

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

La aplicación del concepto de discriminación en el consumo en el Perú: los casos del Indecopi y del Tribunal Constitucional

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

AUTOR

Rubí Kelita Prado Huayanay

ASESOR:

Julio Baltazar Durand Carrión

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20083146

AÑO

2018

Resumen

La Constitución peruana reconoce el derecho a la no discriminación. No obstante, aún existen casos –solapados o explícitos- de discriminación a las personas. Este fenómeno está presente en las relaciones de consumo, negando el acceso o disfrute de servicios o bienes a determinados consumidores por causas no objetivas ni razonables. Si bien en el Perú existe un marco regulatorio que proscribe la discriminación en el consumo, no hay criterios uniformes para determinar qué actos lo constituyen. Esto dificulta a los consumidores identificar cuándo se encuentran ante un caso de discriminación, y genera un problema a los proveedores, que suelen realizar diferenciaciones para identificar –o atender– un público objetivo. El presente trabajo analiza los diferentes criterios establecidos por el Tribunal Constitucional y por los órganos resolutores del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, a fin de esbozar un concepto uniforme de discriminación en el consumo. Siguiendo al Tribunal Constitucional, se produce un supuesto de discriminación cuando se realiza un trato diferenciado no justificado, objetiva ni razonablemente. Por lo tanto, no todo trato diferenciado constituirá discriminación, pues si cumple con los requisitos de objetividad y razonabilidad será considerado lícito. Sobre esta base, la discriminación en el consumo se producirá cuando el proveedor, que brinda un servicio o producto, hace distinciones no objetivas ni razonables hacia el consumidor, ya sea en el desarrollo de la relación de consumo o en una etapa previa a esta. Para determinar lo objetivo y razonable será necesario identificar un trato diferente y su intensidad, es decir el grado de afectación al derecho a la igualdad y a los derechos relacionales que también afecta. Posteriormente, se deberá realizar la evaluación de proporcionalidad en la que se identificará la finalidad del tratamiento diferenciado, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto.

Índice

	Introducción	4
1	¿Qué es la discriminación?	7
2	¿Qué es la discriminación en el consumo?	13
3	¿Cómo ha resuelto el Indecopi los casos de discriminación en el consumo y cómo se entiende esta figura desde las sentencias del Tribunal Constitucional?	18
4	Postura sobre el concepto de discriminación en el consumo	30
5	El mandato de no discriminación como política de Estado	34
6	Los proveedores, su imagen y costos reputacionales frente a actos de discriminación	44
7	Conclusiones	46
8	Bibliografía	48

Introducción

Hoy en día, muchos de nosotros valoramos de forma negativa los actos de discriminación. Sentimos que dar un trato diferente a las personas por el mero hecho de su género, color de piel, idioma, religión, nacionalidad u otros similares, no está bien. Pero, llegar a instaurar una conciencia social sobre el derecho a no ser discriminado no ha sido fácil. Hace no mucho tiempo, en 1955, Rosa Parks, mujer, estadounidense y afrodescendiente, fue arrestada por haber ocupado un asiento en un bus de transporte público. ¿Qué falta puede cometerse por una acción en apariencia tan banal como elegir un lugar en un bus? A mediados del siglo XX, lo hecho por Rosa Parks no tenía un ápice de superfluo: era el rechazo abierto a una regla que impedía que los afrodescendientes ocuparan ciertos lugares que estaban reservados para personas de piel clara. Era un «basta ya», que generó una ola de apoyo que no paró hasta el fin de la segregación racial en la sociedad estadounidense.

El Perú ha vivido su propia lucha a favor de la igualdad de derechos y en contra de la discriminación. Así, debemos recordar que hace tan solo 63 años, las mujeres no podíamos votar, mientras que el voto indígena –de los analfabetos– se aprobó hace recientes tres décadas.

Aún en la actualidad muchas personas continúan en la lucha por el reconocimiento de sus derechos y aunque hemos avanzado y tenemos una noción más clara del derecho a la no discriminación, todavía seguimos siendo testigos o protagonistas de actos discriminatorios.

No cabe duda que este fenómeno nace de percepciones y antivalores colectivos y que para frenarlo es necesario un trabajo educacional que nos lleve a la construcción de una cultura compartida y libre de taras, así como de la promoción de derechos. Sin embargo, al lado de ello, el Estado requiere

contar con mecanismos coercitivos que proscriban los comportamientos discriminatorios.

Los Estados han tomado conciencia de esta situación hace muchos años y recogieron el derecho a la no discriminación en su norma de mayor rango: la Constitución. De este modo, reconocieron tanto la existencia del derecho y principio constitucional a la igualdad, así como el mandato de no discriminación.

Pese a ello, aún existen casos en los que se intenta -de manera solapada o a veces muy explícita - discriminar a las personas. Los ámbitos de la vida social en los que este fenómeno se expresa son múltiples, incluyendo el trabajo, la escuela, la universidad, el quehacer diario y las actividades económicas. Con relación a este último punto, la discriminación también está presente en un ámbito muy frecuente para nosotros en la vida actual: en las relaciones de consumo. En éstas se niega el acceso o disfrute de servicios o bienes a determinados consumidores por causas no objetivas ni razonables.

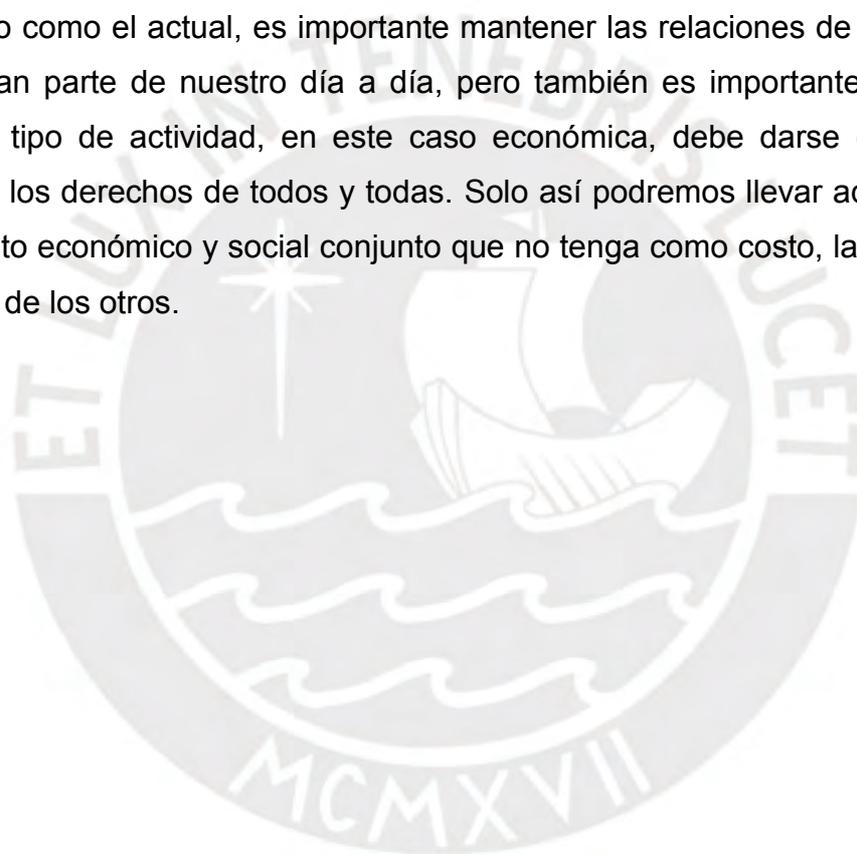
Si bien en el Perú existe un marco regulatorio que proscribe la discriminación en el consumo, no contamos con criterios uniformes para determinar qué actos constituyen discriminación en este ámbito. Desde la incorporación expresa de la figura de discriminación en las normas peruanas de consumo, en 1998, hasta la actualidad, se han dado numerosos casos ante diversos órganos resolutores, tanto administrativos como jurisdiccionales. Sin embargo, cada uno de ellos ha emitido resoluciones con pautas distintas y no uniformes para entender el concepto de discriminación.

Esto dificulta que los consumidores sepamos con certeza cuándo nos encontramos ante un caso de discriminación, pero también genera un problema a los proveedores, que en el ámbito de la oferta de bienes y servicios realizan diferenciaciones para identificar –o atender– un público objetivo –es decir, un sector de la población que por sus características son considerados los clientes

óptimos o económicamente más convenientes—, maximizando con ellos sus ganancias, objetivo legítimo dentro de una economía social de mercado.

El presente artículo analiza los diferentes criterios establecidos por los órganos resolutivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Indecopi así como los que sobre este tema ha desarrollado el Tribunal Constitucional, a fin de esbozar un concepto uniforme de discriminación en el consumo.

En mundo como el actual, es importante mantener las relaciones de consumo, que forman parte de nuestro día a día, pero también es importante entender que todo tipo de actividad, en este caso económica, debe darse con pleno respeto a los derechos de todos y todas. Solo así podremos llevar adelante un crecimiento económico y social conjunto que no tenga como costo, la exclusión o el daño de los otros.



1. ¿Qué es la discriminación?

La Constitución Política del Perú señala en su artículo 2 numeral 2 que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. El Estado peruano reconoce y garantiza con ello el derecho constitucional y el principio de igualdad, así como el mandato de no discriminación.

La fundamentación de este derecho parte de una premisa básica, establecida de manera expresa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos: todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos.¹ Al serlo debemos, entonces, ser tratados de manera igual y solo tener un trato diferenciado si es que existen razones objetivas que lo justifiquen. En ese sentido, toda diferenciación que no tenga una justificación objetiva ni razonable constituirá una vulneración al derecho a la igualdad. Esta vulneración es a lo que llamamos discriminación.

A lo largo de la historia, la positivización del derecho a la igualdad y su desarrollo surgieron como respuesta ante tratamientos diferenciadores que buscaban distinguir a las personas por distintos motivos. En un primer momento la diferenciación explícita provenía del mismo Estado o de los aparatos de gobierno que otorgaban derechos a ciertos grupos privilegiados o establecían cargas excesivas para grupos generalmente vulnerables.

Es en este contexto que se busca el reconocimiento de la igualdad como un derecho y se empieza a configurar la denominada igualdad ante la ley como aquella por la cual las normas y los derechos que ella reconoce deben darse para una generalidad de personas y no solo para algunas. Como señala

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Rodríguez Pihero, «el entender la igualdad ante la ley como consecuencia de la generalidad propia de la norma legal (expresión además de una voluntad general) supone el que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen igual derecho a recibir la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce».²

Sin embargo, este esfuerzo de reconocimiento no fue suficiente, pues si bien las normas eran diseñadas para su aplicación general, no todas las personas que estuviesen dentro de su supuesto de hecho recibían los beneficios o cargas que las mismas establecían. Por ello, el concepto de igualdad fue evolucionando hacia uno que no solo reconociera la igualdad de derechos en la ley, sino también la igualdad en la aplicación de la ley³. De esta manera, las autoridades encargadas de hacerla cumplir quedaban proscritas de tener criterios subjetivos para su aplicación. En ese sentido, el concepto de igualdad se fue ampliando hacia uno que reconoce que su protección «no sólo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación».⁴

Pero la realidad empezó a evidenciar que el ejercicio del derecho a la igualdad no se reducía a estos dos aspectos (igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley) pues en la práctica no todas las personas inician en mismo punto de partida, es decir, no todas las personas cuentan con las mismas condiciones para su desarrollo y para el ejercicio pleno de sus derechos. Por ello, el concepto de igualdad se amplió, incluyendo en él la búsqueda de una igualdad que otorgue, en la realidad, iguales condiciones o medios de desarrollo a todas las personas. Surge así el concepto de igualdad material. Según el Tribunal

² RODRÍGUEZ PIYERO, Miguel y FERNÁNDEZ LOPEZ, María Fernanda. *Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986. pp.20-21. Citado por RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

³ PRADO, Rubí. Análisis de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI. Informe Profesional para optar por el título profesional de abogado. Lima, PUCP, 2018.

⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 1279-2002-AA/TC FJ 2. Sobre este punto, revisar también EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Principio de Igualdad y derecho de no discriminación*. En: Revista *Ius Et Veritas* Año 8 N° 15 (Nov 1997). Lima.

Constitucional el principio de igualdad material «apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos».⁵

En los dos primeros ámbitos del derecho a la igualdad queda claro que una distinción arbitraria y no objetiva, tanto para la dación de normas como para su aplicación, constituirán supuestos de discriminación. Ello, generalmente no ocurre en la búsqueda de la igualdad material, pues en estos casos será necesaria la aplicación de tratamientos diferenciados para conseguirla. En la medida que estos se encuentren justificados de manera objetiva, no constituirán supuestos de discriminación.

De este breve repaso del contenido del derecho y principio de igualdad, queda claro que su vulneración, por tratos diferenciados no objetivos ni razonables, configuran supuestos de discriminación y que, en esa misma línea, el mandato de no discriminación no solo se configura como parte de este derecho (y por lo tanto plenamente exigible) sino también como un mecanismo de protección al mismo.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al señalar que:

[..] la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras («motivo de cualquier otra índole») que, jurídicamente, resulten relevantes. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la

⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 0261-2003-AA/TC. Los criterios señalados en esta sentencia han sido reiterados en las sentencias recaídas en los expedientes N° 018-2003-AI/TC, 045-2004-PI/TC, 048-2004-PI/TC.

prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad.⁶

Este sentido, también ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho a la igualdad conjuntamente con el mandato de no discriminación. En efecto, como se señaló en líneas anteriores, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 1 que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y en su artículo siguiente señala que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica en su artículo 26 que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley, asimismo señala que la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 2 que los Estados Parte se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 00045-2004-AI/TC FJ20. Los criterios señalados en esta sentencia han sido reiterados en las sentencias recaídas en los expedientes N° 6089-2006-PA/TC, 004-2006-AI/TC, 0025-2005-AI/TC, 0026-2005-AI/TC, 02437-2013-PA/TC, 025-2007-AI/TC y 02362-2012-AA/TC.

A nivel del continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 1 que los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Entonces, tanto a nivel interno como a nivel supranacional, el mandato de no discriminación forma parte del derecho a la igualdad y es un mecanismo que lo protege. En este contexto, es importante preguntarnos cuándo nos encontramos ante un caso de discriminación.

Siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, se produce un supuesto de discriminación cuando se realiza un trato diferenciado no justificado objetiva ni razonablemente. Por lo tanto, no todo trato diferenciado constituirá discriminación, pues si cumple con los requisitos de objetividad y razonabilidad será considerado lícito (como en el caso de aquellos tratos que buscan optimizar la igualdad material). En efecto, como señala el Tribunal:

[...] 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, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.⁷

Frente a este escenario, es pertinente, entonces, determinar cuándo un trato diferenciado es objetivo y razonable. A fin de no redundar en definiciones este punto será analizado en el apartado 3.2 que desarrolla los criterios que ha establecido el Tribunal Constitucional para determinar la objetividad y razonabilidad de una medida.

⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 00048-2004-PI/TC. FJ 62. Sobre este punto revisar también la sentencia recaída en el expediente N° 2974-2010-AA/TC



2. ¿Qué es la discriminación en el consumo?

La discriminación es un problema que atraviesa diversos ámbitos de la vida privada y pública de las personas. Es también un problema que parte de la percepción que tienen las mismas sobre una determinada realidad o persona. Por ello, las acciones que se pueden tomar para erradicarla, requieren no solo de normas y políticas públicas eficientes sino también de actuaciones conjuntas de los ciudadanos.

Por parte del Estado, es posible afirmar que, respecto a 1990, ha habido un avance en la dación de normas que proscriben la discriminación, así como de implementación de diferentes políticas públicas, este último punto se verá en el apartado 5. Si bien la sola vigencia de una norma no soluciona el problema, sí ayuda a establecer mandatos que rigen las actuaciones de las personas.

A nivel infra constitucional, el Estado peruano ha emitido diversas normas para prohibir la discriminación racial, por género, por discapacidad, la discriminación en el ámbito laboral y en un ámbito que nos ocupa diariamente, en las relaciones de consumo.

En este último, los actos de discriminación fueron identificados paulatinamente por las autoridades administrativas. De hecho, la creación de la norma que introdujo un apartado específico que prohibió la discriminación en el consumo, surgió a partir de la necesidad de sancionar casos explícitos de discriminación basados en el color de piel y los rasgos de las personas.

Como señala Amaya Ayala, a finales de los 90 «el Indecopi ya venía investigando y sancionando casos —la mayoría promovidos de oficio [...]— por prácticas discriminatorias que no tenían un sustento legal específico».⁸ Por ello,

⁸ AMAYA AYALA, Leoni Raúl. *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi*. Lima: Indecopi, 2015. Pág. 34

y «ante la lamentable realidad de que eran muchas las discotecas que practicaban evidentes conductas segregacionistas, el Indecopi emitió el Documento de Trabajo N° 3-1998 del 24 de noviembre de 1998. En él concluyó que era necesario modificar el marco legislativo e incorporar la figura de «discriminación en el consumo».⁹

De esta manera, mediante la Ley N° 27049 se introdujo expresamente la prohibición de discriminación en el consumo en la entonces Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716. La versión final de los artículos que recogieron esta figura es la siguiente:

Decreto Legislativo 716

Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

- c) Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;
- d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios;

Precisase que al establecer el inciso d) del artículo 5o del Decreto Legislativo No 716, que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, se establece que los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

Artículo 7B.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público. Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le

⁹ Íbid

corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

En el 2010, con la dación del Código de Protección de Defensa del Consumidor, se produjeron algunos cambios sobre la definición legal inicialmente planteada, que brindaba mayor énfasis a los casos de discriminación en lugares abiertos al público. La norma vigente recoge el mandato de no discriminación en los artículos 1. 1 literal d), 38 y 39 del Código mencionado.

Artículo 1.- Derechos de los consumidores

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

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

Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores

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

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

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

Artículo 39.- Carga de la prueba

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

Esta norma establece con claridad que todos los consumidores tenemos derecho a no ser discriminados por ningún motivo (ni por los expresamente proscritos ni por aquellos de cualquier otra índole). Pero, y en consonancia con lo establecido en la Constitución Política, el Código no solo establece un derecho sobre los consumidores, sino también una prohibición sobre los proveedores señalando en su artículo 38 que los mismos no pueden discriminar por ningún motivo. En ese sentido, el proveedor solo podrá realizar un trato diferente por causas objetivas y razonables. Finalmente, el mismo artículo hace mención expresa a la protección al consumidor frente a actos de discriminación, incluso cuando estos se encuentren expuestos a una relación de consumo. Si bien esta mención es importante, para evitar cualquier atisbo de duda al respecto, su contenido también se desprende del numeral 1 del artículo III del mismo cuerpo normativo que establece que el Código protege al consumidor se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a esta.

Sobre cuándo se configura una relación de consumo el artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece en su numeral 5 que la relación de consumo es aquella por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica.

En síntesis, se producirá un acto de discriminación en el consumo cuando el proveedor, que brinda un servicio o producto, hace distinciones no objetivas ni razonables hacia el consumidor, ya sea en el desarrollo de la relación de consumo o en una etapa previa a esta.

De la redacción de la norma, queda claro que la discriminación se encuentra prohibida, constituyendo un tipo infractor, y que solo se permiten tratos diferenciados cuando los mismos sean objetivos y razonables, pues al tener esta naturaleza son lícitos.

Sin embargo, este razonamiento no tiene apoyo pacífico por parte de los órganos resolutivos del Indecopi que señalan que el artículo 38 del Código recoge dos tipos infractores: el de discriminación en el consumo y el de trato diferenciado ilícito, o selección injustificada de clientela.



3. ¿Cómo ha resuelto el Indecopi los casos de discriminación en el consumo y cómo se entiende esta figura desde las sentencias del Tribunal Constitucional?

Desde la incorporación de la figura de discriminación en el consumo en 1998 hasta la fecha, tanto en sede administrativa como en el ámbito jurisdiccional, se han presentado diversos casos sobre la materia.

Del análisis de las decisiones adoptadas en este lapso de tiempo, podemos identificar la inexistencia de criterios uniformes al momento de determinar cuándo nos encontramos frente a un supuesto de discriminación en el consumo.

Consideramos que esta situación es contraproducente y no contribuye al combate de las prácticas discriminatorias, al no permitir que los proveedores de bienes y servicios puedan contar con una claridad meridiana sobre las prácticas que deben ser eliminadas, así como de aquellas que constituyen formas de diferenciación válidas al momento de ofertar o proveer el bien o el servicio. Lo mismo es válido para los consumidores, que tendrán una mayor certidumbre sobre sus derechos y sobre lo que constituye una práctica discriminatoria.

3.1. Casos resueltos por el Indecopi

Al amparo del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 716, los órganos resolutivos del Indecopi, empezaron a desarrollar diversos criterios para determinar el concepto de discriminación en el consumo. En un primer momento, se reconoció, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional

recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC, la existencia de dos figuras: la discriminación y la diferenciación.¹⁰

De este modo, mediante Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia estableció que existe discriminación «cuando no se aplican las mismas condiciones a consumidores que se encuentran en situación de igualdad, es decir cuando no existe una razón objetiva que justifique el trato diferenciado».¹¹ Así también, señaló que se da un trato diferenciado lícito cuando:

- (i) Los consumidores son tratados de manera distinta por encontrarse en situaciones distintas,
- (ii) El trato desigual responde a una finalidad,
- (iii) La finalidad es razonable,
- (iv) Existe congruencia entre el trato desigual brindado y la finalidad perseguida y
- (v) Existe proporción entre el trato desigual y la finalidad de la medida.¹²

¹⁰ PRADO, Rubí. Análisis de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI. Informe Profesional para optar por el título profesional de abogado. Lima, PUCP, 2018. Pág. 29.

¹¹ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI FJ 18. Estos criterios reiterados en las resoluciones N° 277-2007/TDC, 1518-2007/TDC-INDECOPI, 2230-2007/TDC-INDECOPI y 837-2009/CPC-INDECOPI.

¹² Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI FJ 18:

18. En los actos de consumo, una conducta es discriminatoria cuando no se aplican las mismas condiciones comerciales a consumidores que se encuentren en situación de igualdad, es decir, cuando no existe una razón objetiva que justifique el trato diferenciado. Acreditar la existencia de ese criterio objetivo es lo que distingue un trato diferenciado de un trato discriminatorio. Constituirá un trato discriminatorio y por tanto ilícito, el trato diferenciado que se sustente en razones meramente subjetivas e injustificadas y que no se encuentren en los presupuestos que se detallan en el párrafo siguiente. Por el contrario, el trato diferenciado o la segmentación de mercado es una conducta lícita siempre que exista una razón objetiva que lo justifique, para lo cual será necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- (i) que los consumidores que reciben distinto trato se encuentren en distintas situaciones de hecho, en la medida que éstas admiten o pueden requerir un trato diferente;
- (ii) el trato desigual que se otorga debe responder a una finalidad, pues no se puede otorgar a los consumidores un trato diferente sin justificación;
- (iii) dicha finalidad debe ser razonable;
- (iv) debe existir congruencia – una relación lógica, coherente - entre el trato desigual brindado y la finalidad perseguida; y,
- (v) debe existir proporción entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida.

Esta posición también se observa en la Resolución 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI, *Lineamientos 2006 de la comisión de protección al consumidor*. Así también en el documento *Igualdad de trato en las transacciones comerciales* elaborado por el Indecopi. En: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/1864897/Articulonancy.pdf/a2ab673c-d82f-e472-bda5-070be41228ed>. Fecha de visita: 20 de setiembre de 2018

Al establecer que para ser lícito todo trato desigual debe tener una finalidad razonable, congruente y proporcional, además de ser objetivo, la Sala recoge en gran parte lo desarrollado por el Tribunal Constitucional, que establece los criterios de objetividad y razonabilidad para definir un trato diferenciado o uno discriminatorio.

Un año después la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 emitió la Resolución N° 421-2008/SC2-INDECOPI, en la que agregó un criterio adicional para determinar la existencia de discriminación en el consumo, señalando que esta se produce cuando se brinda un trato diferenciado a un consumidor por pertenecer a un grupo humano cuyas características son desvaloradas culturalmente. En ese sentido, señaló que:

10.- La discriminación es una desvaloración de características inherentes a determinados grupos humanos pese a que éstas son protegidas por nuestro ordenamiento jurídico. Debido a la discriminación, determinados individuos ven afectados sus derechos por la simple pertenencia a un grupo al cual culturalmente se le atribuyen características o comportamientos no deseables, o porque se presume indebidamente que se encuentran en un rango inferior al resto, aun cuando tales características son reconocidas y protegidas constitucionalmente. Así, por ejemplo, las conductas discriminatorias pueden producirse porque las personas pertenecen a un género determinado, una raza u origen étnico particular, poseen una preferencia sexual específica o tienen una creencia religiosa distinta, condiciones que son reconocidas por la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) como derechos fundamentales. [...]

12.-Atendiendo a lo expuesto, se configurará un acto de discriminación en consumo cuando se advierta que el consumidor pertenece a un grupo determinado, caracterizado por una preferencia sexual, raza, sexo, idioma específico –entre otros– en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución y que, en mérito a dicha condición es que se le ha negado la prestación de un servicio o la adquisición de un producto¹³

Esta decisión fue criticada, al establecer la necesidad de pertenecer a un grupo para que se produzca un supuesto de discriminación, pues dejaba de lado los supuestos en los que la persona era discriminada y no pertenecía a los grupos históricamente desvalorados. Pese a ello, sirvió de base para poner de

¹³ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 421-2008/SC2-INDECOPI FJ 10 y 12.

manifiesto la necesidad, por parte de los órganos resolutivos del Indecopi, de diferenciar aquellos supuestos en los que se negaba un servicio o producto por motivos expresamente prohibidos en la Constitución, particularmente graves, de aquellos en los que esta acción estaba motivada por caprichos del proveedor.

En ese sentido, ayudó a diferenciar y crear una figura adicional a las de discriminación y trato diferenciado lícito: el trato diferenciado ilícito o selección injustificada de clientela. Como señala Amaya Ayala,

lo que en realidad había surgido en estos casos era la necesidad de distinguir los casos de discriminación y los casos de trato diferenciado ilícito. En efecto, las denuncias anteriormente mencionadas no resistían la imputación de un supuesto de discriminación por casuales que afectaban la dignidad de las personas (motivos de raza, sexo, nivel socioeconómico, etc.), sino más bien como comportamientos arbitrarios de parte de los proveedores que se negaban a contratar con los consumidores afectados sin tener en cuenta cuestiones de raza, sexo, religión, origen, etc.¹⁴

Pese al cambio del Decreto Legislativo N° 716 y a la dación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que establece expresamente que para acreditar la discriminación no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado, las formas de resolver los casos no variaron en sustancia y la figura del trato diferenciado ilícito aún se mantiene en las decisiones de algunos órganos resolutivos del Indecopi, que señalan que el Código,

contempla dos tipos infractores: (i) el tipo básico de selección injustificada de clientela [...] y (ii) el tipo agravado de discriminación, contenido en el primer párrafo [...] a diferencia del trato desigual [...] en materia de discriminación la limitación de acceso a un servicio estaría dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos

¹⁴ AMAYA AYALA. Leoni Raúl. *Evaluación de la funcionalidad y efectividad de los procedimientos administrativos conducidos por el Indecopi para sancionar conductas de trato discriminatorio de índole racial en establecimientos abiertos al público dedicados a actividades de esparcimiento*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. pág. 73.

humanos, siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes solo una evidencia de tal desvaloración.¹⁵

Es importante, sin embargo, señalar la posición del doctor Julio Durand quien señala que el artículo 38° del Código solo establece la infracción de la discriminación, existiendo solo casos de discriminación o de trato diferenciado lícito, justificado en razones objetivas y razonables. En ese sentido, señala que «todo trato diferenciado ilícito constituye un acto de discriminación en contra de los consumidores, en tanto estos no pueden concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que exista una causa objetiva y justificada que sustente dicha diferenciación. Por lo cual no se podría alegar que el trato diferenciado ilícito constituya un tipo infractor distinto al de la discriminación».¹⁶

El siguiente gráfico resume las posiciones del Indecopi:

Gráfico 1: Los criterios del Indecopi en materia de discriminación en el consumo



Fuente: Indecopi. Base de datos de resoluciones¹⁷

¹⁵ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI. Votos de los vocales Mujica Serelle y Montoya Alberti FJ 5 y 7

¹⁶ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N. ° 1666-2014/SPC-INDECOPI. Voto singular. FJ 14. Sobre la discriminación como categoría única Oscar Ermida Uriarte señala que será discriminatorio todo trato diferenciado que no se encuentre justificado. ERMIDA URIARTE, Óscar. Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación. En Revista: Derecho & Sociedad; Año 22, N.º. 37 (dic. 2011)

¹⁷ Disponible en: <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/>

3.2. La discriminación en el consumo desde las sentencias del Tribunal Constitucional

Como se señaló en el primer acápite, el 2005, en la sentencia recaída en el expediente N° 00048-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que, sobre la intervención al derecho a la igualdad, existen dos figuras contempladas por el ordenamiento: la discriminación y la diferenciación. En ese sentido, señaló que:

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, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.¹⁸

Sobre esta base, y a fin de determinar qué es discriminación y qué no, es importante determinar qué trato diferenciado es objetivo y razonable. Al respecto, el Tribunal señaló que serán objetivos y razonables aquellos tratos diferenciados que cumplan con tener:

- (i) un fin constitucionalmente legítimo,
- (ii) sean idóneas para conseguir dicho fin, y
- (iii) proporcionales con los fines que se buscan lograr.¹⁹

Posteriormente, en la sentencia recaída en el expediente N° 045-2004-PI/TC, se precisan y agregan puntos de evaluación en el análisis. Es ese sentido, el Tribunal señaló que la discriminación puede darse por motivos proscritos por la

¹⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 00048-2004-PI/TC. FJ 62. Sobre este punto revisar también la sentencia recaída en el expediente N° 2974-2010-AA/TC

¹⁹ *Ibíd.* Para profundizar sobre el tema se recomienda revisar BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra editores. 2017.

Constitución o por otros jurídicamente relevantes. Así también señaló que un acto será discriminatorio cuando no es razonable, lo cual a su vez incluye una evaluación de proporcionalidad, por lo que establece la aplicación del principio de proporcionalidad aplicado al derecho a la igualdad.

Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la «intensidad» de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.²⁰

El primer punto a evaluar es la intervención en la prohibición de discriminación que «consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, *prima facie*, aparece como contraria a la prohibición de discriminación».²¹

El segundo punto de la evaluación es la determinación de la intensidad en la intervención la cual, según el Tribunal Constitucional, puede presentar tres grados:

- I. Intensidad grave: «cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental [...] o un derecho constitucional».²²
- II. Intensidad media: «cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y,

²⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 045-2004-PI/TC FJ 33

²¹ Óp. cit. FJ 34

²² Óp. cit. FJ 35

además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo».²³

- III. Intensidad leve: «cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo».²⁴

El nivel de intensidad servirá para analizar la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. En el examen de necesidad «se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero».²⁵ En el examen de proporcionalidad en sentido estricto «la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional»²⁶

Después de haber realizado estos dos pasos, identificación de la intervención en la prohibición de discriminación y su intensidad, se procede a realizar el test de proporcionalidad propiamente dicho.

En ese sentido, la primera evaluación es para determinar la finalidad del tratamiento diferente. Sobre este punto el Tribunal Constitucional señala que comprende el establecimiento de un objetivo y de un fin. «El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado».²⁷

²³ Ibíd.

²⁴ Ibíd.

²⁵ Óp. cit. FJ 36

²⁶ Ibíd.

²⁷ Óp. cit. FJ 37

La segunda evaluación es sobre la idoneidad de la medida, la misma consiste en determinar si el tratamiento diferenciado adoptado es el conducente para alcanzar el fin constitucional propuesto. «En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad - *medio*- y el *objetivo*, y (2) el de la relación entre *objetivo* y *finalidad* de la intervención».²⁸

El tercer paso evalúa la necesidad de la medida. Sobre el mismo, el Tribunal señala que consiste en determinar «si existen medios alternativos [que sean también idóneos para la consecución del objetivo] que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad».²⁹ En ese sentido, si existe un medio alternativo igual de idóneo que no interviene en la prohibición de discriminación o que, interviniéndolo, lo hace en menor intensidad que el trato diferenciado evaluado, se habrá vulnerado el derecho de igualdad.³⁰

Finalmente, se evalúa la proporcionalidad en sentido estricto, que exige un análisis de «comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad».³¹ En dicho orden de cosas, «cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin».³² Por ello, «en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional».³³

El Tribunal Constitucional termina señalando que los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto deben aplicarse sucesivamente. De este modo, primero se examinará la idoneidad. Solo si el

²⁸ Óp. cit. FJ 38

²⁹ Óp. cit. FJ 39

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Óp. cit. FJ 40

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

trato diferenciado pasa esta evaluación, se procederá al análisis de necesidad. En ese mismo orden de ideas, el paso del análisis de necesidad habilitará finalmente la evaluación de proporcionalidad en sentido estricto.³⁴

Por otro lado, el Tribunal Constitucional sostuvo, en la sentencia N° 2317-2010-AA/TC, emitida el 2010, que cuando la diferenciación se basa en los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, se presume la inconstitucionalidad de la misma, por lo que quien ha realizado el trato desigual:

- (i) tendrá que probar que no se ha producido discriminación,
- (ii) en esta demostración no bastará que el agresor demuestre legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, deberá justificar además la «imperiosa necesidad de la misma»,³⁵ y
- (iii) en caso de duda deberá optarse por la inconstitucionalidad de la medida.

En ese sentido, el Tribunal señaló que,

32. Siendo ello así, corresponde ahora a este Tribunal añadir que, cuando la discriminación indirecta se funda en un criterio sospechoso o potencialmente discriminatorio, el acto u omisión que la genera debe reputarse, en principio, inconstitucional.

Al respecto, se entiende por «categorías sospechosas» o «especialmente odiosas» a aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una *presunción de inconstitucionalidad*, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable.

33. En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su artículo 2º, numeral 2) que «Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley», y agrega a continuación que «[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión opinión, condición económica o de cualquier otra índole» debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o

³⁴ Óp. cit. FJ 41

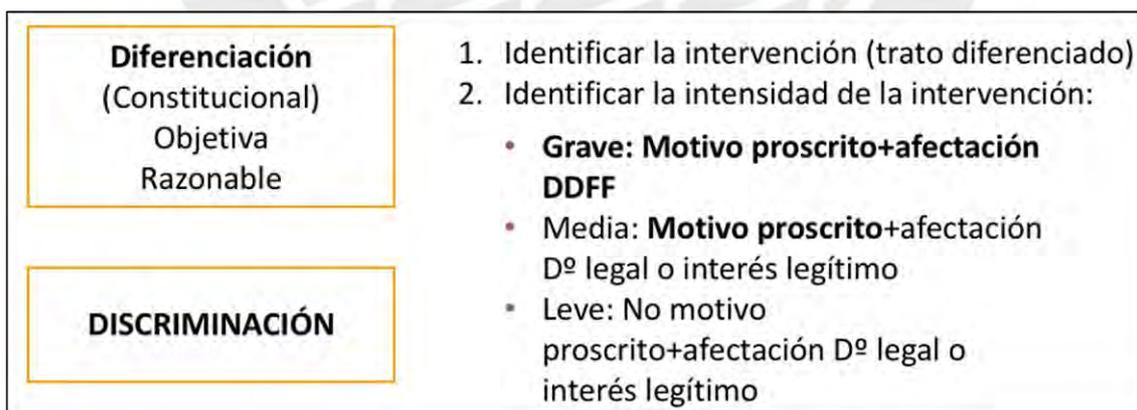
³⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 2317-2010-AA/TC FJ 34

social, merecen ser tenidos como «potencialmente discriminatorios» cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares.

34. Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación, sea ésta directa o indirecta, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes reglas: i) en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, probar que dicha discriminación no se ha producido; ii) en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un control estricto, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la imperiosa necesidad de la misma; y finalmente iii) en caso de duda, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada.³⁶

En resumen, para el Tribunal Constitucional nos encontraremos ante una diferenciación permitida por el ordenamiento jurídico, cuando la misma tenga una causa objetiva y razonable. Para evaluar estos aspectos, deberá tomarse en cuenta el principio de proporcionalidad con los pasos señalados anteriormente. Si la medida cumple de manera satisfactoria con cada uno de ellos, entonces, será constitucional y no vulnerará el principio y derecho de la igualdad y el mandato de no discriminación.³⁷ El gráfico siguiente busca resumir lo señalado.

Gráfico 2: Criterios del Tribunal Constitucional para determinar existencia de discriminación (I)



Fuente: Tribunal Constitucional. Base de datos de sentencias³⁸

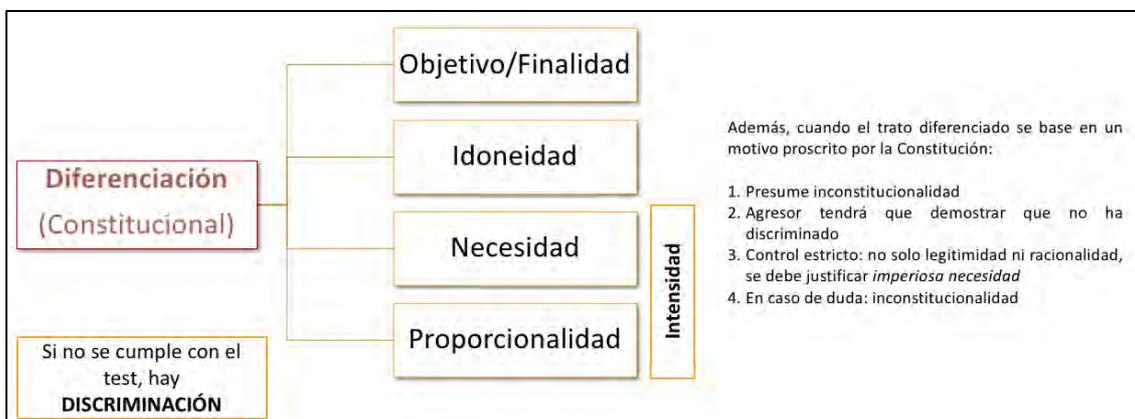
Elaboración: Propia

³⁶ Óp. Cit. FJ 32, 33 y 34

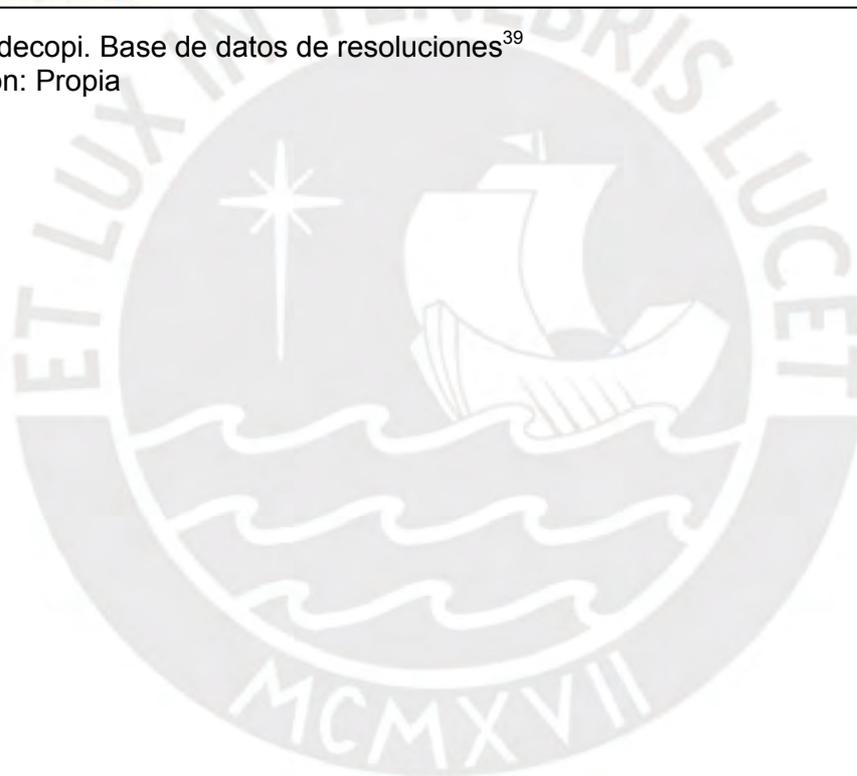
³⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 048-2004-PI. Observar el criterio de las sentencias recaídas en los expedientes N° 4993-2007-PA/TC y 0261-2003-AA/TC.

³⁸ Disponible: <https://www.tc.gob.pe/tc/public/causas/consulta>

Gráfico 3: Criterios del Tribunal Constitucional para determinar existencia de discriminación (II)



Fuente: Indecopi. Base de datos de resoluciones³⁹
 Elaboración: Propia



³⁹ Disponible: <https://www.tc.gob.pe/tc/public/causas/consulta>

4. Postura sobre el concepto de discriminación en el consumo

A partir de la revisión detallada de los antecedentes normativos, las resoluciones del Indecopi y las sentencias del Tribunal Constitucional, podemos indicar que el Código de Protección y Defensa del Consumidor recoge dos categorías jurídicas: la discriminación en el consumo y el trato diferenciado lícito.

En primer lugar, esta afirmación parte de la lectura literal del artículo 38 del Código que proscribe con claridad la discriminación en las relaciones de consumo, instituyendo así un solo tipo infractor. Como bien sabemos, en materia de procedimientos administrativos sancionadores solo pueden constituir conductas sancionables las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, o reglamentarias si es que la ley así lo dispone, mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.⁴⁰ Por ello, no se puede, por analogía o extensión crear tipos infractores que la norma no ha creado. Si bien la lectura literal de una norma no siempre es la más adecuada, pues muchas veces es necesaria una interpretación sistemática, en materia de procedimientos administrativos sancionadores esta lectura es necesaria como una garantía para los propios administrados.

En segundo lugar, si bien la distinción entre discriminación y trato diferenciado ilícito o selección injustificada de clientela parte de una necesidad de diferenciar los supuestos en los que se deniega el acceso o disfrute a determinados bienes o servicios por motivos graves de aquellos que se basan

⁴⁰ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 246 numeral 4.-Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

en arbitrariedades, ello no es óbice para, por interpretación, crear un nuevo tipo infractor. Más aun teniendo en cuenta que en todas las normas vigentes, incluyendo la Constitución, la discriminación contiene una cláusula abierta que no solo la proscribire por los supuestos expresamente establecidos en las normas sino por aquellos de *cualquier otra índole*. Con ello, la discriminación se configura como una distinción no objetiva por cualquier motivo. Esta cláusula abierta ayuda a sancionar los motivos de discriminación que van surgiendo en el desarrollo de las sociedades.

Si bien algunos supuestos de discriminación afectan con menor intensidad el ejercicio de derechos y son histórica y socialmente menos dañinos, no se encuentran exentos de constituir motivos no objetivos ni razonables y, por lo tanto, discriminatorios. Considero que esta evaluación debe determinar, más bien, la gravedad de la discriminación, es decir la intensidad en la que afecta derechos. Por ello, coincido con la posición del Tribunal Constitucional que establece los criterios para determinar la intensidad de la discriminación. Esto podría tomarse en cuenta al momento de determinar la sanción que corresponda al proveedor.

Del análisis realizado también podemos concluir que será discriminatorio todo trato diferenciado no objetivo ni razonable. Para determinar lo objetivo y razonable es recomendable seguir las pautas del Tribunal Constitucional. Ello no solo porque nos encontramos ante criterios del máximo intérprete de la Constitución, de donde parte la conceptualización de discriminación, sino también porque ofrece parámetros claros sobre objetividad y razonabilidad, basado en una evaluación sobre el grado de afectación de derechos, buscando un punto medio de optimización.

Es importante señalar que a nivel del Indecopi no se ha determinado con claridad qué es objetivo y qué no. Dejar la evaluación de objetividad a criterios personales y no definidos es peligroso pues como señala Shelton, refiriéndose al ámbito del derecho internacional, «las opiniones acerca de la índole

razonable de las distinciones pueden ir cambiando con el tiempo y esta subjetividad inherente ha ocasionado cierta incoherencia en la jurisprudencia»⁴¹. Y es que a lo largo del tiempo se ha podido ver que «la determinación de lo que constituye una diferenciación razonable y pertinente no puede decidirse sin referencia a otros valores sociales que evolucionan con el tiempo»⁴². Por ello, «la discriminación sistemática suele ser resultado de desigualdades fuertemente arraigadas en lo más profundo de la estructura social y se manifiestan como normas e interpretaciones comunes»⁴³ por lo que, «las opiniones sociales predominantes no siempre son la mejor prueba de lo que es razonable».⁴⁴

De todo lo analizado hasta este punto, es posible señalar que se producirá un acto de discriminación en el consumo cuando el proveedor, que brinda un servicio o producto, hace distinciones no objetivas ni razonables hacia el consumidor, ya sea en el desarrollo de la relación de consumo o en una etapa previa a esta. Para determinar lo objetivo y razonable serán necesario dos pasos previos:

1. La identificación de un trato diferente.
2. La identificación de la intensidad de este trato diferente, es decir el grado de afectación al derecho a la igualdad y a los derechos relacionales que también afecta.

Posteriormente, se deberá realizar la evaluación de proporcionalidad en la que:

1. Se identificará la finalidad del tratamiento diferenciado.
2. Se evaluará su idoneidad
3. Se evaluará su necesidad
4. Se evaluará su proporcionalidad en estricto.

⁴¹ SHELTON, Dinah. *Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Disponible en: www.anuario.cdh.uchile.cl. Página 35

⁴² Ob. Cit. Página 38

⁴³ WILDHABER, citado por SHELTON, Ob. Cit. Página 39

⁴⁴ Ob. Cit. Página 39

Toda esta evaluación en los términos señalados en el apartado 3.2 del presente artículo.



5. El mandato de no discriminación como política de Estado

Todo agente económico desarrolla su actividad en un contexto social determinado. Este es importante pues establece no solo los parámetros legales sino también los valores sociales que determinarán la aprobación o desaprobación de las acciones de los mismos. En el caso de lucha la contra la discriminación se han establecido movimientos sociales y reclamos conjuntos que han impulsado la promoción de políticas de Estado.

El desarrollo de las mismas ha sido disperso, pues ha respondido preocupaciones o enfoques sectoriales. Por lo tanto, no existe una única entidad rectora en el Estado peruano a cargo de la materia. No obstante, en la actualidad existen varios esfuerzos que buscan articular dichas políticas dándoles coherencia y aprovechando sus sinergias. En este sentido, debe entenderse el papel que en la materia juega el Plan Nacional de Derechos Humanos, en tanto herramienta de política pública que busca establecer compromisos transversales en la lucha contra la discriminación. Al respecto, en el presente punto desarrollaremos primero las políticas de alcance general, tanto en el nivel nacional como en los niveles subnacionales de gobierno, para luego presentar brevemente la situación de las políticas contra la discriminación lingüística y contra la discriminación en la educación.

5.1. Políticas transversales

En la imagen del Perú al 2030 planteada por el CEPLAN, la sociedad peruana es descrita como pacífica, justa e inclusiva, sin discriminación y con igualdad de oportunidades⁴⁵. Sin embargo, para lograr esta meta existen obstáculos que hacen necesario un esfuerzo compartido por la sociedad y el Estado. Con relación a este último, un instrumento que brinda una orientación general sobre

⁴⁵ CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO. *Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Lima, CEPLAN, 2017. p. 13.

las tareas de política pública a cumplir en materia de la lucha contra la discriminación es el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021.⁴⁶

El citado plan identifica grupos de especial protección, respecto de los cuales existe evidencia de la precaria vigencia de su derecho a la igualdad y no discriminación, «al verse afectados por actitudes contrarias a un trato de igual consideración y respeto», razón por la cual es necesario priorizarlos. Estos grupos son: población afrodescendiente y otros grupos étnicos; niños, niñas y adolescentes; personas adultas mayores; personas con VIH/SIDA y TBC; personas privadas de libertad; pueblos indígenas; mujeres; personas con discapacidad; víctimas de la violencia entre 1980 y el año 2000; personas en situación de movilidad que incluye a migrantes, víctimas de trata y desplazados; personas LGBTI; trabajadoras y trabajadores del hogar y, finalmente, defensores y defensoras de derechos humanos.

Asimismo, el indicado plan recoge los enfoques de discapacidad y de interculturalidad, los cuales son relevantes para el adecuado diseño de las políticas públicas en general. Sin embargo, consideramos de especial relevancia el denominado enfoque diferencial. De acuerdo con el Plan, debe buscarse un desarrollo progresivo del principio de igualdad y no discriminación. Así, «aunque todas las personas son iguales ante ley, esta afecta de manera diferente a cada una, de acuerdo con su condición de clase, género, grupo étnico, edad, salud física o mental y orientación sexual». Ante esta situación, y con miras a lograr una igualdad efectiva, «el reconocimiento, el respeto, la protección, la garantía de derechos y el trato deben estar acordes con las particularidades propias de cada individuo». De ahí deriva la obligación de las políticas públicas de atender las diferencias señaladas.

Es desde este marco en que debe entenderse el objetivo estratégico 6, del Lineamiento Estratégico N°2 (diseño y fortalecimiento de la política pública de promoción y protección de los derechos civiles, políticos y económicos,

⁴⁶ Disponible en: http://spij.minjus.gob.pe/content/banner_secundario/img/muestra/PLAN-ANUAL.pdf

sociales, culturales y ambientales) del Plan Nacional de Derechos Humanos, el cual plantea como acción estratégica el «eliminar todas las formas de discriminación y violencia, con énfasis en los grupos de especial protección, incluyendo a las personas LGBTI».

Posteriormente, el Lineamiento Estratégico N° 3 del Plan, desarrolla varias medidas específicas de lucha contra la discriminación para cada uno de los grupos vulnerables, las cuales tienen como responsables a distintas entidades públicas.

También debemos destacar las políticas emprendidas recientemente por el Ministerio de Cultura y su plataforma «Alerta contra el Racismo».⁴⁷ Este portal web constituye una plataforma de información e interacción para la ciudadanía, en la cual las personas pueden encontrar herramientas para enfrentar y reportar cualquier acto de discriminación étnico-racial que pudiera producirse en el país.

El portal nació en el año 2013 y sirve tanto como una fuente de información sobre la materia como un canal para reportar casos de discriminación. No obstante, el Ministerio de Cultura sirve más como un canal que deriva los casos a las distintas instancias responsables. También ha promovido campañas de sensibilización sobre la situación del racismo en el país. Del mismo modo, el Ministerio de Cultura acompaña a los ciudadanos, a fin de orientarlos en sus acciones de denuncia antes las instancias respectivas, de ser el caso. El portal web identifica como espacios en donde pueden producirse actos de discriminación el trabajo, ante la administración pública, en los centros de salud, en lugares de consumo, en centros educativos, en espacios públicos, en los medios de comunicación, y en los sitios donde se desarrollan espectáculos deportivos.

⁴⁷ Disponible en <http://alertacontraelracismo.pe/>.

Estas políticas no se han limitado al nivel nacional de gobierno. Como señala Wilfredo Ardito, desde el 2008 12 gobiernos regionales han dictado ordenanzas regionales contra la discriminación. Una situación similar se da a nivel de las municipalidades, con 35 municipalidades provinciales y 56 municipalidades distritales con ordenanzas contra la discriminación de acuerdo con el portal del programa del Ministerio de Cultura «Alerta contra el Racismo» (ver cuadro).

Ordenanzas Regionales	Ordenanzas Municipales (Provincias)	Ordenanzas Municipales (Distritales)
Gobierno Regional de Amazonas	Municipalidad Provincial de Abancay	Municipalidad Distrital de Acobamba
Gobierno Regional de Ayacucho	Municipalidad Provincial de Andahuaylas	Municipalidad Distrital de Alto del Alianza
Gobierno Regional de Cajamarca	Municipalidad Provincial de Arequipa	Municipalidad Distrital de Alto Selva Alegre
Gobierno Regional de Huancavelica	Municipalidad Provincial de Cajamarca	Municipalidad Distrital de Ancón
Gobierno Regional de Huánuco	Municipalidad Provincial de Camaná	Municipalidad Distrital de Belén
Gobierno Regional de Ica	Municipalidad Provincial de Canchis	Municipalidad Distrital de Calana
Gobierno Regional de Junín	Municipalidad Provincial de Cañete	Municipalidad Distrital de Castilla
Gobierno Regional de Lambayeque	Municipalidad Provincial de Caylloma	Municipalidad Distrital de Catacaos
Gobierno Regional de Loreto	Municipalidad Provincial de Chanchamayo	Municipalidad Distrital de Cayma
Gobierno Regional de Madre de Dios	Municipalidad Provincial de Chiclayo	Municipalidad Distrital de Cerro Colorado
Gobierno Regional de Moquegua	Municipalidad Provincial de Concepción	Municipalidad Distrital de Chaclacayo
Gobierno Regional de San Martín	Municipalidad Provincial de Cusco	Municipalidad Distrital de Coporaque

	Municipalidad Provincial de Cutervo	Municipalidad Distrital de Illimo
	Municipalidad Provincial de Espinar	Municipalidad Distrital de Jacobo Hunter
	Municipalidad Provincial de Huamanga	Municipalidad Distrital de Jayanca
	Municipalidad Provincial de Huancayo	Municipalidad Distrital de Jesús María
	Municipalidad Provincial de Islay	Municipalidad Distrital de Jesús Nazareno
	Municipalidad Provincial de Jauja	Municipalidad Distrital de José Luis Bustamente y Rivero
	Municipalidad Provincial de Jorge Basadre	Municipalidad Distrital de Kosñipata
	Municipalidad Provincial de Lamas	Municipalidad Distrital de Lince
	Municipalidad Provincial de Lambayeque	Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar
	Municipalidad Provincial de Lima Metropolitana	Municipalidad Distrital de Majes
	Municipalidad Provincial de Pacasmayo	Municipalidad Distrital de Mariano Melgar
	Municipalidad Provincial de Paruro	Municipalidad Distrital de Matahuasi
	Municipalidad Provincial de Paucartambo	Municipalidad Distrital de Mejía
	Municipalidad Provincial de Picota	Municipalidad Distrital de Miraflores (Arequipa)
	Municipalidad Provincial de Piura	Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima)
	Municipalidad Provincial de Rioja	Municipalidad Distrital de Mollendo
	Municipalidad provincial de San Martín	Municipalidad distrital de

	<p>Municipalidad Provincial de Sullana</p> <p>Municipalidad Provincial de Tacna</p> <p>Municipalidad Provincial de Tarma</p> <p>Municipalidad Provincial de Urubamba</p> <p>Municipalidad Provincial del Callao</p> <p>Municipalidad Provincial del Santa</p>	<p>Morropón</p> <p>Municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca</p> <p>Municipalidad Distrital de Nueva Requena (Ucayali)</p> <p>Municipalidad Distrital de Olmos</p> <p>Municipalidad Distrital de Pachacamac</p> <p>Municipalidad Distrital de Palca</p> <p>Municipalidad Distrital de Pisci</p> <p>Municipalidad Distrital de Pitumarca</p> <p>Municipalidad Distrital de Pueblo Libre</p> <p>Municipalidad Distrital de Sabandía</p> <p>Municipalidad Distrital de Sama</p> <p>Municipalidad Distrital de Samuel Pastor</p> <p>Municipalidad Distrital de San Antonio</p> <p>Municipalidad Distrital de San Borja</p> <p>Municipalidad Distrital de San Isidro</p> <p>Municipalidad Distrital de San Jerónimo</p> <p>Municipalidad Distrital de San José</p> <p>Municipalidad Distrital de</p>
--	---	--

		San Juan Bautista Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho Municipalidad Distrital de San Miguel Municipalidad Distrital de Santa Anita Municipalidad Distrital de Santa María del Mar Municipalidad Distrital de Santiago de Surco Municipalidad Distrital de Socabaya Municipalidad Distrital de Sullana Municipalidad Distrital de Villa El Salvador Municipalidad Distrital de Yanahuara Municipalidad Distrital de Zaña
--	--	---

Fuente: Alerta contra el Racismo. Elaboración propia.

Estas normas han atendido tanto la discriminación racial, la discriminación lingüística, la de las personas con discapacidad, así como los maltratos cometidos por la administración pública. Sin embargo, indica Ardito, no han sido visto como prioritarias, o no han movilizad la voluntad política para asegurar su debida implementación, ni siquiera en lo que concierne a su difusión.⁴⁸

5.2. Discriminación lingüística

⁴⁸ ARDITO VEGA, Wilfredo. Políticas públicas contra la discriminación en las regiones. Propuestas de políticas para los gobiernos regionales 2015-2018. Lima, CIES, 2015. p. 12.

El derecho a usar la propia lengua, la lengua materna, es un derecho humano fundamental derivado del derecho a la identidad cultural, así como del reconocimiento establecido en el artículo 48 de la Constitución Política del Perú, estando también recogido en distintos tratados internacionales sobre derechos humanos, incluyendo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Este derecho resulta fundamental para el desarrollo pleno de la persona. Su contenido implica la posibilidad efectiva de utilizar la lengua propia en la vida privada y pública, incluyendo los espacios sociales, la escuela, la universidad o cualquier otro centro educativo, los espacios burocráticos, profesionales y políticos. Esto incluye la posibilidad de recibir distintos servicios de entidades públicas y privadas en la lengua que uno habla. De esta manera, al usar la lengua propia, la persona puede acceder de mejor manera a múltiples servicios, lo cual deriva en una adecuada protección de sus derechos.

Con relación a las políticas públicas en la materia, la piedra angular la constituye la Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú, Ley N° 29735, promulgada en el año 2011. La Ley N° 29735 desarrolla los denominados «derechos lingüísticos», los cuales pueden ejercerse tanto de forma individual como colectiva. Estos son:

- i. Derecho a no ser maltratados ni rechazados por usar una lengua diferente al castellano en un espacio público o en uno privado.
- ii. Derecho a usar nuestro propio idioma ante cualquier autoridad, organismo o instancia estatal, así como a pedir la ayuda de un intérprete en estos espacios si es necesario.
- iii. Derecho a gozar y disponer de los medios de traducción que garanticen el ejercicio de nuestros derechos en todo ámbito.

- iv. Derecho a mantener y desarrollar nuestra lengua, tradiciones y cultura de nuestro pueblo.
- v. Derecho a la igualdad idiomática
- vi. Derecho a la eliminación de las desventajas de la discriminación por el uso de las lenguas originarias
- vii. Derecho de no sustituir la lengua materna al momento de aprender una segunda, como el castellano.

Las tareas contenidas en esta ley, y el desarrollo de políticas públicas para garantizar estos derechos, han sido encargadas fundamentalmente al Ministerio de Educación (Educación Intercultural Bilingüe) como al Ministerio de Cultura, a través de la Dirección de Lenguas Indígenas, principal instancia gubernamental responsable del diseño e implementación de políticas públicas vinculadas con la citada ley.

En lo que concierne a la Dirección de Lenguas Indígenas, esta ha llevado adelante tanto acciones de capacitación a los distintos actores involucrados (traductores, funcionarios públicos, líderes indígenas, comunicadores), actividades de sensibilización –tanto a peruanos indígenas como no indígenas, la formación de redes, así como la difusión de dichos derechos. Cabe indicar, además, que una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, dicho colegiado exhortó «a todas las entidades públicas y privadas que presten servicios públicos a que realicen sus máximos esfuerzos para que antes del Bicentenario de la independencia, oficialicen el uso de la lengua originaria predominante en sus ámbitos de desarrollo», lo cual plantea un desafío adicional para el desarrollo de las indicadas políticas públicas.⁴⁹

5.3. Discriminación y educación

Las políticas que buscan impedir la discriminación en la escuela derivan tanto de la discriminación en el acceso al servicio, como de la discriminación que

⁴⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente N° 00889-2017-PA/TC, punto 8 de su parte resolutive (subrayado nuestro).

pueden sufrir los estudiantes y demás miembros de la comunidad educativa durante el desarrollo de sus actividades curriculares y extracurriculares.

Con relación a lo primero, las tareas están divididas entre el Indecopi y el Ministerio de Educación, y ha implicado una casuística muy amplia de decisiones que han buscado impedir que se adopten medidas discriminatorias contra los estudiantes y sus padres. Por el otro lado, el Currículo Nacional de la Educación Básica aprobado por el Ministerio de Educación recoge el denominado «enfoque inclusivo» o de «atención a la diversidad», lo cual busca asegurar el acceso a un servicio educativo que lleve a aprendizajes de calidad «independientemente de sus diferencias culturales, sociales, étnicas, religiosas, de género, condición de discapacidad o estilos de aprendizaje». Sin embargo, también se reconoce que esto no es posible en un país con grandes desigualdades sociales, por lo cual deben desarrollarse políticas públicas orientadas a asegurar que los estudiantes con mayores desventajas reciban del Estado «una atención mayor y más pertinente, para que puedan estar en condiciones de aprovechar sin menoscabo alguno las oportunidades que el sistema educativo les ofrece». Esto implica, desde luego, erradicar la exclusión, la discriminación y la desigualdad de oportunidades en la escuela.⁵⁰ Las políticas que ha desarrollado el Ministerio de Educación para impedir el bullying o acoso escolar, son parte de estas medidas.

⁵⁰ MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Currículo Nacional de la Educación Básica. 2016. Lima, Minedu, 2017. p. 21.

6. Los proveedores, su imagen y costos reputacionales frente a actos de discriminación.

En mercados cada vez más competitivos, en donde la diferenciación puede ser muy importante, la identidad de la empresa constituye un factor crucial. La identidad, como afirma Ritter, no refiere únicamente a un «quién soy» sino, en particular, a «quién quiero ser» y «cómo quiero ser percibido», por lo cual comprende un vínculo entre el yo de la organización y su entorno social. Dicha identidad se construye con la participación activa de quien ejerce la identidad – la empresa–, requiriendo de símbolos y representaciones (imágenes) para que dicha identidad le permita a la corporación diferenciarse de otras. Es por ello que hay una cierta tensión entre el grado de control que tiene la empresa en la construcción de su identidad y el grado de control o de limitaciones que son ejercidas por el entorno de aquella en dicha tarea.⁵¹ Es así que un entorno social cada vez menos tolerante con la discriminación conlleva un aumento del riesgo de que las empresas puedan sufrir mella en su identidad, tanto en su imagen como en su reputación, cuando estas se ven involucradas en casos de discriminación en el consumo, en particular si estos alcanzan cierta notoriedad pública.

Por imagen, siguiendo a Ritter, entendemos la percepción de carácter más coyuntural –una fotografía instantánea– que tiene cada persona sobre una empresa, y que puede ser más controlada por ella – en tanto puede realizar acciones para ir ajustando dicha imagen a sus necesidades–. Es un campo fuertemente ligado a la publicidad, al uso de lo icónico, de lo visual, y que puede, por lo tanto, estar desligado de la identidad de la empresa. La imagen genera expectativas, antes que valor.⁵²

⁵¹ RITTER, Michael. *El valor del capital reputacional: por qué la opinión que el público tiene de su empresa es un activo estratégico*. Olivos, Ritter & Partners, 2013. pp. 129-131.

⁵² RITTER, Michael. op. cit. Pp. 133-137.

La reputación es algo más complejo. Siguiendo a Ferruz, entendemos la reputación corporativa como aquel recurso intangible propio de la empresa –es decir, inseparable de ella– que es reconocido por sus públicos como generador de valor, que se va formando a través de su comportamiento a lo largo de cierto período de tiempo, en tanto dicho comportamiento se ajusta a lo que los públicos estiman como meritorio de una (buena) reputación, es decir, a su coherencia en los hechos.⁵³ Por dicha razón, sobre la reputación tiene la empresa menos control, por lo que el daño a la aquella es mucho más difícil de revertir.

Es por ello que las empresas cuya imagen o, aún más grave, su reputación, pudiera ser mellada por un caso de discriminación en el consumo, suele generar políticas corporativas que reduzcan el riesgo de dichos costos. Este efecto se ve potenciado si una empresa observa cómo otras pasan antes por crisis en su identidad, imagen o reputación, por dicha causa. La combinación de mecanismos administrativos y judiciales que sancionen la discriminación, combinado con un entorno empresarial que valore más el respeto a la igualdad y la no discriminación, pueden verse, en consecuencia, mutuamente potenciadas.

⁵³ FERRUZ GONZÁLEZ, S. A. *Conceptualización de la Reputación Corporativa. Nuevo enfoque y propuesta*. En Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación, vol. 4, número 7, pp. 130-137, 2017. p. 135.

7. Conclusiones.

El mandato de no discriminación forma parte del derecho a la igualdad y es un mecanismo que lo protege. Siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, se produce un supuesto de discriminación cuando se realiza un trato diferenciado no justificado, objetiva ni razonablemente. Por lo tanto, no todo trato diferenciado constituirá discriminación, pues si cumple con los requisitos de objetividad y razonabilidad será considerado lícito.

Sobre esta base, la discriminación en el consumo se producirá cuando el proveedor, que brinda un servicio o producto, hace distinciones no objetivas ni razonables hacia el consumidor, ya sea en el desarrollo de la relación de consumo o en una etapa previa a esta.

Para determinar lo objetivo y razonable será necesario identificar un trato diferente y su intensidad, es decir el grado de afectación al derecho a la igualdad y a los derechos relacionales que también afecta. Posteriormente, se deberá realizar la evaluación de proporcionalidad en la que se identificará la finalidad del tratamiento diferenciado, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto, en los términos desarrollados en el apartado 3.2.

Por otro lado, no es menos importante señalar que todo agente económico desarrolla su actividad en un contexto social determinado. Este establece no solo los parámetros legales sino también los valores sociales que determinarán la aprobación o desaprobación de las acciones de los mismos. En el caso de lucha contra la discriminación se han reclamado conjuntos que han impulsado la promoción de políticas de Estado en diversos sectores.

Así también es muy importante tener en cuenta el costo a la imagen y a la reputación de las empresas que se puede generar a causa de un acto de discriminación en el consumo. Al contrario, la combinación de mecanismos administrativos y judiciales que sancionen la discriminación, combinado con un

entorno empresarial que valore más el respeto a la igualdad y la no discriminación, pueden verse, en consecuencia, mutuamente potenciadas.



8. Bibliografía

1. AMAYA AYALA, Leoni Raúl. *Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi*. Lima, Indecopi, 2015.
2. AMAYA AYALA. Leoni Raúl. *Evaluación de la funcionalidad y efectividad de los procedimientos administrativos conducidos por el Indecopi para sancionar conductas de trato discriminatorio de índole racial en establecimientos abiertos al público dedicados a actividades de esparcimiento*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú.
3. ARDITO VEGA, Wilfredo. *Políticas públicas contra la discriminación en las regiones. Propuestas de políticas para los gobiernos regionales 2015-2018*. Lima, CIES, 2015
4. BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima, Palestra editores, 2017.
5. CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO. *Informe Nacional Voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Lima, CEPLAN, 2017.
6. EGUGUREN PRAELI, Francisco. *Principio de Igualdad y derecho de no discriminación*. En: Revista *Ius Et Veritas* Año 8 N° 15 (Nov 1997). Lima.
7. ERMIDA URIARTE, Óscar. *Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación*. En Revista: *Derecho & Sociedad*; Año 22, N.º. 37 (dic. 2011).
8. FERRUZ GONZÁLEZ, S. A. *Conceptualización de la Reputación Corporativa. Nuevo enfoque y propuesta*. En Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación, vol. 4, número 7, pp. 130-137, 2017.
9. MINISTERIO DE EDUCACIÓN. *Currículo Nacional de la Educación Básica*. 2016. Lima, Minedu, 2017.

10. PRADO, Rubí. Análisis de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI. Informe Profesional para optar por el título profesional de abogado. Lima, PUCP, 2018.
11. RITTER, Michael. *El valor del capital reputacional: por qué la opinión que el público tiene de su empresa es un activo estratégico*. Olivos, Ritter & Partners, 2013.
12. RODRÍGUEZ PIYERO, Miguel y FERNÁNDEZ LOPEZ, María Fernanda. *Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986.
13. RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.
14. SHELTON, Dinah. *Prohibición de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Disponible en: www.anuariocdh.uchile.cl.

