

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

La necesidad del motivo prohibido como elemento del tipo que prohíbe la discriminación en el consumo

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

Autor

Benjamin Jire Alor Osorio

Asesor

Julio Baltazar Durand Carrión

Código del estudiante

20111249

Lima, 2021

RESUMEN

El objetivo general del trabajo es determinar si el tipo infractor de discriminación en el consumo, contenido en el artículo 38° del Código de Protección y Defensa al Consumidor, debería o no contemplar como uno de sus elementos constitutivos el motivo prohibido de diferenciación, es decir, que el denunciante pertenezca a un grupo humano considerado vulnerable y que expresa o implícitamente proteja el listado del numeral 2 del artículo 2° de la constitución. Para este propósito, el autor ha revisado jurisprudencia constitucional y administrativa relevante, así como el desarrollo que se ha hecho del concepto y sus funciones en el orden convencional y en la doctrina. Así, luego de este desarrollo, son conclusiones del presente trabajo que el concepto de discriminación en el consumo sí debe requerir como elemento constitutivo la pertenencia del denunciante a un motivo prohibido de diferenciación, pues dicha opción interpretativa es la más coherente con el marco convencional y constitucional y la más congruente con la función que se ha pensado para esta institución jurídica.

The main goal of this paper is to determine whether the type of consumer discrimination, contained in the article 38° of the Código de Protección y Defensa al Consumidor, should consider or not, as one of its constitutive elements, a prohibited motive of differentiation, that is, requiring the complainant to belong to a human group considered vulnerable and expressly or implicitly protected in the list of the 2.2 article of the Peruvian constitution. In order to achieve this, the author has reviewed relevant constitutional and administrative jurisprudence, as well as what has been said of the concept and its functions in the conventional order and in the doctrine. Thus, the conclusions of this paper are that the consumer discrimination should require, as a constitutive element, the belonging of the complainant to a prohibited motive of differentiation, given that said option is the most consistent with the conventional and constitutional framework and the most congruent with the mission that has been thought for this legal institution.

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
II. DEFINICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO.....	1
III. LA NECESIDAD DEL ELEMENTO DEL MOTIVO PROHIBIDO PARA CONFIGURAR LA DISCRIMINACIÓN	4
III.1. La diferencia entre el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación	4
IV. LA INTERPRETACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO EN LA JURISPRUDENCIA.....	6
IV.1. Lo dicho en la jurisprudencia constitucional del TC.....	6
IV.1.1. Expediente N° 649-2002-AA/TC LIMA	7
IV.1.2. Expediente N° 1277-2003-HC LIMA.....	7
IV.1.3. Expediente N° 1875-2004-AA/TC LA LIBERTAD	7
IV.1.4. Expediente N° 48-2004-PI/TC LIMA	8
IV.1.5. Expediente N° 045-2004-PI/TC LIMA	9
IV.1.6. Expediente N° 15-2010-PI/TC LIMA	10
IV.1.7. Expediente 05157-2014-PA/TC PUNO	11
IV.1.8. Expediente N° 9-2019-PI/TC SAN MARTÍN.....	12
IV.2. Lo dicho en la jurisprudencia administrativa del Indecopi	13
IV.2.1. Resolución N° 1074-2013/CC1 Paul Pflucker.....	13
IV.2.2. Resolución 2904-2016/SPC-INDECOPI Milagros Irene Ruiz	14
IV.2.3. Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI.....	15
IV.2.4. Resolución 2758-2019/SPC-INDECOPI Asociación de Consumidores Indignados (ACIP)	17
V. MI RESPUESTA AL CAMBIO DE CRITERIO DE LA SALA DE INDECOPI	18
V.1. Sobre el trato discriminatorio y el elemento de motivo prohibido	18
V.2. Pequeño acápite respecto al criterio de doble tipo sancionador	20
VI. CONCLUSIONES.....	21
VII. RECOMENDACIONES	23
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	23

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo académico se propone tratar el tipo infractor de trato discriminatorio en el ámbito de protección al consumidor, sentando como problema jurídico si acaso es correcto seguir considerando que dicho tipo siga teniendo como uno de sus elementos constitutivos la pertenencia del denunciante a un motivo prohibido de diferenciación, sobre todo en el contexto del último cambio de criterio que planteó la Sala de Indecopi el 2019 y que replantea como interpretar el concepto en cuestión.

La hipótesis asumida en el trabajo es que sí debería seguir definiéndose el tipo de discriminación en el consumo requiriendo como necesario que el denunciante pertenezca a un motivo proscrito de diferenciación por la constitución. Para ello, realizo una revisión del marco normativo relevante, la jurisprudencia del tribunal constitucional y la jurisprudencia administrativa del Indecopi, además de reflexionar sobre la propia función de la institución y cuál es el camino más idóneo para conseguir la misma. Así, son conclusiones de este trabajo que la discriminación en el consumo sí debe requerir para su constitución el elemento del motivo prohibido, pues se trata de la interpretación más coherente con el desarrollo convencional y constitucional que se ha hecho del concepto, además de ser congruente con el propósito de la institución.

II. DEFINICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

Para entender adecuadamente la hipótesis de este trabajo hace falta situarlo en el contexto jurídico correspondiente. Entonces, considero que es menester, al menos, plantear qué entendemos por discriminación en el consumo, pues esta es la institución que contiene el problema jurídico.

La discriminación en el consumo está tipificada en el artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor. El numeral 38.1 del mismo ordena que “Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo” (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010).

Si bien este numeral no explicita qué entendemos por discriminación, el 38.2 menciona que “está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares”, lo cual podría entender como un ejemplo de una conducta discriminatoria teniendo en cuenta el contexto (ibídem, 2010). Así también, el 38.3 menciona que el trato diferente de los consumidores [para que no sea considerado discriminación, entendemos] debe obedecer a causas objetivas y razonables (el agregado es mío) (ibídem, 2010).

Tenemos, entonces, un esbozo preliminar de la figura donde esta podría entenderse como un trato diferente a los consumidores o una exclusión de estos que responda a motivos de origen, raza, sexo o similares, siempre que no se obedezca a causas objetivas y razonables.

Esta lectura puede y debe ratificarse con un desarrollo constitucional del derecho a no ser discriminado, el cual, como es bien sabido, ya formaba parte de nuestro ordenamiento como uno de los derechos fundamentales expresamente reconocidos en el artículo 2º de la Constitución cuando recita que: “[...] Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” (Constitución Política de Perú, 1993).

Adicionalmente, en el ámbito de protección al consumidor ya se reconocía expresamente el derecho del mismo, en el literal d del numeral 1.1. del artículo 1º, a “[...] no ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole” (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010).

Ahora, si bien la norma constitucional se limita a reseñar los motivos por los cuales una persona no puede ser discriminado sin explicitar qué entender por discriminación, tenemos para el desarrollo de la figura un manejo convencional como el del Comité de Derechos Humanos¹, el cual en 1989 señalaba que el término referido se interpreta como:

[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado

¹ Órgano internacional encargado de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. (No discriminación 10/11/89, 1989, p. 2)

Vemos entonces que la definición propuesta comparte los elementos preliminares que mencionábamos tales como que se trate de una distinción o exclusión y que la misma debe originarse en uno de los motivos determinados que estriban entre la raza, sexo, idioma y similares. Asimismo, añade un elemento adicional, que no teníamos previsto, el cual consiste en que la distinción, exclusión o trato diferenciado tenga por objeto o resultado menoscabar el goce de otros derechos humanos.

Observamos, pues, un elemento adicional que retrata una naturaleza instrumental del derecho a la no discriminación, pues lo pone al servicio de otros derechos humanos: en la medida que no exista un segundo derecho que está siendo afectado en su goce, tampoco estaremos ante una situación discriminatoria.

Dicha lectura la ratifica, también, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² cuando en su Observación General N° 20 donde planteaba que la importancia de la no discriminación era facilitar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población mundial (Observación General N° 20, 2009, p. 1). Así pues, en el numeral segundo de su observación decretaba también que “la no discriminación y la igualdad son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales” (ibídem, 2009, p. 1).

Por todo lo anterior, podemos discernir que para que en un caso exista discriminación en el consumo debemos identificar que a) se presente un trato diferenciado que tenga como objeto o resultado menoscabar el goce de otros derechos fundamentales del consumidor; b) que dicho trato diferenciado ocurra en razón de motivos determinados como la raza, el sexo, el idioma y similares y c) que dicho trato diferenciado no pueda excusarse en causas objetivas y razonables.

² Órgano internacional encargado de la interpretación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

III. LA NECESIDAD DEL ELEMENTO DEL MOTIVO PROHIBIDO PARA CONFIGURAR LA DISCRIMINACIÓN

Ahora, es dentro del marco de este concepto de discriminación y sus tres elementos reseñados que podemos situar ya adecuadamente la hipótesis a la que se avoca este trabajo. Se trata, pues, de que cuestiono la necesidad del segundo elemento de la institución, es decir, si podemos entender la discriminación sin necesidad que el trato diferenciado se origine en los motivos determinados que ya conocemos.

Entonces, ¿podemos entender como discriminación el trato diferenciado que menoscabe otros derechos fundamentales y no se excuse en causas objetivas y razonables, más no ocurra en razón de determinados motivos prohibidos?

Al respecto, considero que la respuesta debe ser negativa. Ello en razón que el elemento del motivo prohibido determinado cumple una función importante que caracteriza al derecho de la no discriminación y sin la cual perdería su esencia.

III.1. La diferencia entre el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación

Para entender ello debemos partir de una diferencia que postula cierta doctrina entre el derecho a la igualdad, por un lado, y el derecho a la no discriminación, por otro lado. Mi posición es que, si bien podemos encontrar que los cuerpos normativos que reconocen ambos derechos suelen agruparlos en el mismo numeral, como es el caso del artículo 2º de nuestra Constitución, ambos conceptos responden a funciones diferentes y por tanto deben ser diferenciados.

El derecho a la igualdad debe ser entendido según aquella ya famosa máxima de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es el derecho a la realización de ese objetivo material en nuestras vidas y ello se observará en la medida que no se afecte ni menoscabe el goce de un segundo derecho, pues, como también se ha dicho ya muchas veces, la igualdad es un derecho relacional:

Es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre algún

campo material concreto; no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con - o más bien, en la regulación, ejecución o aplicación del acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por poner solo unos ejemplos. (García Morillo, 1991, citado en Eguiguren, 1997, p. 64)

Adicionalmente, la igualdad es derecho y principio, es bien constitucional de titularidad individual que garantiza el derecho a ser tratado con igualdad ante la ley y principio rector de nuestro ordenamiento jurídico que se debe garantizar y preservar (Eguiguren, 1997, p. 63).

Ahora, todo esto se puede decir también respecto al derecho de no discriminación y efectivamente se dice, cuando, por ejemplo, el Tribunal Constitucional no distingue entre uno y otro, sino que los entiende como dos partes del mismo concepto. Sin embargo, la diferencia que sostengo, se marca únicamente a partir del elemento del motivo prohibido determinado que requiere el derecho a no ser discriminado.

Tendremos entonces que el derecho a la igualdad es el derecho a aquella tutela genérica que garantice el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales y el derecho a la no discriminación será el derecho a una tutela específica, que tiene como presupuesto esta tutela genérica pero que, a su vez, solo se aplique en los casos en los que estemos ante motivos prohibidos determinados, es decir, que se avoque a proteger solo a aquellos grupos humanos que están detrás de los motivos prohibidos determinados y en razón de los cuales se han redactado estas listas.

Esta es la línea de la profesora Renata Bregaglio cuando sostiene que:

[...] la discriminación será aquel acto el cual se diferencia arbitrariamente a una persona o grupo sobre la base de un motivo prohibido, mientras que la vulneración al derecho a la igualdad se producirá cuando exista también un trato diferenciado arbitrario (y por tanto una desigualdad ante la ley), pero en el cual la diferencia no tome en cuenta dichos motivos prohibidos. (2015, p. 78)

Y esta diferencia ocurre pues en razón de las diferentes funciones a las que responden ambos derechos. Por un lado, ya señalábamos cuál es la función del derecho a la igualdad al referirnos a la tutela genérica del trato igual ante la ley y, por otro lado, el derecho de no discriminación se avoca específicamente a tutelar grupos humanos que, en cada caso, serán

entendidos como grupos humanos vulnerables, es decir, susceptibles de ser obstaculizados en el goce a sus derechos por causas de cómo está estructurada ya la sociedad y cómo esta responde a diferencias innatas entre las personas, la cuales no tendrían por qué ameritar esta desventaja.

El Comité DESC ya se refirió a esta función del derecho a la no discriminación cuando, refiriéndose a qué entiende como discriminación sustantiva, sostuvo que, en la práctica, existen grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes y que, solo en la medida que los Estados partes reconozcan esta realidad y adopten medidas acorde, podrá conseguirse la prevención, reducción y eliminación de las condiciones o actitudes que generan la discriminación sustantiva o de facto (Observación General N° 20, 2009, p. 4).

Sigue también esta línea la profesora Bregaglio cuando manifiesta que distinguir igualdad y no discriminación “[...] permite identificar y combatir prejuicios sociales que generan de manera sistémica quiebres sociales y exclusiones de derechos respecto a determinados grupos que adquieren la categoría de vulnerables” (2015, p. 79).

Por todo lo anterior, entendemos que se puede y tiene un sentido diferenciar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, pero, más importante aún, que sí tiene una justificación pedir que para que se configure una vulneración a la no discriminación estemos ante la presencia de un trato diferenciado que se origine en razón de motivos prohibidos determinados.

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO EN LA JURISPRUDENCIA

Habiendo desarrollado mi posición sobre el problema jurídico planteado y la base doctrinaria y convencional correspondiente, considero relevante ahora explorar qué se ha dicho en nuestro marco nacional y el estado actual de nuestra jurisprudencia, de manera que pueda contextualizar aún más mi opinión y, si cabe, esbozar alguna crítica a nuestros operadores jurídicos.

IV.1. Lo dicho en la jurisprudencia constitucional del TC

A continuación, pues, reseñaré un puñado de sentencias que se avocaron a tratar vulneraciones al derecho a la igualdad y a la no discriminación en las dos últimas décadas, haciendo énfasis en que solo me centraré en el tratamiento que hacen de dicho concepto y si hay mención o no a la necesidad del elemento del motivo prohibido.

IV.1.1. Expediente N° 649-2002-AA/TC LIMA

El 20 de agosto de 2002 el Tribunal resolvía el Expediente N° 649-2002-AA/TC LIMA, el cual contenía la acción de amparo presentada por la empresa Calcosta S.A. contra la Oficina Registral de Lima y Callao. Entre los argumentos que sustentaban la demanda, la empresa sostenía que se afectó su derecho a la igualdad porque, ante un supuesto de duplicidad de partidas registrales, la Oficina registral dispuso el cierre de solo una de ellas.

En el caso, el tribunal desarrolló únicamente el derecho a la igualdad y no hizo mención al derecho a la no discriminación. Así, para constituir la vulneración del primero consideró que hacía falta solo justificar que la medida diferenciadora no tenga base objetiva y, por tanto, no pase un test de razonabilidad (Exp. N° 649-2002-AA/TC, 2002, p. 4-5).

IV.1.2. Expediente N° 1277-2003-HC LIMA

El 17 de junio de 2003, el Tribunal Constitucional resolvía un recurso de habeas corpus presentado por el reo Orlando Montesinos Torres contra los jueces y Salas penales que lo sentenciaron. El demandante acusaba que, en el proceso penal que lo imputaba como cómplice primario de los delitos de cohecho propio y encubrimiento que había cometido Vladimiro Montesinos Torres, no se habían respetado su derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado, entre otros derechos que no importan a este trabajo.

En esta resolución el tribunal no distingue entre los derechos a la igualdad y a la no discriminación y usa ambos términos para referirse a la misma cosa. Finalmente, para identificar si nos encontramos ante un trato desigual vulneratorio, el tribunal sostiene que será suficiente comprobar que la medida diferenciadora acusada carezca de base objetiva y no esté conforme a un test de razonabilidad (Exp. N° 1277-2003-HC, 2003, p. 4).

IV.1.3. Expediente N° 1875-2004-AA/TC LA LIBERTAD

El 5 de octubre de 2004 el Tribunal Constitucional resolvía una acción de amparo interpuesta por doña Liliana Janet Rodríguez Villanueva contra los titulares de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ministerio de Economía y Finanzas y Justicia, pues entendía que se vulneraba su derecho a la igualdad y no discriminación cuando los mismos no extendían un beneficio económico, que habían creado en principio solo para los magistrados titulares, también a los magistrados provisionales y suplentes del Poder Judicial.

En este escenario, el tribunal hace un desarrollo de la dimensión material del derecho a la igualdad, expresando que el respeto a la igualdad no impide al operador jurídico hacer distinciones cuando las diferencias de hecho entre las personas lo justifiquen (Exp. N° 1875-2004-AA/TC, 2004, p. 3). Adicionalmente, el tribunal igualó los conceptos de igualdad y discriminación y terminó resumiendo que nos encontraremos ante una norma coherente con el principio de igualdad cuando la misma adjudique castigos o beneficios en razón de rasgos distintivos relevantes y, por tanto, no se acredite ningún atisbo de discriminación (ibídem, 2004, p. 3-4).

Finalmente, y en lo que más importa a este trabajo académico, el tribunal no hace mención alguna a los motivos prohibidos listados ni su necesidad para constituir el trato discriminatorio, sino que, al contrario, decide declarar que se constituye la discriminación respecto a los magistrados suplentes y provisionales por el solo hecho que la medida diferenciadora no tenía justificación razonable ni objetiva suficiente.

IV.1.4. Expediente N° 48-2004-PI/TC LIMA

El 1 de abril de 2005, el tribunal resolvía una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso en representación de más de 5000 ciudadanos contra algunas disposiciones de la Ley de Regalía Minera. El demandante, en esta ocasión, sostuvo que obligar al pago de una regalía minera a las grandes empresas mineras constituía un trato discriminatorio, primero, en favor de empresarios de otras actividades económicas de similar naturaleza como son las telecomunicaciones, energía, hidrocarburos y otros; segundo, en favor de las pequeñas empresas mineras a las que se le excluye del pago y, tercero, por establecer que el porcentaje de contraprestación varía en razón de la cantidad de minerales concentrados que lleve cada empresa.

Para resolver este caso el tribunal esbozó un desarrollo importante, y muy famoso hasta la fecha, el cual determinó la doble dimensión de la igualdad: como derecho y como principio rector del ordenamiento (Exp. 48-2004-PI/TC, 2005, p. 27-28).

Más concretamente, y en lo que respecta al interés del presente trabajo, el tribunal también asimiló a la discriminación como un concepto parte del derecho a la igualdad, usando indistintamente ambos términos para referirse a lo mismo. Así pues, el tribunal resumió que estaremos ante una vulneración al derecho a la igualdad, y por tanto ante un trato discriminatorio, si estamos también ante un trato diferenciado que carezca de una justificación objetiva y razonable (ibídem, 2005, p. 28). Más allá de esto, el tribunal no hizo ninguna mención ni desarrollo sustancial de los motivos prohibidos que lista la constitución, sino que apenas los mencionó al momento que citaba literalmente lo que decía el numeral segundo del artículo 2º de la misma.

IV.1.5. Expediente N° 045-2004-PI/TC LIMA

El 29 de octubre de 2005 el Tribunal Constitucional emitía sentencia con ocasión del Expediente N° 045-2004-PI/TC, el cual contenía una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra una de las disposiciones de la Ley orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura – Ley N° 27466. Los demandantes argüían que la disposición de la norma que otorgaba hasta un 10% de bonificación sobre la calificación total para los magistrados titulares que postulen a un ascenso, constituía un trato discriminatorio respecto al resto de postulantes.

Aquí, el desarrollo que se hace del concepto de discriminación parte de lo desarrollado en la sentencia del Expediente N° 0048-2004-PI/TC, sobre la doble dimensión del derecho fundamental a la igualdad y termina por cristalizar el famoso párrafo que muchas veces hemos visto citarse ya en jurisprudencia constitucional como en administrativa, el cual reza:

Como este Tribunal ha afirmado, 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. (Exp. N° 45-2004-AI/TC, 2005, p. 15)

De lo expresado podemos distinguir que el tribunal consideró, nuevamente, a la igualdad y a la no discriminación como dos caras de una misma cosa, aunque haciendo la diferencia, esta vez, que el derecho subjetivo a no ser discriminado sí parece requerir como requisito que estemos ante uno de los motivos prohibidos listados. Sin embargo, esta sensación se confirma como nada más que una apariencia cuando, para resolver el caso, el tribunal no volvió a hacer mención a los motivos prohibidos listados y si estos se presentaban en los postulantes perjudicados por la medida acusada: se limitó pues a hacer un examen de razonabilidad y proporcionalidad a efectos de determinar si el tratamiento diferenciador era, o no, discriminatorio (ibídem, 2005, p. 15). La consecuencia natural, por tanto, era entender, nuevamente, que estaremos ante un tratamiento discriminatorio en todas las ocasiones en que la distinción acusada no tenga o solo carezca de una justificación objetiva y razonable.

IV.1.6. Expediente N° 15-2010-PI/TC LIMA

El 11 de setiembre de 2012 el Tribunal resolvía una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por casi 7000 ciudadanos en contra de una las disposiciones de la ley de radio y televisión – ley 28278. Entre sus argumentos de inconstitucionalidad, el demandante sostenía que, en la medida que la norma disponía límites máximos diferentes de acaparamiento de banda de frecuencias para la radiodifusión televisiva y radiodifusión sonora (30% y 20%, respectivamente), estábamos entonces ante un trato discriminatorio contra a la radiodifusión sonora en favor de la televisiva, pues nos encontramos ante medios de idéntica naturaleza que no merecen distinción alguna.

En este caso el tribunal vuelve a citar el ya famoso desarrollo sobre la doble dimensión del derecho fundamental a la igualdad y, en lo que respecta a los motivos prohibidos, vuelve hacer silencio sobre su relevancia. Aquí, de manera más explícita inclusive, sostiene que estaremos ante un trato discriminatorio siempre y cuando el trato diferenciador no cuente con

una justificación objetiva y razonable y, por tanto, para discernir si estamos ante una diferenciación objetiva y razonable cabe aplicar un test de igualdad:

[...] el derecho a la igualdad no consagra llanamente la prohibición de diferenciación, sino la prohibición de diferenciación constitucionalmente injustificada, es decir, aquella que no se sostiene en criterios objetivos o razonables. Lo que es tanto como sostener que la diferenciación que la Constitución juzga inválida, es aquella que no supera el denominado *test* de igualdad, y que, en razón de ello, debe ser considerada como un trato discriminatorio. (Exp. N° 15-2010-PI/TC, 2012, p. 6)

IV.1.7. Expediente 05157-2014-PA/TC PUNO

En el caso, la señora María Chura Arcata presentó una acción de amparo contra el Banco de la Nación porque este había puesto un límite de edad como criterio para otorgar préstamos de dinero a sus clientes. La demandante, pues, acusó una violación a su derecho a la no discriminación en razón de la edad, pues era ella una adulta mayor de 83 años que estaba limitada directamente por el criterio del Banco.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional, en su fundamento 18, citó los desarrollos de la doble dimensión de la igualdad que asimilan a la no discriminación como parte de la misma: una es la función del principio; otra es la función del derecho y, concretamente esta segunda, se trata del derecho a no ser discriminado en razón a los motivos proscritos que lista la constitución (Exp. 5157-2014-PA/TC, 2017, p. 6).

Ahora, si bien el tribunal no diferencia los derechos a la igualdad y a la no discriminación en los términos de este trabajo, lo que sí hace es requerir como elemento constitutivo del segundo la presencia de un motivo prohibido que bien pueden ser razones expresa o implícitamente proscritas.

Siguiendo esta línea, entonces, para entender porque la edad calificaría como un motivo proscrito de discriminación, el Tribunal discierne que esta forma parte de la expresión “de cualquier otra índole” que comprende el literal de la norma. A criterio del tribunal, pues, dicha expresión está pensada para contener las nuevas situaciones de vulnerabilidad que se vaya ofreciendo la realidad y las personas adultas mayores calzan suficientemente en este supuesto porque son perjudicadas por prejuicios sociales de gran arraigo y porque son

vulnerables debido a la inherente pérdida de autonomía y salud de su condición (ibídem, 2017, p. 6).

IV.1.8. Expediente N° 9-2019-PI/TC SAN MARTÍN

El 23 de junio de 2020, con ocasión del Expediente N° 00009-2019-PI/TC, el Tribunal resolvió una acción de inconstitucionalidad contra algunas de las disposiciones de la Ley de la Policía Nacional del Perú, presentada por Colegio de Abogados de San Martín. Una de las disposiciones de la referida ley habilitaba a los efectivos policiales a prestar servicios de seguridad a entidades privadas, por lo que uno de los argumentos de la demandante fue que se generaba una situación discriminatoria de tipo económico pues las personas de mayores recursos iban a optar por un mejor servicio de seguridad pública que las personas de menos recursos, más aún si nos situamos en el contexto de las zonas mineras donde las empresas extractivas, que mantengan conflictos sociales relevantes, ocuparán efectivos policiales en detrimento de los intereses de la comunidad.

Lo relevante del caso es como entiende la discriminación el Tribunal. Primero, el tribunal sostuvo que el derecho de no discriminación se trata de una protección reforzada para aquellos grupos y colectivos que, históricamente, se han encontrado en una situación desventajosa en relación con el resto de la sociedad (Exp. N° 9-2019-PI/TC, 2020, p. 37-38).

Siguiendo esta línea, el Tribunal evaluó que la discriminación por motivo de razones económicas era una figura que contaba con expresa cobertura - por el mismo tenor de la norma constitucional - y ello respondía a un correlato fáctico donde las personas que cuenten con menos recursos en una sociedad no tiene la posibilidad de competir en igualdad de oportunidades con el resto y deben experimentar restricciones en el acceso a sus derechos fundamentales (ibídem, 2020, p. 38).

Considerando entonces suficientes las sentencias reseñadas, cabe ser claro en manifestar que nuestro Tribunal Constitucional no ha seguido una línea uniforme y clara sobre cómo se debe interpretar el derecho a la no discriminación, sobre todo si pensamos en la necesidad o no del elemento de motivo prohibido.

En unas ocasiones, como hemos visto, ha decidido que igualdad y no discriminación son lo mismo y, por tanto, ninguno requiere para su constitución la presencia de un motivo prohibido. En otras ocasiones, por el contrario, ha desarrollado la importancia del elemento de motivo prohibido e inclusive ha usado dicho parámetro para resolver sus casos.

También podría señalar, si cabe, que son justamente las sentencias más recientes las que han desarrollado la importancia de los motivos prohibidos listados y los han tomado en cuenta en sus resoluciones, por lo que una interpretación optimista podría ser que la línea jurisprudencial ya ha cambiado hacia este sentido. Sin embargo, ello no es necesariamente cierto si tenemos en cuenta que bien podría haber ocurrido, y no ha ocurrido, que alguno de estos desarrollos sea dotado con la obligatoriedad de un precedente vinculante, por lo cual no existe garantía de nada.

Independientemente de ello y las especulaciones que podamos esbozar, considero que es importante apreciar que la posición que sostiene este trabajo sí encuentra una base en la jurisprudencia más reciente del tribunal y ello aporta, pues, a su fuerza argumentativa.

IV.2. Lo dicho en la jurisprudencia administrativa del Indecopi

Ahora, a continuación, reseño las resoluciones más importantes que ha emitido el Indecopi sobre la prohibición de no discriminación en el consumo.

IV.2.1. Resolución N^a 1074-2013/CC1 Paul Pflucker

El 6 de noviembre de 2013 la Comisión de Protección al Consumidor N^o 1 – Sede Central-resolvía la denuncia de Paul Pflucker contra el Banco Falabella Perú, quién acusaba de tratos discriminatorios a la entidad por haberle negado a la contratación de una tarjeta de crédito en razón de su condición de persona con discapacidad. En esta ocasión, la Comisión decidió sancionar al Banco por negarse a la contratación del instrumento financiero en razón de la discapacidad física de su cliente que le impedía la firma de los documentos requeridos para el trámite.

Ocurrió, pues, que el señor Paul se acercó en dos ocasiones diferentes a solicitar la contratación de una tarjeta de crédito y, por su condición de tetraplejía que no le permitía firmar documentos, solicitó que se le permitiera usar su huella digital para emitir su manifestación de voluntad en los documentos correspondientes al trámite. En ambas

ocasiones se le negó al acceso al crédito, evidenciando el Banco una carencia de protocolos y procedimientos que se adaptasen a la situación particular de su cliente y que le permitieran acceder al servicio solicitado.

En el caso, dado que se comprobó que existió un trato diferenciado en razón a la discapacidad del señor Paul, pues se le negó el acceso al crédito al cliente a diferencia de otros clientes, y que dicha negativa no atendió a causas objetivas y razonables, la Comisión vio constituido el trato discriminatorio: requirió entonces para la constitución del tipo la presencia del motivo prohibido.

Adicionalmente, la Comisión también desarrolló la figura de discriminación recogiendo una postura emitida por la Defensoría del Pueblo en la cual se entiende la discriminación como trato diferenciado basado en determinados motivos prohibidos y, además, se resalta la función de la discriminación como aquella que combate prejuicios negativos que provocan el trato desfavorable a los grupos vulnerables, limitando así el acceso a sus derechos (Resolución final N° 1074-2014/CC1, 2013, p. 19).

IV.2.2. Resolución 2904-2016/SPC-INDECOPI Milagros Irene Ruiz

El 9 de agosto de 2016 la Sala Especializada de Protección al Consumidor resolvió la denuncia de la señora Milagros Irene Ruiz la cual acusaba a Lima Bus y a Protransporte de tratos discriminatorios, además de vulneración del deber de idoneidad y trato preferente en la prestación del servicio de transporte urbano. Ocurrió pues que la señora había intentado viajar en uno de los alimentadores del metropolitano y, a razón de que no había las condiciones suficientes para garantizar su seguridad, se hizo daño al primer bache que chocó el bus.

En esta ocasión, la Sala resolvió sancionar solo a Lima Bus³ por infracción al deber de idoneidad y trato preferente en la prestación del servicio, ya que consideró que incumplió con proveer un viaje seguro e idóneo para la señora Milagros, quién sufría de una discapacidad motora y debía usar silla de ruedas. Por otro lado, la Sala también consideró

³ Se determinó, según el contrato de concesión, que la responsable de los alimentadores del Metropolitano era únicamente Lima Bus, por lo cual fue solo ella la sancionada.

que no se había incurrido en el tipo de trato discriminatorio que sanciona el artículo 38° del Código.

Ahora, respecto a los desarrollos de la Sala, se dijo respecto a la igualdad, siguiendo una jurisprudencia del TC, que no solo consiste en abstenerse a realizar tratos discriminatorios, sino que también consiste en equiparar situaciones desiguales cuando haga falta, es decir, la materialización de la máxima “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales” (Resolución N° 2904-2016/SPC-INDECOPI, 2016, p. 12). De lo citado pues, surge la apariencia de que la Sala pareciera equiparar los conceptos del derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación.

Sin embargo, más adelante en la resolución, la Sala hace un desarrollo aparte de lo que entiende por el derecho a no ser discriminado, el cual considerará tipificado cuando no se apliquen las mismas condiciones comerciales a un consumidor que se encuentren en situación de igualdad y cuando la conducta diferenciadora esté motivada por la pertenencia de este consumidor a un motivo proscrito de diferenciación (ibídem, 2016, p. 25).

IV.2.3. Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI

El 24 de julio de 2019 la Sala Especializada de Protección al Consumidor resolvió un procedimiento de oficio sancionador contra el Banco Interamericano de Finanzas, pues se le acusó de incurrir en tratos discriminatorios al pretender filtrar, mediante un requisito de edad, a los clientes que consideraba muy riesgosos para la contratación de sus créditos hipotecarios.

En esta ocasión, tanto la Comisión de primera instancia como la Sala en segunda, decidieron sancionar al Banco por discriminación, aunque haciendo ambas un desarrollo diferente del concepto.

En primera instancia, la Comisión de Protección al Consumidor N° 3, mediante Resolución Final N° 144-2018/CC3, repitió unos desarrollos de la discriminación que ya hemos visto en el caso Pflucker, como fue citar lo dicho por la Defensoría del Pueblo cuando remarcaba la importancia del elemento de motivo prohibido en el trato discriminatorio y también enfatizaba la función del concepto (Resolución Final N° 144-2018/CC3, 2018, p. 11).

Adicionalmente, y lo que es más importante, la Comisión recogió una interpretación del artículo 38°, que hasta entonces había sido la norma en otros casos del Indecopi, la cual

entendía que la misma disposición contiene dos diferentes tipos: la discriminación, la cual sanciona tratos diferenciados que responden a motivos prohibidos y, el trato diferenciado ilícito, el cual sanciona tratos diferenciados que si bien no se basen en motivos prohibidos sí carecen de justificaciones objetivas y razonables (ibídem, 2018, p. 14).

Un tipo respondía al derecho a la no discriminación y el otro al derecho a la igualdad, haciendo la misma diferencia que ya he comentado. Se consideraba, pues, que el trato diferenciado ilícito y la discriminación tienen una relación de género a especie y que, si bien en ambos casos debe faltar justificaciones objetivas y razonables para construirse, el segundo es de mayor gravedad que el primero al responder a motivos socialmente graves y trascendentes (Indecopi, 2015, p. 26-27).

A pesar de todo lo anterior, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, al atender la apelación del Banco, decidió confirmar la sanción, pero, esta vez, descartando la interpretación del artículo 38° que le otorgaba un doble tipo sancionador. La Sala entendió, pues, que solo existe una única figura que será la discriminación.

No solo ello, sino que, además la Sala igualó los conceptos de derecho a la igualdad y derecho a la discriminación y sostuvo que para la tipificación de ambos solo se necesitará estar ante un trato diferenciado que afecte el goce de derechos y que no responda a causas objetivas y razonables.

Para este propósito siguió expresamente la jurisprudencia del TC en el expediente N° 48-2004-PI/TC, la cual ya habíamos adelantado que decidió igualar ambos conceptos manifestando que:

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 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. (Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI, 2019, p. 12)

A esta medida que tomó la Sala se le denominó “cambio de criterio” y es la actual posición preponderante del Indecopi sobre la materia. Finalmente, no está demás resaltar que, si bien los motivos prohibidos ya no se consideran constitutivos del tipo de trato discriminatorio, aún tienen una relevancia en la medida que ayudan a determinar la mayor gravedad de la sanción.

IV.2.4. Resolución 2758-2019/SPC-INDECOPI Asociación de Consumidores Indignados (ACIP)

El 4 de octubre de 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor resolvió una denuncia interpuesta por una asociación de consumidores que acusaba al restaurante La Rosa Náutica S.A. de tratos discriminatorios contra sus clientes mujeres, pues había dispuesto la entrega de diferentes cartas de comida con respecto a los hombres, siendo que solo los segundos recibían una carta donde se informaban adecuadamente los precios de los platos.

En esta ocasión, la Sala decidió sancionar al restaurante porque consideró que sí se incurrió en un trato discriminatorio en razón que no había justificación razonable ni objetiva para hacer la diferencia y porque se considera que la misma afectaba el derecho de información de las consumidoras mujeres.

En la presente resolución se citó los desarrollos jurisprudenciales del TC que hacen referencia a la doble dimensión del derecho a la igualdad (aquel que encontramos en el expediente 0045-2004-AA/TC, por ejemplo) y también se sostuvo que tanto el derecho a la igualdad como el derecho a la no discriminación eran lo mismo, pues se afirmó literalmente que “[...] la igualdad se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución o por otras jurídicamente relevantes” (Resolución 2758-2019/SPC-INDECOPI, 2019, p. 8).

Ahora, específicamente respecto a la necesidad del motivo prohibido para constituir el trato discriminatorio, en esta ocasión se siguió la línea jurisprudencial ya marcada en la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI, la cual ordenó un cambio de criterio al interpretar el concepto.

Así pues, aquí también, en tanto el trato desigual no estuviera justificado de manera objetiva y razonable, ya no importaba si las denunciadas eran mujeres o cualquier otro grupo vulnerable para constituir el trato discriminatorio. No obstante, sí importaba la pertenencia a

dicho grupo vulnerable al momento de determinar la gravedad de la infracción y, por tanto, la intensidad de la multa.

De todo lo anterior, pues, considero que, diferencia de la línea jurisprudencial del TC, el Indecopi ha mantenido una línea más clara y uniforme pues, si bien decidió un cambio de criterio en 2019, fue claro respecto a este y las resoluciones que vinieron después hacen referencia al mismo y lo aplican cuando resuelven un caso de discriminación en el consumo.

Entonces, siguiendo esta línea, observo que, hasta antes del cambio de criterio, las salas y comisiones de Indecopi habían acogido una postura sobre la discriminación en el consumo que, en su mayoría, se condice con la postura de este trabajo pues, por un lado, requerían para la discriminación la presencia de un motivo prohibido que origine el trato diferenciador y, por otro lado, resaltaban la función distinta a la que se avoca el derecho a la no discriminación que era tutelar grupos humanos vulnerables. Adicionalmente, las resoluciones que acogieron el criterio del doble tipo sancionador en el artículo 38° también hacían la diferencia conceptual entre derecho a la igualdad y derecho a la no discriminación.

Sin embargo, después del cambio de criterio, las comisiones y las salas decidieron acoger la postura contraria a este trabajo, igualando los derechos a igualdad y a no discriminación y declarando innecesaria la presencia del motivo prohibido para tipificar la infracción.

V. MI RESPUESTA AL CAMBIO DE CRITERIO DE LA SALA DE INDECOPI

V.1. Sobre el trato discriminatorio y el elemento de motivo prohibido

Ante ello, soy de la opinión que el cambio de criterio decidido por el Indecopi es un error y, por tanto, debería rectificarse un entendimiento de la no discriminación que requiera la presencia del motivo prohibido.

Primero, porque dicha interpretación es coherente con el desarrollo convencional del concepto que ya hemos mencionado en párrafos anteriores y, además, es coherente con los últimos desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.

Segundo, y tal vez la razón más importante, porque ello es congruente con la misión que ya veníamos explicando que tiene el concepto, que es de tutelar específicamente los grupos humanos vulnerables que enfrentan obstáculos estructurales, históricos y permanentes en el acceso a sus derechos, por razones que bien podrían considerarse arbitrarias como pueden ser la edad, origen, raza, sexo y similares.

Digo más, en la medida que el concepto de discriminación no sea congruente con su misión, podemos fracasar en la consecución de la misma diseñando medidas correctivas o interpretaciones jurídicas inidóneas. Para explicar este punto considero pertinente, como ejemplo, que volvamos al caso de discriminación de Milagros Irene Ruiz contra Lima Bus.

Ocurría pues que, a esta persona con discapacidad, si bien se le permitió el acceso al alimentador del metropolitano, se la hizo viajar en condiciones inseguras las que posteriormente ocasionaron que se accidentara. En este caso, si bien la Sala sancionó por idoneidad y falta al deber de trato preferente, decidió no sancionar por discriminación pues entendía que “[...] no se ha verificado que Lima Bus se haya negado a brindarle el servicio de transporte a la denunciante o haya cesado la prestación del mismo, menos aún por su condición de persona con discapacidad” (Resolución 2904-2016/SPC-INDECOPI, 2016, p. 27), es decir, solo se entendió como discriminación a la medida diferenciadora que expresamente niegue el acceso al servicio en razón del motivo prohibido.

Sin embargo, ya la doctrina y hasta la jurisprudencia constitucional ha sostenido abundantemente que la discriminación también ocurre de forma sustantiva, esto es, cuando no se toman acciones positivas que corresponden para habilitar el goce a sus derechos a aquellas personas vulnerables que lo necesiten. En esta línea, el Comité DESC expresó que se entiende por discriminación sustantiva aquella que se arraiga en injusticias históricas o prejuicios persistentes, en vez de solo fijarse en el trato formal que reciben las personas en situaciones similares (Observación General N° 20, 2009, p. 4).

Entonces, tenemos un caso de discriminación sustantiva cuando existe una falla estructural en el diseño del transporte público, esto es, que simplemente no está diseñado para personas discapacitadas y por tanto las excluye en el uso. Peor aún, es más clara la discriminación si en el caso los responsables de corregir dichas fallas no toman las medidas a las que están ya obligados por ley.

Por ello, este desarrollo es congruente con la misión de tutela específica de grupos vulnerables que tiene la discriminación. En la medida que nuestro objetivo es que los grupos vulnerables accedan al pleno goce de sus derechos, vamos a prestar atención a los obstáculos fácticos que les aquejan y vamos a crear categorías jurídicas apropiadas como la discriminación sustantiva, la discriminación sistémica⁴ y la discriminación indirecta⁵ para así resolver estos obstáculos fácticos.

Así, la Sala Especializada de Protección al Consumidor debió sancionar también por discriminación en el consumo, pero no lo hizo pues no contemplaba la discriminación sustantiva como un tipo de la misma. Y no contemplaba tal porque no prestó atención a la función del concepto, que es tutelar específicamente grupos vulnerables, quienes son a su vez las víctimas de fallas estructurales e históricas.

Otro ejemplo, aunque menos claro, sería el caso de Pflucker contra el Banco Falabella. En este caso, si bien se sancionó discriminación, se perdió una oportunidad para argumentarlo en clave de discriminación indirecta, pues se pretendió aplicar una medida aparentemente neutra (el requisito de la firma para contratar la tarjeta de crédito) pero cuya aplicación significaba en la práctica una restricción en el goce de derechos de las personas con tetraplejía. Por el contrario, lo que se hizo, pues, fue nuevamente argumentarse la discriminación en función al acceso al servicio, limitándose la riqueza del concepto.

De todo lo anterior, tenemos que la consecuencia de este entendimiento limitado del derecho a la no discriminación es que se terminan dejando de sancionar como tales casos que sí deberían serlo, ya sean actuales o futuros.

V.2. Pequeño acápite respecto al criterio de doble tipo sancionador

Finalmente, en la medida que sostengo que el tipo de discriminación que interpreta la Sala debería retomar el elemento del motivo prohibido, surge la duda y la posibilidad de si deberíamos o no volver a la antigua interpretación de artículo 38º, específicamente, a aquella

⁴ Por discriminación sistémica, el Comité DESC entiende que nos referimos a aquella que ocurre contra grupos vulnerables y que esté fuertemente arraigada en el comportamiento y organización de la sociedad y a menudo implique actos de discriminación indirecta o no cuestionada (ibídem, 2009, p. 5).

⁵ Por discriminación indirecta, el Comité DESC entiende aquella que hace referencia a medidas, leyes, políticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos de los afectados (ibídem, 2009, p. 5)

que contiene trato discriminatorio y trato diferenciado ilícito en la misma disposición normativa.

Al respecto, mi posición es que no hace falta retomar la figura del trato diferenciado ilícito, pues para mí el artículo 38° solo contiene un solo tipo infractor, que es la discriminación, y la referencia en el numeral 38.2 a “la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad” bien podría entenderse como un ejemplo del mismo. Ello porque la discriminación es una figura claramente diferenciable a la que vale la pena dedicarle un tipo infractor; el derecho a la igualdad, no.

El derecho a la igualdad, pues, es una tutela genérica al trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, que solo tiene sentido en la medida que lo entendemos como instrumento de un segundo derecho. Es decir, cada vez que se afecta la igualdad se afecta también tu derecho al trabajo o derecho a la educación, por ejemplo. Así, cuando se niega injustificadamente el acceso a un servicio a una persona que no pertenece a un grupo de motivo prohibido, puede alegarse también que se le afecta un derecho a la prestación idónea o, inclusive, un derecho de acceso al mercado⁶. Y de ser así, pues, este segundo derecho es la afectación más relevante, distintiva y por la que cual debería buscarse el tipo sancionador, siendo innecesaria una tipificación aparte para las vulneraciones a la igualdad.

Adicionalmente, resultaría confuso que el derecho a la igualdad tenga un tipo sancionador autónomo, pues cada vez que se presenta una vulneración a éste también se presentan vulneraciones a otros tipos. No pasa lo mismo con el derecho a la no discriminación, pues solo se presentará siempre y cuando estemos ante el motivo prohibido tantas veces señalado. Por todo lo anterior, considero que sería innecesario recuperar la figura del trato diferenciado ilícito.

VI. CONCLUSIONES

Son conclusiones del presente trabajo académico:

La discriminación en el consumo, siguiendo el desarrollo convencional y constitucional, se compone de 3 elementos constitutivos: el trato diferenciado que tiene como objetivo o

⁶ Reconocido como un derecho innominado en el ámbito de protección al consumidor por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3315-2004-AA/TC, fundamento 10.

resultado el menoscabo en el goce de otros derechos fundamentales; que el trato diferenciado se origine o responda a motivos prohibidos determinados y que el trato diferenciado carezca de causas objetivas o razonables que lo justifiquen.

El derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación han de entenderse como dos entidades conceptuales distintas que mantienen una relación de género a especie, es decir, la primera contiene a la segunda.

El derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación se diferencian en que la segunda requiere la pertenencia del sujeto a un motivo o causa proscrita de diferenciación determinada.

El derecho a la no discriminación tiene como función la tutela específica de grupos humanos vulnerables que padecen obstáculos estructurales o perjuicios sociales que menoscaban su acceso pleno y goce de otros derechos fundamentales; el derecho a la igualdad tiene como función la tutela genérica de garantizar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales

La línea jurisprudencial del TC sobre qué se debe entender por discriminación no es uniforme ni clara; sin embargo, se puede discernir de la misma que existe una base para sostener la necesidad del motivo prohibido como elemento constitutivo del derecho a la no discriminación.

La línea de jurisprudencia administrativa del INDECOPI sí es clara y uniforme, pues si bien en 2019 se decidió un cambio de criterio de cómo debe interpretarse el derecho a la no discriminación, se fue claro al respecto y las nuevas resoluciones obedecen y citan dicho cambio de criterio.

El Indecopi debería retomar un criterio de interpretación de la discriminación en el consumo que requiera como elemento constitutivo la necesidad de un elemento prohibido, pues ello sería coherente con el desarrollo convencional y constitucional del concepto.

El Indecopi debería retomar un criterio de interpretación de la discriminación en el consumo que requiera como elemento constitutivo la necesidad de un elemento prohibido, pues ello sería congruente con la misión de tutela específica de grupos humanos vulnerables e históricamente obstaculizados en el goce pleno de sus derechos.

El tipo de trato diferencia ilícito, que antiguamente consideraba el Indecopi dentro del artículo 38°, resulta innecesario, confuso y, por tanto, su descarte fue la decisión correcta.

VII. RECOMENDACIONES

En línea con lo desarrollado en el presente trabajo académico, considero pertinente sostener que el Indecopi debería corregir la interpretación actual que hace del tipo infractor discriminación en el consumo contenida en el artículo 38°. Si bien considero que la figura está adecuadamente contemplada como un tipo sancionador único, también considero que debería volver a requerirse como elemento constitutivo del mismo la pertenencia del denunciante a un motivo proscrito de diferenciación contenido en la Constitución, pues ello sería congruente con la función del concepto y coherente con el desarrollo convencional y constitucional que se viene realizando del mismo.

Adicionalmente, considero adecuado recomendar también al Tribunal Constitucional que haga un desarrollo más claro y uniforme de su línea jurisprudencial. Si bien comparto los pronunciamientos más recientes (expedientes 00009-2019-PI/TC y 05157-2014-PA/TC) que desarrollan el motivo prohibido como un elemento constitutivo del derecho a la no discriminación, considero que nuestro ordenamiento jurídico se beneficiaría de que dicho desarrollo sea claramente reconocido y compartido en futuras resoluciones tanto del TC como del Indecopi, lo cual podría lograrse decretando un precedente de observancia obligatoria en la materia.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bregaglio, R. El principio de no discriminación por motivo de discapacidad. En IDEHPUCP,

Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Lima: PUCP, pp. 73-98.

Código de Protección y Defensa del Consumidor, Congreso de la República del Perú, Ley N° 29571, Diario Oficial El Peruano (02 de setiembre de 2010) (2010).

Constitución Política del Perú. Numeral 2 del artículo 2. 29 de diciembre de 1993 (1993).

Eguiguren Praeli, F. J. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et veritas* (Nº 15), pp. 63-72.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2015). *Discriminación en el Consumo y Trato diferenciado Ilícito, Jurisprudencia del Indecopi*. Lima: Editalo.pe

No discriminación :. 10/11/89 CCPR OBSERVACION GENERAL 18. (General Comments) Convention Abbreviation; CCPR Observación GENERAL 18. No discriminación (1989).

Observación General Nº 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20 (2009).

Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI Expediente 0056-2019/CC3-SIA (Sala Especializada en Protección al Consumidor, 24 de julio de 2019)

Resolución 2904-2016/SPC-INDECOPI Expediente 0545-2014/CC2 (Sala Especializada en Protección al Consumidor, 9 de agosto de 2016).

Resolución Final Nº 1074-2013/CC1 Expedientes Nº 2643-2012/CPC y 3025-2012/CPC (Comisión de Protección al Consumidor Nº 1 Sede Central, 6 de noviembre de 2013).

Resolución Final Nº 144-2018/CC3 Expediente Nº 56-2018/CC3 (Comisión de Protección al Consumidor Nº 3 Sede Central, 5 de diciembre de 2018)

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 1277-2003-HC/TC LIMA ORLANDO MONTESINOS TORRES (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 17 de junio de 2003).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 15-2010-PI/TC LIMA DANIEL LINARES BAZÁN EN REPRESENTACIÓN DE SEIS MIL SETECIENTOS DIECISIETE CIUDADANOS (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 11 de setiembre de 2012).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 1875-2004-AA/TC LA LIBERTAD LILIANA JANET RODRÍGUEZ VILLANUEVA Y OTROS (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 5 de octubre de 2004).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 45-2004-AI/TC LIMA COLEGIO DE ABOGADOS DEL CONO NORTE DE LIMA (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 29 de octubre de 2005).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 48-2004-AA/TC LIMA JOSÉ MIGUEL MORALES DASSO Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 1 de abril de 2005).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 5157-2014-PA/TC MARIA CHURA ARCATA (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 4 de abril de 2017).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 649-2002-AA/TC LIMA CALCOSTA S.A. (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2002).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 9-2019-PI/TC COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN MARTÍN C. PODER EJECUTIVO (Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 23 de junio de 2020).

