero de 2005, recaída en el expediente 034-2004-PI/TC; particularmente fundamentos 15 y 56.

“10. El derecho de igualdad, a su vez, tiene dos dimensiones: formal y material. En su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley).

11. En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o la circunstancias (sic) en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual. Por tanto, el problema es determinar qué tratos diferenciados son constitucionalmente admisibles, lo que deberá de analizarse en cada caso concreto conforme al test de razonabilidad y proporcionalidad.”<sup>2</sup>

Así, se entiende que el derecho a la igualdad no es estático, sino que, por el contrario, requiere de un análisis concreto para cada situación específica que permita identificar si una diferenciación constituye un trato discriminatorio. Por ello, el Tribunal Constitucional señala la necesidad de realizar un test de proporcionalidad para identificar si el trato diferenciado es válido.

A mayor abundamiento, la Defensoría del Pueblo, al tocar el tema de la discriminación, esboza lo siguiente<sup>3</sup>:

---

2 Sentencia del 28 de junio de 2004, recaída en el expediente 0606-2004-AA/TC.

3 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Documento Defensorial 002-2007. “La discriminación en el Perú, Problemática, normatividad y tareas pendientes”. Lima: Defensoría del Pueblo, 2007, p. 29.

“La discriminación es el trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico que tiene por objeto o por resultado la anulación o menoscabo en el ejercicio o goce de derechos y libertades fundamentales de una persona o de un grupo de personas.

Los actos discriminatorios se basan en un prejuicio negativo que hace que los miembros de un grupo sean tratados como seres no sólo diferentes, sino inferiores. El motivo de la distinción es algo irrazonable y odioso. En tal sentido, tales actos vulneran la esencia misma del ser humano –su dignidad– hasta el punto de negar a ciertos individuos o colectivos su condición misma de personas, limitando el ejercicio de sus derechos.

Mediante los actos de discriminación se descalifica a una persona o grupo de personas por sus características innatas o por la posición asumida voluntariamente en la sociedad como manifestación de su derecho al libre desarrollo de su personalidad”

Considerando ello, se entiende que lo que diferenciará un trato diferenciado lícito de uno ilícito, será la existencia de un motivo que supere este examen, una razón objetiva y razonable que justifique un trato desigual entre personas que se encuentran en la misma situación de hecho<sup>4</sup>.

Con respeto a lo anterior, en sede administrativa, la Sala ha señalado en pronunciamientos anteriores<sup>5</sup> que, en los artículos antes mencionados, se establece un deber de no discriminación para los proveedores y la prohibición de exclusión de las

---

4 CHÁVEZ VERÁSTEGUI, Christian. Ladies nights, cortes de cabello y discriminación de precios: ¿puede la disposición al pago justificar un esquema de precios diferenciados? En: Themis-Revista de Derecho. Segunda época. Núm. 62. Lima: Themis, 2012; p. 169.

5 Ver Resolución 30-2010/SC2-Indecopi de fecha 07 de enero de 2010 (fundamentos 14 y 15), Resolución 1708-2014/SPC-INDECOPI de fecha 27 de mayo de 2014 (fundamentos 36 y 37), Resolución 1487-2016/SPC-INDECOPI de fecha 27 de abril de 2016 (fundamentos 15 y 16), y Resolución 2116-2016/SPC-INDECOPI de fecha 08 de junio de 2016 (fundamentos 9 y 10), por ejemplo.

personas sin que medien causas objetivas y razonables. Bajo este criterio, en los actos de consumo, una conducta será discriminatoria cuando no se apliquen las mismas condiciones comerciales a consumidores que se encuentren en situaciones de hecho iguales, y cuando la conducta discriminatoria sea motivada por la pertenencia del consumidor a un grupo humano determinado, sustentada en prejuicios que afecten la dignidad de las personas.

De lo visto hasta este punto, se observa que los consumidores tienen un derecho a no ser discriminados, el cual se refleja en la obligación de los proveedores de no establecer discriminación entre los consumidores. No obstante, se observa que lo que se encuentra prohibido es discriminar (y, en términos de la Sala, establecer un trato diferenciado injustificado), mas no establecer un trato diferenciado, toda vez que, si se considera que existe un trato diferenciado injustificado, habrá entonces diferenciaciones que sí se encuentren justificadas en razones objetivas y razonables. En esos casos, estaremos ante un trato diferenciado lícito<sup>6</sup>.

La Sala recalca que el tipo infractor de discriminación en el consumo no se restringe a supuestos de negativa de contratar, pudiendo comprender también restricciones arbitrarias o interrupciones del servicio verificadas una vez entablada la relación de consumo.

De lo anterior, se observa que la Sala reconoce dos tipos infractores en el artículo 38 del Código: el primero de tratamiento diferenciado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (numeral 38.1); y el segundo, por motivos distintos a los anteriores y que no se justifiquen en la seguridad o tranquilidad de sus clientes, o similares (numeral 38.2). Debe entenderse que este segundo ilícito no obedece tampoco a los motivos listados en el numeral 38.1, los cuales son reconocidos por su trascendencia social y afectación a la dignidad humana<sup>7</sup>.

---

6 CHÁVEZ VERÁSTEGUI, Christian. Op. Cit.; p. 168.

7 AMAYA, Leoni. Discriminación y Trato diferenciado ilícito. Lima: Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, 2015; pp. 26 y 27

De esta manera, a criterio de la Sala, en el numeral 38.1 del artículo 38 del Código, se establece el tipo de discriminación, mientras que en el numeral 38.2 del mismo artículo, se tipifica el trato diferenciado ilícito. Así, pueden existir prácticas de trato diferenciado ilícito que afectan el derecho a la igualdad sin configurar en actos de discriminación, toda vez que ellas no afectan la dignidad del sujeto pasivo.

En esa línea, Gustavo Rodríguez<sup>8</sup> sostiene que la discriminación debe quedar reservada para los casos en los cuales la conducta cuestionada del proveedor se debió a la desvaloración particular hacia ciertos sujetos por el hecho de pertenecer, en abstracto, a cierto grupo específico. Así, opina el autor, la discriminación siempre implicará la existencia de prejuicios. En sus propias palabras, “la discriminación implica un juicio psíquico negativo del discriminado. Es lo que algunos economistas denominan “*tastes for discrimination*” o “gusto por la discriminación”. Si un empresario no deja que ingresemos a una discoteca porque no le gusta el color de nuestra piel, eso es discriminación”<sup>9</sup>.

A mayor abundamiento, sobre la diferencia entre ambos ilícitos, Leoni Amaya señala lo siguiente:

“Se puede considerar que entre el trato diferenciado ilícito y la discriminación existe una relación de género a especie. En ambos casos nos encontramos ante conductas ilícitas basadas en motivos injustificados o irrazonables, pero en la discriminación —y no en el trato diferenciado— los motivos son socialmente graves y trascendentes.”<sup>10</sup>

Dicho así, se advierte que lo determinante es la causa del trato desigual: si esta causa es grave, de trascendencia social y afecta a la dignidad humana de los afectados, estaremos ante un acto de discriminación; caso contrario, será un caso de trato diferenciado ilícito podría configurar un presunto acto de discriminación. Los motivos

---

8 RODRIGUEZ GARCIA, Gustavo. El consumidor en su isla: Una visión alternativa del sistema de protección al consumidor. Lima: Universidad del Pacífico, 2013; p. 45.

9 Ídem.; p. 40.

10 AMAYA, Leoni. Óp. cit.; p. 30.

listados en el numeral 38.1 del artículo 38 del Código han sido considerados por el legislador como motivos graves, por lo cual la diferenciación hecha por dichas causas

No obstante lo mencionado líneas arriba, este criterio de la Sala con relación los dos tipos contenidos en el artículo 38 del Código no es pacífico. Julio Durand<sup>11</sup>, quien anteriormente presidió la Sala, ha expresado que, de una interpretación constitucional de lo indicado en el mencionado artículo, todo trato diferenciado ilícito constituye un acto de discriminación en contra de los consumidores, por lo que no se podría alegar que el trato diferenciado ilícito constituya un tipo infractor distinto al de la discriminación.

En esa línea, el Tribunal Constitucional<sup>12</sup> ha señalado lo siguiente:

“En estas precisiones, deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.”

También en desacuerdo con la línea jurisprudencial adoptada por la Sala, Víctor Baca<sup>13</sup> ha señalado que el Código no distingue entre una categoría “genérica” de selección injustificada de clientela (una categoría intermedia de diferenciación ilícita no discriminatoria) y otra “agravada” de discriminación. De su lectura del mencionado

---

11 Ver Resolución 1708-2014/SPC-INDECOPI de fecha 27 de mayo de 2014 (voto singular), y Resolución 1487-2016/SPC-INDECOPI de fecha 27 de abril de 2016 (voto singular), por ejemplo.

12 Ver Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de octubre de 2011, recaída en el expediente 02974-2010-PA/TC

13 BACA ONETO, Víctor. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Protección al Consumidor. Volumen 1. Lima: Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-Indecopi, 2013; p. 41.

artículo, por un lado, se prohíbe la discriminación, mientras que, por el otro, establece que el trato diferenciado (en general) puede justificarse en razones objetivas y razonables. Así, concluye igualmente que “si el trato diferenciado se justifica, no es infracción, pero si no lo hace, será discriminación”.

### **III. ¿Qué debemos tomar en cuenta al analizar un caso de discriminación en el consumo?**

#### **III.1. Desde el Derecho:**

La Sala del Indecopi ha señalado en su Resolución 2116-2016/SPC-INDECOPI lo siguiente:

“13. En resumen, ante la denuncia de un trato discriminatorio corresponde que el consumidor (si es una denuncia de parte) o la autoridad (si es una denuncia de oficio) acredite la existencia de un trato desigual; luego, que el proveedor demuestre la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual; finalmente, de no cumplirse con esto último, corresponderá determinar si el trato desigual injustificado configura una práctica discriminatoria, para lo cual podrá recurrirse –de ser el caso- a la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.”<sup>14</sup>

De lo anterior, se desprende que, para configurarse un acto de discriminación, debe (i) probarse que un consumidor que se encuentra en la misma situación de hecho que otro recibe un trato diferente; y, (ii) el denunciado debe acreditar si tal diferencia obedece a una causa objetiva y justificada. De no probarse esta causa, la Autoridad deberá determinar si el trato desigual injustificado fue una práctica discriminatoria o si es un tratamiento diferenciado ilícito.

---

14 Resolución 2116-2016/SPC-INDECOPI, de fecha 08 de junio de 2016, fundamento 13.

Así, la Sala del Indecopi ha incorporado el razonamiento utilizado en el test de proporcionalidad del Tribunal Constitucional en los criterios que viene utilizando para determinar si la causa alegada por el administrado es objetiva y justificada. Dichos criterios son los siguientes<sup>15</sup>:

- (i) Que los consumidores que reciben un trato distinto se encuentren en distintas situaciones de hecho, que admiten o puedan requerir un trato diferente.
- (ii) Que el trato que se otorga responda a una finalidad constitucionalmente legítima.
- (iii) Que haya coherencia entre el medio empleado y el fin perseguido.
- (iv) Que la diferenciación sea la opción menos gravosa para lograr el objetivo.
- (v) Que la diferenciación sea proporcional y razonable.

Dicha posición es adoptada por la doctrina peruana. A modo de ejemplo, Huerta<sup>16</sup> ha sostiene que la doctrina y jurisprudencia comparada han identificado los siguientes lineamientos a ser tomados en consideración para que un trato diferenciado no sea discriminatorio:

- (i) La diferenciación debe realizarse frente a personas que estén en situación de desigualdad.
- (ii) Esta debe sustentarse en un objetivo legítimo, porque las causas o motivos objetivos y razonables en los que se base el trato diferenciado deben ser orientados a enfrentar una situación de desigualdad.
- (iii) La diferenciación debe estar relacionada con el objetivo legítimo que se desea lograr.
- (iv) El trato diferenciado se debe aplicar de manera proporcional al objetivo legítimo.

---

15 Ver Resolución 277-2007/TDC-INDECOPI de fecha 01 de marzo de 2007, Resolución 204-2014/SPC-INDECOPI de fecha 23 de enero de 2014 (fundamento 22), Resolución 1675-2014/SPC-INDECOPI de fecha 22 de mayo de 2014 (fundamento 27).

16 HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. El derecho a la igualdad. En: Revista Pensamiento Constitucional. Vol. 11. Núm. 11. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005; p. 314.

Visto lo anterior, se desprende que, para calificar un acto de discriminatorio (o trato diferenciado ilícito) deberá existir una situación tal en la que se otorgue un trato desigual a consumidores que se encuentren en la misma situación de hecho; vale decir, que no se otorgue un “trato igual a los iguales”.

### **III.2. Otro punto de vista: Discriminación en la economía:**

El concepto económico de discriminación de precios consiste, en términos sencillos, en “la capacidad de una empresa de poder cobrar precios diferenciados de acuerdo con las valoraciones subjetivas de cada consumidor”<sup>17</sup>. Esto se basa en una calificación que hace la empresa de la disposición de pago por cada producto, la cual varía de cliente a cliente.

El fenómeno de la discriminación de precios se aplica constantemente en el mercado. Ejemplo de ello son los planes de telefonía móvil, donde, de acuerdo al perfil del usuario, la compañía crea paquetes que ofrece a distintos precios a los consumidores para que estos puedan escoger finalmente el paquete que están dispuestos a pagar para tener acceso a la telefonía móvil (autoselección). Otro caso que ilustra la discriminación de precios se da cuando el proveedor identifica dos mercados geográficos distintos en los que ofrece precios diferenciados por un mismo producto o servicio, como en los casos de un supermercado con locales en varias zonas de la ciudad.

Observamos así que la discriminación de precios es una valiosa estrategia de precios para las empresas, pues permite al proveedor estructurar sus precios de la mejor manera para poder obtener el mayor excedente posible de los consumidores. En palabras sencillas “se cobra más a quien está dispuesto a pagar más y menos a quien está dispuesto a pagar menos”<sup>18</sup>.

---

17 Ídem.; p. 169.

18 Íbid.

Siguiendo a Chávez<sup>19</sup>, la diferenciación será beneficiosa cuando aumenta el acceso al bien o al servicio en cuestión; es decir, “cuando la cantidad total vendida con discriminación de precios sea superior a la cantidad vendida con precio uniforme” generándose una mayor eficiencia productiva.

No obstante la utilidad de esta herramienta, el criterio de discriminación debe, de igual manera, superar el test de proporcionalidad para no ser perjudicial y constituir un trato diferenciado ilícito o discriminatorio.

#### **IV. Caso: Servicios dirigidos únicamente a mujeres**

Hasta este punto hemos esbozado por los presupuestos teóricos por los cuales se puede realizar legítimamente una diferenciación. Como es se explicó anteriormente, diferenciar es una práctica común en el mercado, pues permite a los ofertantes especializar sus productos o servicios a un público en específico.

En el mercado existen ofertas de productos y servicios que, en la práctica, se dirigen únicamente a un sexo. Por ejemplo, hay salones de belleza que se especializan en cortar barbas, por lo que se encuentran primordialmente dirigidos a hombres. No obstante, estas “barberías” no limitan el servicio a las mujeres que quieran ingresar. Por motivos tanto biológicos como socioculturales, resulta casi inconcebible que exista una mujer con barba; no obstante, si una mujer se presentase ante estas barberías y solicitase un corte de barba, los barberos no tendrían motivo para negárselo. En este caso, la naturaleza del servicio limita que el tipo de consumidores que accedan a él sean únicamente hombres. De manera similar, a priori un hombre no tendría necesidad de usar determinados productos de higiene vinculados al ciclo menstrual, como las toallas higiénicas y los tampones. Cabe hacer la salvedad, en este último caso, que el uso y la adquisición del producto son momentos distintos del consumo, y ambos configuran relaciones de consumo distintas.

---

19 Ídem. p. 170.

Existe otro tipo de productos y servicios que, si bien podrían ofertarse a ambos sexos, por motivos socioculturales en la práctica se prestan casi exclusivamente a uno de ellos. Un caso ilustrativo es el de los centros de depilación, a los cuales acuden casi en su mayoría mujeres, pues culturalmente se suele asociar la depilación corporal al sexo femenino. Sin embargo, también algunos hombres acuden a estos centros de belleza, aunque configuran la minoría de los consumidores de estos establecimientos.

Finalmente existen servicios que son dirigidos hacia el público en general sin hacer diferencias entre los consumidores basadas en su sexo. Las tiendas por departamento por ejemplo contienen productos que se dirigen a tanto a hombres como mujeres. Los espectáculos tanto deportivos como no deportivos pueden ser disfrutados por ambos sexos de igual manera.

Como se ha observado en los párrafos anteriores, las ofertas de productos y servicios, por su mera naturaleza, pueden ser dirigidas en la práctica hacia un solo sexo. Ello configura parte de la libertad de empresa del proveedor, quien puede decidir hacia qué rubro orientar su actividad empresarial. Pero existen casos que se apartan de la norma general, en los cuales, si bien el producto o servicio puede ser ofertado tanto a hombres como mujeres, el proveedor decide dirigir su oferta únicamente a uno de los sexos, restringiendo al otro el acceso al producto o servicio. Este es el caso de los gimnasios dirigidos a mujeres, los campos de golf que sin ofrecer membrecías no permiten ingresar a mujeres, o las tiendas de ropa “showrooms” que impiden el acceso a hombres, por nombrar un par de casos ilustrativos.

Curves International, Inc. es una cadena de centros de entrenamiento (gimnasios) que dirige sus servicios únicamente a mujeres. Brinda servicios tanto de circuitos de actividad aeróbica como entrenamiento de resistencia y flexibilidad, pero únicamente para mujeres. El motivo por el cual restringe la oferta al sexo femenino es principalmente porque busca dar “comodidad” a sus clientas para que no se sientan intimidadas por los hombres que realizan otro tipo de ejercicios<sup>20</sup>. Ante un negocio como el antes descrito,

---

20 INTERNICOLA, Dorene. “Women Only Gyms: A Place For Fitness And Networking”. En : HuffPost. Fecha de publicación: 03 de febrero de 2014. Fecha de actualización: 05 de abril de 2014.

cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿es discriminatorio negar el servicio a los hombres en un gimnasio?

Antes de responder a dicha interrogante, debemos acotar que los gimnasios como Curves International operan como establecimientos abiertos al público<sup>21</sup>, de manera similar a los gimnasios locales de Lima; esto es que las “membresías” que venden no otorgan al consumidor más que acceso al local y a los servicios que se prestan dentro, opuesto a lo que sería una membresía a un “club” deportivo o de salud. En el segundo caso, no podría cualquier consumidor acercarse a adquirir una membresía, sino que deberá adicionalmente cumplir por una serie de requisitos y evaluaciones por parte de la organización, pues adquiere categoría de miembro<sup>22</sup>. Dicha diferencia, no obstante, no es materia de análisis en el presente documento, por lo que entenderemos a los gimnasios como establecimientos abiertos al público.

Para responder a la pregunta anterior, seguiremos la línea de análisis de la Sala descrita en las secciones anteriores.

En primer lugar, debemos analizar si los consumidores que reciben un trato distinto, los hombres, se encuentran en una situación de hecho distinta que los consumidores que no reciben este trato, las mujeres. Al respecto, sostenemos que, al momento de iniciar una relación de consumo con un gimnasio, ambos sexos se encuentran en la misma situación de hecho: un hombre y una mujer que se acercan a comprar una membresía de gimnasio para acceder a los planes de salud o ejercicio que este ofrezca no requieren necesidades distintas, sino que ambos preguntarán por los servicios que se ofertan y sus precios de igual manera. En ese sentido, ambos tienen las mismas necesidades y no requieren atención especial o diferente por su sexo, por lo que se encuentran en la misma situación

---

Reuters. Disponible en: [https://www.huffingtonpost.com/2014/02/03/women-only-gyms-fitness-networking\\_n\\_4715482.html](https://www.huffingtonpost.com/2014/02/03/women-only-gyms-fitness-networking_n_4715482.html)

- 21 El reglamento del Libro de Reclamaciones, aprobado por Decreto Supremo 011-2011-PCM, define al establecimiento comercial abierto al público como un inmueble “en el que un proveedor debidamente identificado desarrolla sus actividades económicas de venta de bienes o prestación de servicios a los consumidores”.
- 22 Utilizamos el término “miembro” a fin de no crear confusión ni profundizar en la categoría jurídica de asociado o socio.

de hecho. Así, consideramos que no es viable hacer una diferencia entre los hombres y mujeres que se acercan al gimnasio para adquirir membresías.

Segundo, la finalidad que se busca proteger con la negativa de acceso a los hombres al gimnasio deberá obedecer a una finalidad constitucionalmente legítima. Ahora bien, en la mayoría de servicios que se ofrecen restringiendo la oferta a un sexo, el motivo principal de dicha diferenciación suele ser o “dar comodidad a las consumidoras” o “resguardar su privacidad”, tal y como se refleja en el ejemplo. Esto se configura en un intento de defender el derecho de las consumidoras a la tranquilidad e intimidad, siendo ambos derechos fundamentales reflejados en los numerales 22 y 7 del artículo 2 de la Constitución. En ese sentido, sí se evidencia una finalidad constitucionalmente legítima al encontrarnos ante dos derechos fundamentales plausibles de ser afectados.

En tercer lugar, deberá guardarse coherencia entre la medida empleada y el fin perseguido. Ello implica que la restricción de acceso al gimnasio dirigida hacia los hombres debe lograr que las mujeres tengan más tranquilidad y se respete su intimidad. Ante ello, nos encontramos en una encrucijada, pues ambos derechos tienen una satisfacción bastante personal y que varía de individuo en individuo. No obstante, haremos un par de precisiones: si entendemos el derecho a la intimidad personal como “evitar que vean a las consumidoras hacer ejercicio”, no estaríamos cumpliendo con la finalidad al permitir que otras consumidoras puedan verse entre ellas. De otro lado, cabe considerar que, en el contexto actual, ante la violencia contra las mujeres cometida casi íntegramente por hombres, encontrarse en un ambiente únicamente de mujeres puede significar una gran diferencia en la tranquilidad de las mujeres en un gimnasio.

El cuarto requisito establecido por la Sala sugiere que la medida empleada debe ser la opción menos gravosa para lograr el objetivo.

Cuando en un establecimiento abierto al público se impide el acceso categóricamente a un grupo de consumidores, debemos reconocer que no se está limitando meramente el ingreso físico al establecimiento, sino que se le está negando la posibilidad de contratar con el proveedor en condiciones de igualdad. Esto ocurre cuando

un hombre no puede ingresar al gimnasio Curves International o a una tienda de ropa “para mujeres” que dirija su oferta únicamente a estas.

Con la finalidad de recrear el ejercicio mental que consideramos los proveedores deben realizar, se nos ocurren las siguientes posibles “medidas menos onerosas”:

- En un showroom de ropa de mujeres, instalar vestidores y hacer respetar estos espacios como aquellos en los cuales se resguarda la intimidad de las mujeres que deseen probarse prendas.
- Acondicionar un ambiente para que las mujeres realicen sus circuitos de ejercicios de manera físicamente separada de los hombres en un gimnasio, de manera que no se afecte su tranquilidad.
- En el caso del gimnasio, podría indicarse que los circuitos están diseñados pensando en la fisionomía y anatomía de las mujeres, de manera que el proveedor sigue enfocándose en el público femenino, sin negar la posibilidad a los hombres que consideren que requieren del mismo servicio el acceso a él.

No obstante lo anterior, se decide en el primer caso impedir a los hombres el acceso completo a la tienda de ropa, y en el segundo, no se le permite contratar el servicio de circuitos de ejercicio.

Es importante destacar que aún si las empresas encargadas de estos establecimientos considerasen “onerosas” estas medidas (pues crearían costos que no están dispuestos a asumir) y se encuentran en el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa al decidir cómo orientar y estructurar su actividad económica, el proveedor debe tomar medidas para estar en la capacidad de atender a su público objetivo sin afectar el derecho a la igualdad de los consumidores.

Finalmente, sobre el quinto requisito, se requiere que la medida adoptada sea proporcional y razonable<sup>23</sup>. En este punto, se advierte que la prohibición a los hombres

---

<sup>23</sup> Ver Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de octubre de 2005, seguida en el Expediente 045-2004-PI/TC: “La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del Trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación

de contratar con el proveedor de servicios de gimnasio o de adquirir prendas de ropa implica una intervención de intensidad grave en la igualdad, la cual no ve un reflejo en el grado de satisfacción de las consumidoras: ¿verdaderamente se sienten más tranquilas al realizar ejercicios en un ambiente sin hombres? ¿su intimidad se ve protegida cuando escogen ropa en una tienda sin que los varones vean lo que escogen? Y si así fuera, ¿es suficiente esta satisfacción para mermar de manera tan radical el derecho a la igualdad de los varones que se ven afectados por las medidas que prohíben su ingreso al local?

Así, en opinión de quien suscribe estas líneas, al analizar los servicios únicamente dirigidos a un sexo (dígase, las mujeres), podemos observar que, después de aplicar los criterios de la Sala, nos encontraremos casi siempre ante un trato discriminatorio.



---

de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta: 'Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro' (...) Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una colisión entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferencia."

## V. Conclusiones

1. Diferenciación y discriminación son conceptos distintos, pero relacionados: Diferenciar no es intrínsecamente “malo” y puede incluso generar eficiencias de mercado (bajo, por ejemplo, herramientas como la discriminación de precios).
2. La discriminación, por otra parte, es una conducta prohibida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor en amparo del derecho a la igualdad y a no ser discriminado. En materia de Protección al consumidor, el artículo 38 del Código contiene un tipo único que sanciona toda diferenciación que no obedezca a causas objetivas y razonables bajo título de “discriminación”.
3. Para analizar un caso de discriminación de acuerdo al Código, debe primero probarse que un consumidor que se encuentra en la misma situación de hecho que otro recibe un trato diferente; a continuación, se deberá analizar si tal diferencia obedece a una causa objetiva y justificada. Para lograrlo, se proponen criterios similares a los exigidos por el Tribunal Constitucional para realizar un “test de igualdad” y medir la intervención en el derecho a la igualdad.
4. En el caso de productos y/o servicios especialmente dirigidos a un solo sexo por motivos de estructuración de la actividad económica, no será válida una causa que diferencie entre consumidores hombres y mujeres, toda vez ante la adquisición de productos o contratación de servicios en el mercado, ambos tienen las mismas necesidades y no requieren atención especial o diferente únicamente por su sexo.

## VI. Bibliografía

- Aguilera Rull, A. (2009). Prohibición de discriminación y libertad de contratación. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-30. Recuperado el 29 de marzo de 2017, de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1368176](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368176)
- Alfaro Águila-Real, J. (1993). Autonomía privada y derechos fundamentales. *Anuario de Derecho Civil*(1), 58-122. Recuperado el 29 de marzo de 2017, de [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_Autonom%EDa\\_privada\\_y\\_derechos\\_fundamentales](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-10005700122_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Autonom%EDa_privada_y_derechos_fundamentales)
- Amaya, L. (2015). *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi*. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.
- Baca Oneto, V. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Protección al Consumidor* (Vol. 1). Lima: Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.
- Bates, L. (23 de mayo de 2016). Women-only gyms are a world away from boys' clubs such as Muirfield. Recuperado el 27 de octubre de 2017, de <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/may/23/women-only-gyms-muirfield-men-male-privilege>
- Borrillo, D. (2013). Elementos para una teoría general de la igualdad y la no discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. *Derecho PUCP*(71), 543-556.
- Bullard González, A., Escobar Rozas, F., & León Hilario, L. (2012). Temas de Responsabilidad civil en debate: nuevas tendencias (mesa redonda). *IUS ET VERITAS*(45), 422-433.
- Cassagne, J. C. (1998). *Derecho Administrativo* (Vol. I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Chávez Verástegui, C. (2012). Ladies nights, cortes de cabello y discriminación de precios: ¿puede la disposición al pago justificar un esquema de precios diferenciados? *Themis-Revista de Derecho*(62), 165-178.
- Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. (1989). Observacion General 18: No discriminación. *HRI/GEN/I*. Recuperado el 05 de diciembre de 2017, de [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN18](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN18)
- Crain, E. (04 de febrero de 2014). Would you go to a Women-only Gym? Recuperado el 27 de octubre de 2017, de <https://www.womenshealthmag.com/fitness/women-only-gym>
- De Rusha, J. (20 de Agosto de 2012). Good Question: Why Can Some Clubs Discriminate? Minnesota. Recuperado el 28 de octubre de 2017, de <http://minnesota.cbslocal.com/2012/08/20/good-question-why-can-some-clubs-discriminate/>
- Defensoría del Pueblo. (2007). *Documento Defensorial 002-2007. “La discriminación en el Perú, Problemática, normatividad y tareas pendientes”*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Díaz Fraile, F. (2015). *Derecho penal y Derecho Administrativo Sancionador. Garantías y límites en la jurisprudencia del TEDH*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Huerta Guerrero, L. A. (2005). El derecho a la Igualdad. *Revista Pensamiento Constitucional*, 11(11), 307-334.
- Internicola, D. (05 de Abril de 2014). Women Only Gyms: A Place For Fitness And Networking. Reuters. Recuperado el 28 de 10 de 2017, de [https://www.huffingtonpost.com/2014/02/03/women-only-gyms-fitness-networking\\_n\\_4715482.html](https://www.huffingtonpost.com/2014/02/03/women-only-gyms-fitness-networking_n_4715482.html)
- Martin, R. (2017). *Serie Módulos Instruccionales. N°8 Fundamentos de Derecho Administrativo. Parte I*. Lima: Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo - Parte General (titulo original: Allgemeines Verwaltungsrecht)*. Madrid: Marcial Pons.
- Mock, C. (abril de 2011). Are Women-Only Gyms Guilty of Discrimination? Recuperado el 17 de noviembre de 2017, de <https://fitnessmarketing.com/2011/04/are-women-only-gyms-guilty-of-discrimination/>
- Pedreschi Garcés, W. (2003). Análisis sobre la Potestad Sancionadora de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento administrativo General. En A. Varios, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley 27444. Segunda Parte* (págs. 497-558). Lima: Ara Editores.
- Pereira Chumbe, R. (2001). La potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 27444. En A. Varios, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley 27444. Segunda Parte* (págs. 279-303). Lima: Ara Editores.
- Rodriguez García, G. (2013). *El consumidor en su Isla: Una visión alternativa del sistema de protección al consumidor*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Rojas Franco, E. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*(67), 177-188.
- Sala de Defensa de la Competencia N°2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (7 de Enero de 2010). *Resolución 30-2010/SC2-Indecopi*.
- Sala de Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (23 de enero de 2014). *Resolución 204-2014/SPC-INDECOPI*.
- Sala de Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (27 de Mayo de 2014). *Resolución 1708-2014/SPC-INDECOPI*.

Sala de Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (22 de mayo de 2014). *Resolución 1675-2014/SPC-INDECOPI.*

Sala de Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (8 de Junio de 2016). *Resolución 2116/SPC-INDECOPI.*

Sala de Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (27 de Abril de 2016). *Resolución 1487-2016/SPC-INDECOPI.*

Tribunal Constitucional del Perú. (28 de junio de 2004). *Sentencia recaída en el expediente 0606-2004-AA/TC.*

Tribunal Constitucional del Perú. (29 de octubre de 2005). *Sentencia recaída en el expediente 045-2004-PI/TC.*

Tribunal Constitucional del Perú. (15 de Febrero de 2005). *Sentencia recaída en el expediente 034-2004-PI/TC.*

Tribunal Constitucional del Perú. (24 de Octubre de 2011). *Sentencia recaída en el expediente 02974-2010-PA/TC.*

Tribunal Constitucional del Perú. (29 de agosto de 2014). *Sentencia recaída en el expediente 0011-2013-PI/TC.*

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (1 de Marzo de 2007). *Resolución 277-2007/TDC-INDECOPI.*

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. (18 de junio de 2007). *Resolución 1029-2007/TDC-INDECOPI.*