

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

**TITULO: LOS OBSTÁCULOS PROBATORIOS EN LOS CASOS DE DISCRIMINACIÓN
EN LAS RELACIONES DE CONSUMO**

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

Autor: Alessandra María Caballero Marengo-Orsini

Asesor: Cesar Higa

Código de alumno: 20090818

2017

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo realizar una reflexión sobre cómo evidenciar cuando un proveedor realiza actos discriminatorios hacia personas con características visibles, las cuales vuelven susceptibles a estas personas de sufrir discriminación; sobre todo cuando estas últimas no tienen pruebas suficientes que lo evidencien.

Si bien el Código de protección y defensa del consumidor establece en el artículo 39 que el consumidor afectado es quien debe probar el trato desigual, esto no se condice en la práctica o en la realidad de los hechos, ya que los consumidores no acuden a los establecimientos con la expectativa de recibir un trato desigual, por lo que no se encuentran preparados para capturar pruebas en el preciso momento en el cual son víctimas de este trato.

Ante este tipo de situaciones, en las cuales personas con determinadas características visibles (discapacidad, raza, orientación sexual, entre otras) señalan haber sido víctimas de tratos discriminatorios, sin obtener prueba suficiente que lo acredite, lo conveniente sería que la entidad realice investigaciones e inspecciones de oficio para determinar si los establecimientos contarían o no con políticas discriminatorias; así como también evitar que se les sancione por trato ilícito diferenciado (multa menor que discriminación) cuando el acto fue en sí discriminatorio.

CAPÍTULO 1

DISCRIMINACIÓN

1.1. DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La discriminación es un fenómeno que forma parte de nuestras vidas desde hace mucho tiempo, tanto así que en algunos casos es casi imposible no hacer alusión a la misma, ya que esta conducta viene siendo normalizada. El tratamiento legal de la discriminación puede diferir dependiendo en qué país nos encontramos; por ejemplo, en Estados Unidos existe una normativa especial respecto a las personas con rasgos afrodescendientes, sancionando a aquellas personas que se refieren a estas como “negro” o “nigga”.

Por otro lado, existe una preocupación a nivel mundial respecto a la discriminación y, en su defecto, el trato desigual que esta genera, ya que todos contamos con igualdad de derechos y merecemos ser tratados sin obrar diferencia alguna¹. Sin embargo; no existe una definición propiamente señalada a nivel internacional sobre qué entendemos por discriminación, lo único que se nos deja en claro es que, a consecuencia de un acto discriminatorio se genera desigualdades entre las personas.

Dichas desigualdades no hacen más que generar emociones contrapuestas, las cuales terminan por hacer creer a la persona víctima de discriminación que esta última es algo normal.

Un ejemplo de segregación de personas se da en los colegios de Estados Unidos, donde existen colegios para niños blancos y colegios para niños negros. Esta separación va mucho más allá que del color de piel ya que influencia en el nivel de aprendizaje, y más adelante, en las oportunidades laborales².

Siguiendo esa misma línea, es importante señalar una aproximación que se tiene a nivel internacional sobre la discriminación. Al respecto, en el artículo 1 de la Convención

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.

² POSNER, Richard. 1998. El análisis económico del derecho. México. Fondo del Cultura Económica, pp. 609-610.

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial encontramos lo siguiente:

(...)

1. *En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.*

2. *Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos.*

(...)

Así mismo, otro material jurídico internacional que nos da un tipo de discriminación es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que señala lo siguiente en su artículo 1:

"(...) la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

(...)"

Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo sí llega a definir lo que se entiende por discriminación para efectos del Convenio 111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación):

"(...)

1. A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

(...)³

Como se puede ver, se adopta una definición de discriminación más amplia en tanto a los motivos por los cuales uno puede ser discriminado; sin embargo, esto solo surte efectos para material laboral, por lo que no puede emplearse de manera general a actos discriminatorios en cualquier ámbito.

Finalmente, otro dispositivo legal de aplicación internacional que se puede citar, en el cual se haga referencia a la discriminación, es la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960:

"(...)

1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el

³ **Convenio 111 de la OIT - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)**

Artículo 1

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;

b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;

c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o

d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

(...)"

De la interpretación de la normativa internacional antes citada, se puede desprender un significado aproximado sobre qué se puede entender por discriminación en general, apartando el ámbito en específico en el que cada norma se aplica:

*"discriminación denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales"*⁴

⁴ **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)**

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Entonces, a nivel internacional podemos decir que sí se ha brindado pautas de cómo entender la discriminación. Sin embargo, es importante recalcar que en no todos los textos citados se puede desprender un *numerus apertus* sobre los motivos, siendo que ya dependerá del ámbito de aplicación, como sucede con la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960, o dependerá de lo que cada legislación interna señale, como es el caso de Perú.

1.2. DISCRIMINACIÓN EN EL PERÚ

Desde un punto de vista social, la discriminación en el Perú tiende a ser una conducta que se encuentra normalizada, es decir, la mayoría de las personas realizan actos discriminatorios sin saber que es una conducta condenable. Sin embargo, si contamos con normativa que regula el tema, siendo la primera la Constitución:

(...)

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

(...)

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

(...)"

La Constitución reconoce la igualdad para todos y la prohibición de cualquier acto discriminatorio por el motivo que sea. Al igual que los dispositivos legales a nivel internacional citados, se reconoce la igualdad y prohibición de discriminación a nivel general; sin embargo, deja la diferencia es que sí se corrobora una lista abierta en las causales, lo cual tiene mucho sentido teniendo en cuenta que conforme avanza el tiempo surgen nuevos motivos.

La defensoría del pueblo ha señalado que la discriminación se divide en tres requisitos:

“Para que se produzca un acto discriminatorio se deben configurar tres elementos:

- *Un trato diferenciado injustificado.*
- *Que el trato diferenciado se base en un motivo prohibido: color de la piel, origen, etnia, sexo, idioma, religión, opinión, filiación política, discapacidad, enfermedad, orientación sexual, identidad de género, condición económica, social o de cualquier otra índole.*
- *Que se produzca la anulación o menoscabo en el reconocimiento, ejercicio y/o goce de un derecho.”⁵*

Se tiene determinado cuando se produce un acto discriminatorio y que el motivo dependerá del caso y de la víctima en concreto. La gran pregunta ahora es ¿Cómo actuar cuando sucede? Bueno, eso dependerá en qué situación se da; por ejemplo en el ámbito penal⁶, en el ámbito constitucional⁷ y en el ámbito comercial⁸. En el presente caso, se analizará la perspectiva de la discriminación en las relaciones de consumo.

⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Discriminación. Consulta del 2 de setiembre de 2017

<<http://defensoria.gob.pe/temas.php?des=10>>

⁶ **CÓDIGO PENAL**

Artículo 323.- Discriminación e incitación a la discriminación

El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.”

⁷ **CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

1.3. DISCRIMINACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Respecto a la discriminación en las relaciones de consumo, la doctrina se ha dividido en dos grupos, los que consideran que trato ilícito diferenciado y discriminación son lo mismo; y los que señalan que son distintos.

Respecto a la primera postura, el profesor Durand nos señala lo siguiente:

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

Bajo tales premisas considero 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.”⁹

Artículo 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;(...)

⁸ **CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

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.

⁹ Resolución 714–2013/SPC-INDECOPI de 21 de marzo de 2013

De igual manera, Baca señala lo siguiente:

“Es evidente que unos casos de trato diferenciado ilícito serán más graves que otros, pero no justificaría crear dos tipos infractores diferentes sino graduar la sanción, tomando en cuenta la afectación que se hubiera producido a la dignidad de las personas.”¹⁰

Baca, a diferencia del Dr. Durand que tiene la postura que ambos supuestos son lo mismo¹¹, señala que no justifica que se diferencie, sino que exista una graduación de la sanción debido a que la afectación en los casos de discriminación existe una variante y agravante, la cual es la afectación a la dignidad de la persona, la cual debe construirse. Podemos concluir que este sector de la doctrina considera innecesario la diferenciación entre la discriminación y el trato diferenciado ilícito.

Por el otro grupo de la doctrina, Gustavo Rodríguez nos señala lo siguiente:

“El trato diferenciado se refiere a una situación distinta al trato discriminatorio. El trato diferenciado, se sigue de los términos del Código, puede ser lícito o ilícito dependiendo de la existencia de causas objetivas y razonables. El trato discriminatorio, en cambio, siempre se encontrará vedado.

(...)

La discriminación implica algo más que simplemente establecer un trato diferente.

(...) la discriminación se produce cuando el motivo de la práctica responde a consideraciones personales (hasta cierto punto, psicológicas) de quien emprende la conducta.

¹⁰ BACA ONETO, Víctor. 2013. “Protección al Consumidor. Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos” Colección por el vigésimo aniversario de INDECOPI. Lima, INDECOPI, pp. 41.

¹¹ Voto en Singular del vocal Julio Durand en RESOLUCIÓN 4851-2016/SPC-INDECOPI de fecha 14 de diciembre de 2016

(...)

La discriminación implica un juicio psíquico negativo del discriminado.

(...)

Si un empresario no deja que ingresemos a una discoteca porque no le gusta el color de nuestra piel, eso es discriminación. Pero si no nos deja entrar por una justificación económica, eso es otra cosa.”¹²

Así mismo, siguiendo la misma línea, Mijail Mendoza hace la siguiente referencia:

“Los motivos de discriminación aluden en realidad a “propiedades” de las personas, sobre la base de las cuales se les excluye de un derecho. Las propiedades pueden referir, a su vez a características de las personas o sus conductas. Por ello, para una mejor comprensión del enunciado constitucional, debe entenderse que los motivos prohibidos son propiedades constitucionalmente inadmisibles para la exclusión de un derecho.”¹³

Finalmente, el INDECOPI señala en su publicación en torno a la discriminación y trato ilícito diferenciado, lo siguiente:

“(…) consideramos que la distinción debe mantenerse pues la figura de la discriminación es un tipo infractor agravado que implica la vulneración de más de un derecho fundamental: la igualdad y la dignidad de las personas. En comparación con el trato diferenciado ilícito, la discriminación también es una forma de trato desigual y trasgresión al derecho a la igualdad, pero con ciertas diferencias. En el trato diferenciado ilícito, la negativa al acceso de productos o servicios se debe a motivos simples pero injustificados, irrazonables o subjetivos. Mientras tanto, en la discriminación los motivos

¹² RODRÍGUEZ, Gustavo. 2013. El consumidor en su isla. Una visión alternativa del sistema de protección al consumidor. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, pp 39-40.

¹³ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. 2007. “Derecho a la igualdad y a la no discriminación por raza” Diálogo con la Jurisprudencia. Lima. Agosto. Año 13, pp 32.

son reprochables por la sociedad ya que subestiman las características de grupos humanos —mayoritarios o minoritarios— para convertirlos en seres inferiores, no dignos de contar con los mismos beneficios que otros. Es decir, se establecen clases para dar preferencia, poder y derechos a unos grupos en perjuicio de otros, todo lo cual no resiste a una normal convivencia en sociedad.

(...)

Se puede considerar que entre el trato diferenciado ilícito y la discriminación existe una relación de género a especie. (...) pero en la discriminación —y no en el trato diferenciado— los motivos son socialmente graves y trascendentes.”¹⁴

Lo antes citado nos hace ver que en realidad la discriminación y el trato diferenciado ilícito pueden ser considerados conceptos distintos. Si bien en ambos se genera un trato diferente hacia una persona, en el caso de la discriminación, este trato se encuentra motivado por un móvil prohibido, el cual viene a ser una característica inmutable de la persona perteneciente a la persona del grupo discriminado (Posner citado por Gustavo Rodríguez: 31). A menudo las personas no nos tratan igual entre todas, sobre todo por factores subjetivos, lo cual no está mal, lo inaceptable es que la distinción del trato sea características ajenas a la voluntad de las personas, pero esenciales en su vida, como origen, raza, sexo idioma, religión, entre otros¹⁵.

Me inclino con lo señalado por el segundo grupo, lo cual también se acopla al criterio que el INDECOPI mantiene actualmente, de distinguir los actos de discriminación del trato ilícito diferenciado, sin descartar que ambos tienen un elemento común (el trato distinto). Esta separación resulta ser importante debido a que la discriminación es un tema de relevancia tanto nacional como internacional, por lo que el reconocimiento a la igualdad y no discriminación, se encuentra reconocido en nuestra Constitución¹⁶; así

¹⁴ INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI). 2015. Discriminación En El Consumo Y Trato Diferenciado Ilícito En La Jurisprudencia Del INDECOPI. Lima: editalo.pe, pp 29.

¹⁵ SOSA, Juan Manuel. 2011. “Una mirada constitucional a la defensa del consumidor con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En SUMAR, Óscar. Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú. Lima: Universidad del Pacífico, pp 1163.

¹⁶ **Constitución Política del Perú de 1993.**

como todos los tratados internacionales que forman parte de nuestra normativa, siendo el mismo un acto reprochable.

En ese sentido, señalamos lo que el CÓDIGO indica respecto a la igualdad y la no discriminación:

“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.

(...)”

Asimismo, es preciso desmenuzar el significado de discriminación e identificar los componentes de la misma, por lo que Sánchez señala lo siguiente:

“(...) permite observar tres elementos básicos y concurrentes: la conducta (trato diferenciado), las causas (motivos de distinción) y el objetivo o

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (...)

resultado (anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho).¹⁷

De conformidad con lo antes señalado respecto a la discriminación en el consumo, esta también se debe a un problema de información mediante la cual la persona que efectúa el acto discriminatorio basa su decisión de discriminar por una característica resaltante en una persona que pertenece a un grupo que comparte esa misma característica¹⁸. En otras palabras, el motivo que lleva a las personas a discriminar es por una falta de información, ya que de manera errónea piensa que este grupo de personas sobre las que recae los actos discriminatorios probablemente no pueda responder de igual manera que una persona que no pertenezca a ese grupo, por lo que prefiere no arriesgarse y simplemente no entablar una relación comercial con ella.

Sin embargo, entendemos que el motivo que lleva a la personas a ver de manera distinta a otras que socialmente, físicamente, etc. no son iguales, es por la existencia de prejuicios. Los prejuicios son actitudes negativas hacia personas pertenecientes a una minoría socialmente reconocida¹⁹ y llevan a realizar tanto tratos injustos como actos discriminatorios. En nuestra sociedad, esta es una conducta totalmente normalizada, por lo que cuando uno presencia un acto discriminatorio en un establecimiento hacia un tercero, por lo general no se hace nada ya que es una especie de “costumbre”, por lo que uno opta por ignorar lo acontecido.

En ese sentido, en cada caso en concreto se deberá verificar que se haya cumplido con la concurrencia de los tres requisitos para que se configure la discriminación, o si por otro lado calificaría como un trato diferenciado ilícito.

¹⁷ SÁNCHEZ VELÁSQUEZ, Daniel. 2010. Discriminación y medios de comunicación. Análisis de las bromas raciales en la televisión peruana. Lima: Palestra Editores, pp. 137-138.

¹⁸ NODA YAMADA, Carlos. 2007. “La justificación de la prohibición de la discriminación en el consumo a partir de la racionalidad económica del sistema de protección al consumidor. A propósito del caso Café del Mar”. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima. Año 13, pp 37-40.

¹⁹ MORALES, Francisco. 1996. Del Prejuicio al Racismo Perspectivas Psicosociales. Toledo: Editorial Universidad Castilla La Mancha. Pp 24.

CAPÍTULO 2

IMPLICANCIAS PROBATORIAS

1. IMPLICANCIAS PROBATORIAS EN LA DISCRIMINACIÓN

Hoy en día es muy común que se discrimine a las personas por cualquier motivo y que la persona que fue víctima de este trato desigual solamente se limite a pasar un mal rato, dejando lo sucedido como una experiencia. Lo antes señalado sucede porque los actos discriminatorios han sido normalizados tanto por parte de quien discrimina como por parte del discriminados.

No obstante, en los últimos años la situación ha cambiado y se está tratando de dejar de lado esta situación de normalización de los actos discriminatorios y se ha empezado a promover la denuncia de actos discriminatorios, con el fin de incentivar que esta situación cambie en el país. Sin embargo, frente a la iniciativa propia de los peruanos en denunciar este tipo de casos, nos encontramos con un gran obstáculo, el cual es el cómo probar la comisión del acto discriminatorio.

Si bien, curiosamente la discriminación, a diferencia del “acoso callejero”, es un delito que se encuentra tipificado en diversos dispositivos legales, dentro de ellos el Código Penal, ambas afectaciones a las personas cuentan con dificultades probatorias. Es decir, tanto en la discriminación como en el “acoso callejero”, una persona no camina por la calle pensando que eventualmente va ser discriminado o acosado, por lo que cuando esto sucede, por la rapidez e inmediatez del acto, el mismo no puede ser grabado, e incluso puede no haber testigos. Esta situación dificulta el inicio de una denuncia, ya que el que alega la afectación debe aportar suficientes medios probatorios que evidencien que se ha infringido una norma o se ha vulnerado un derecho; por lo que, al no contar con una elemento probatorio contundente, no se podrá sancionar al que cometió el acto.

1.1. MEDIOS PROBATORIOS Y LA PRUEBA EN LA DISCRIMINACIÓN

El propósito de la prueba es lograr suficiente convicción sobre los hechos que las partes alegan, es decir, generar convencimiento en lo que se narra²⁰; por lo que será preciso en los casos de discriminación, contar con medios probatorios que logren tal nivel de convencimiento. Estos, son una parte clave para denunciar cualquier acto discriminatorio. Al respecto, Matheus López señala:

“(…), podemos afirmar que la prueba constituye el procedimiento de probar o acreditar los hechos afirmados. En tanto, el medio de prueba es el instrumento a través del cual se busca lograr la convicción sobre el acaecimiento de un hecho particular”²¹.

De acuerdo a lo señalado, se puede desprender que los medios probatorios son el soporte que nos permitirá utilizar para convencer de que lo que se afirma ha sucedido efectivamente. Ahora, tenemos claro que en los casos de discriminación tratar de probar lo ocurrido es complicado, a menos que el acto discriminatorio se realice por medios masivos de comunicación, o de alguna manera pueda quedar algún tipo de constancia de lo realizado.

No obstante, lo antes señalado, es preciso indicar qué tipos de medios probatorios existen en la legislación peruana, y si estos pueden lograr el objetivo, el cual es acreditar la existencia de actos discriminatorios:

“Idoneidad de los medios de prueba.-

Artículo 191.- Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el Artículo 188.

Los sucedáneos de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de éstos.

Medios probatorios típicos.-

²⁰ MATHEUS LOPEZ, Carlos. “Sobre la función y objeto de la prueba”. Derecho PUCP, Número 55, 2002. Pp 324.

²¹ MATHEUS LOPEZ, Carlos. “Sobre la función y objeto de la prueba”. Derecho PUCP, Número 55, 2002. Pp 323-324.

Artículo 192.- *Son medios de prueba típicos:*

1. *La declaración de parte;*
2. *La declaración de testigos;*
3. *Los documentos;*
4. *La pericia; y*
5. *La inspección judicial.”*

El primer medio probatorio típico es la declaración de parte, de la cual podemos entender que es aquella manifestación dada por parte de la presunta víctima. Esta por sí sola, como medio de prueba en un caso de discriminación, resulta ser insuficiente debido a que es la narración de hechos desde un punto de vista que no puede resultar ser objetivo. En ese sentido, debería partirse de la declaración de parte para aportar otro tipo de medios probatorios.

Respecto a la declaración de testigos, esta sí resultaría acorde para los casos de discriminación debido a que la existencia de testigos que puedan afirmar que se ha cometido el acto discriminatorio, podría respaldar la declaración de parte. Ahora, un punto a tener en cuenta con esto es qué tipo de testigos son los que prestan la declaración, ya que si resulta tener algún vínculo con la persona afectada o la persona que cometió el acto, la declaración de este testigo podría darse de forma parcializada. Considero que sería ideal utilizar este medio de prueba con respaldo de otros.

Por otro lado, los documentos son medios probatorios plasmados de manera escrita o mediante un objeto, los cuales sirven para acreditar un hecho²². Para temas de discriminación, este medio probatorio es el que se acopla mejor debido a que por medio de un CD, un medio probatorio documental electrónico²³, que contenga un video donde se evidencie el acto discriminatorio, se puede determinar evidentemente la afectación.

²² **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Artículo 233.- Documento.- Es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho.

²³ ORTOÑO ARTÉS, Carmen; El avance tecnológico y los nuevos medios de prueba en la LEC; Régimen jurídico de Internet, año 2001, Editorial La Ley, págs. 489-512.

Finalmente, sobre la pericia y la inspección judicial, ambos no resultarían de aplicación a los casos de discriminación ya que, por un lado, una pericia se realiza cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga²⁴. Por otro lado, la inspección judicial procede cuando el juez tiene que apreciar de manera presencial los hechos relacionados con los puntos controvertidos²⁵; debido a que nos estamos refiriendo a actos discriminatorios que se cometen en un momento determinado, no correspondería la aplicación de este medio probatorio.

En conexión con lo señalado en el artículo 191º del Código Procesal Civil, también resulta idóneo aportar al proceso sucedáneos de los medios probatorios, es decir auxilios que la ley señala o que el juez puede asumir para lograr el objetivo de los medios probatorios, completando o sustituyendo el valor y/o de estos²⁶.

Dentro de los sucedáneos señalados en el Código Procesal Civil, para aquellos casos de discriminación donde existe una característica visible y no se cuenta con suficientes medios probatorios, resultaría pertinente que el juez pueda aplicar presunciones judiciales, toda vez que en conjunto con otros medios probatorios, se pueda llegar a un razonamiento lógico-crítico. Aplicar este tipo de presunción implica pros y contras. Una ventaja es que podría llegar a juzgarse muchos casos de discriminación cuando la persona no cuenta con suficientes medios probatorios (lo que casi siempre sucede), y se sancionarían estos actos. Como desventajas, primero, como se realiza por razonamiento del juzgador, no se va a tener una uniformidad ni predicción de los fallos, ya que cada juez suele razonar de distinta manera. Otra desventaja, es que solo se podría aplicar a aquellos casos de discriminación en los cuales el motivo por el cual se discrimina es por una característica visible (color de

²⁴ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Artículo 262.- La pericia procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga.

²⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Artículo 272.- La inspección judicial procede cuando el Juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos.

²⁶ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Artículo 275.- Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

piel, discapacidad, orientación sexual, entre otros), por lo que no resolvería del todo las deficiencias probatorias de casos de discriminación en general.

Por otro lado, siguiendo con las iniciativas por parte de las personas, se ha creado un portal llamado “Alerta contra el racismo”, el cual ayuda a las personas a reportar o alertar casos de discriminación étnico-racial en el Perú²⁷. Si bien la iniciativa es buena en tanto busca concientizar y desincentivar los actos racistas, esto solo se circunscribe al ámbito de discriminación racial, dejando a otro tipo de causal de discriminación fuera de esto.

De acuerdo a lo señalado podemos deducir dos premisas. La primera es, para probar que uno fue víctima de un acto discriminatorio, incluso de un trato desigual, resulta ser muy difícil obtener medios de prueba directos o típicos que por sí solos puedan sustentar el hecho alegado. Esto se da debido a la inmediatez y/o forma indirecta en cómo se manifiestan los actos discriminatorios, por lo que, por así decirlo, dejar rastro de lo ocurrido resulta ser difícil, nadie espera ser discriminado, incluso no se dan cuenta.

La segunda premisa es que, frente a situaciones en las cuales no se cuenta con medios probatorios sobre el acto discriminatorio, el uso de medios de prueba atípicos o sucedáneos de manera conjunta, puede llegar a acreditar la conducta discriminatoria.

1.2. IMPLICANCIAS PROBATORIAS EN LA DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Los actos discriminatorios se suelen dar muy a menudo en las relaciones de consumo, sin embargo, estos pasan en su mayoría desapercibidos ya que, la conducta se encuentra muy normalizada, la persona discriminada no se da cuenta, o la víctima del acto no tiene como probar el hecho, por lo que considera no entablar una denuncia o reclamo al proveedor.

²⁷ MINISTERIO DE CULTURA
<<http://alertacontraelracismo.pe/>>

Al respecto a la carga de la prueba específicamente en los casos de discriminación en las relaciones de consumo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor señala lo siguiente:

“Artículo 39º.- 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.”

Lo que la presente norma nos quiere dar a entender es que, para presentar una denuncia sobre un presunto trato diferente, el denunciante (en este caso el consumidor) es el que tiene la carga de la prueba; es decir, este deberá acreditar que recayó sobre él algún trato diferente, para lo cual debe presentar medios probatorios idóneos que lo respalden. INDECOPI nos señala que también es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos como medios probatorios, comúnmente denominados prueba indiciaria.

La prueba indiciaria parte de datos confirmados que por sí solos no confirman un hecho, sino que una vez que se analizan en conjunto, se puede llegar a confirmar un hecho. Es así que, Bullard señala que es la existencia de una serie de hechos ciertos, que apuntan todos en la misma dirección²⁸. Entonces, en los casos de discriminación en materia de protección al consumidor, será válido también el uso de ciertos hechos que, por sí solos, no pueden llevar a una conclusión, sino que deben usarse en forma conjunta y con otros medios probatorios.

²⁸ BULLARD, Alfredo. 2005. “Armando rompecabezas incompletos. El uso de la prueba indiciaria”. Derecho y Sociedad, Número 25.

En varios casos de discriminación²⁹ en el consumo, la Sala Especializada de Protección al Consumidor de INDECOPI ha utilizado indicios como una especie de respaldo, en conjunto con los medios probatorios aportados, siendo que la tendencia es admitir y utilizar estos para poder emitir un pronunciamiento en base al razonamiento lógico-crítico.

Posteriormente, el proveedor deberá acreditar que hubo causas justificadas y/o razonables para el trato diferenciado. Si esto se logra acreditar, se daría un supuesto de trato diferenciado lícito; si no se logra acreditar, debe evaluarse si el trato diferenciado fue por un motivo prohibido, o únicamente otro tipo de causas subjetivas. Si se comprueba, por medio de prueba directa o por prueba indiciaria, que existió un motivo prohibido que causó el trato diferenciado, nos encontramos ante discriminación, si no se comprueba esto, sería trato ilícito diferenciado.

En aquellos casos donde se alega un trato discriminatorio por una característica visible, pero no se cuenta con suficientes medios probatorios (grabaciones, testimonios, entre otros) sería cuestionable el uso de indicios y presunciones ya que, el fin de estos es que se realice un análisis lógico en conjunto con más material probatorio. En otras palabras, los indicios no pueden funcionar por sí solos. Consideramos que el uso de indicios no es una suerte de magia, ya que los mismos deben guardar un sentido o algo en común, algo que los vincule; de lo contrario el juzgador, o los funcionarios que resuelven en el caso de INDECOPI, tendría una amplia discrecionalidad para vincular los indicios y crear historias donde, probablemente no existan.

“- Que resulten plenamente probados los indicios, esto es, que no se traten de meras conjeturas, sospechas o probabilidades; (el subrayado es nuestro).

- Que entre los indicios y los hechos que se infieren exista un enlace preciso y lógico según las reglas del criterio humano; y

²⁹ Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril de 2014
Resolución 1879-2014/SPC-INDECOPI del 9 de junio de 2014

- Que el juzgador exteriorice el razonamiento que le ha conducido a tener por probado el hecho delictivo y la participación en el mismo acusado³⁰.

Por otro lado, en el caso de las presunciones si resultaría hacer un análisis más detallado ya que puede prestarse para situaciones ambiguas.

Un ejemplo de lo antes señalado podría ser que una persona con discapacidad motora alega que se discriminó por su discapacidad en tanto que no se le permitió el ingreso a un establecimiento debido a que este se encuentra en silla de ruedas. Tenemos por un lado solo la declaración de esta persona y por el otro lado solo la declaración por parte del dueño del lugar que indica lo contrario, no hay videos que acrediten lo alegado por ambas partes. En principio, por no acreditar el hecho alegado, se declararía “infundada” la denuncia; pero sería interesante que la autoridad, basándose en la presunción de que la característica visible pueda ser un indicio para la comisión del acto discriminatorio, pueda realizar una inspección inopinada al establecimiento, con el fin de poder observar la actitud del personal y comprobar que pudo darse o no.

Consideramos válido poder inferir un trato desigual frente a personas con ciertas características visibles que hacen que por sí solas se distingan del resto de personas, ya que esto, como se mencionó en el capítulo anterior, es lo que crea prejuicios, ser diferente a lo socialmente aceptado o establecido.

Resultaría interesante que se pueda aplicar este razonamiento, sin embargo, la carga procedimental con la que actualmente cuenta INDECOPI, así como el presupuesto asignado a cada área, imposibilitaría realizar una inspección inopinada por cada caso que se denuncie y exista una característica visible. También, en casos de discriminación racial, se volvería aún más difícil y tedioso poder determinar el trato desigual ya que no existen razas establecidas, por lo que en este tipo de casos, basarse en una característica visible como la raza, no daría resultado ya que cada persona percibe la “raza” de manera distinta.

³⁰ PISFIL, Daniel. 2014. “La Prueba Indiciaria y su relevancia en el Proceso Penal”. Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, volumen 5, Nro. 1. Pp 123-124.

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE CASOS Y CONCLUSIONES

1. ANÁLISIS DE CASOS

1.1. DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD

Resolución 1574-2017/SPC-INDECOPI del 27 de abril de 2017

La Resolución citada es sobre una denuncia que interpone la madre de un menor que presenta una discapacidad motora visible (uso de silla de ruedas) contra un colegio. La representante del colegio le señaló a la madre que incluir al menor en el salón de clases correspondiente implicaría implementar una o dos profesoras adicionales al salón de clases, situación que no pueden disponer.

En primera instancia, la Comisión consideró que efectivamente se había producido un acto discriminatorio, en tanto se “habría rechazado” la inscripción del menor en el colegio; sin embargo, la Sala Especializada en Protección al Consumidor consideró que, el colegio en ningún momento manifestó que el menor no sería admitido en el centro educativo, sino que puso en conocimiento de la madre las limitaciones que tendría el menor en el colegio debido a la discapacidad que él mismo tiene.

Al respecto, existen dos votos en discordia que se muestran acordes con lo resuelto en primera instancia. Particularmente nosotros compartimos este punto de vista ya que consideramos que, efectivamente, existió una discriminación por discapacidad hacia el menor.

Si bien la Sala señala que no se dijo “no aceptamos”, la inscripción del menor no existiría discriminación, consideramos que la Sala estaría adoptando el concepto de discriminación como “directa”, sin tener en cuenta que también se puede dar de manera “indirecta”.

Discriminación directa es aquella que se da de manera frontal, es decir, se pone en pleno conocimiento a la víctima del trato desigual el motivo prohibido por el cual se le trata distinto. Por ejemplo, lo que señala la Sala, si se le hubiese señalado a la madre del menor, de manera expresa, “no admitimos la matrícula del menor debido a que cuenta con cierta discapacidad”.

Por otro lado, la discriminación indirecta es aquella en la cual el trato desigual no se manifiesta de forma clara o evidente, razón por la cual es necesario acudir a elementos de prueba adicionales para corroborar lo sucedido³¹.

En otras palabras, la discriminación indirecta se da cuando “te dan a entender en otras palabras” el motivo por el cual no estas siendo admitido. Un ejemplo de discriminación indirecta sería el escenario donde la recepcionista de una discoteca trate de desanimar a una persona homosexual de entrar, señalándole que si entra se va a sentir incómodo o subiéndole el precio de la entrada.

Así, entendemos que un medio de manifestación de discriminación indirecta sería la obstaculización de acceder a un servicio o lugar, situación que ha pasado en el presente caso.

Si bien en un momento puede parecer objetivo que el menor vaya a un centro educativo especial, debemos tener en cuenta que su discapacidad, de acuerdo a lo señalado en la Resolución, no afecta su nivel cognitivo, por lo que colocar el menor en un colegio especial o ubicándolo en un grado menor no haría más que perjudicarlo.

Respecto a la carga de la prueba, consideramos que este es uno de los pocos casos en los cuales se tiene una prueba directa (la grabación), ya que lo usual es que los consumidores no se encuentren a la expectativa del trato diferente, por lo que no los terminan registrando.

³¹ EXP. N.º 2317-2010-AA/TC de fecha 03 de setiembre de 2010

En este sentido, si bien la dificultad probatoria no es por conseguir la prueba en sí, como en otros casos, esta recae sobre la dificultad de interpretación de la misma.

1. 2. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

Resolución 0665-2006/TDC-INDECOPI del 17 de mayo de 2006

En esta Resolución una pareja homosexual denuncia haber sido discriminados por su orientación sexual, a tal punto de ser expulsados del local, por medio del uso de la fuerza por parte de un efectivo policial. Por su parte, el supermercado señaló que la pareja estaba realizando actos obscenos. La denuncia fue declarada infundada toda vez que no medió medio probatorio alguno que pueda haber acreditado el trato discriminatorio.

Este es un claro ejemplo de la dificultad en poder probar un acto discriminatorio ya que, al no esperar ser tratado de esta manera, la pareja no se encontraba a la expectativa de registrar el preciso momento. Al final, termina siendo la palabra de los denunciantes contra la palabra del denunciado, lo cual deberá fundamentarse con el material probatorio aportado por el denunciante.

La orientación sexual, en parejas heterosexuales como homosexuales, resulta ser una característica esencial de la persona, la cual termina siendo visible por terceros.

En el presente caso, existió dificultad probatoria en tanto que no hubo un material que acredite el trato desigual, así como tampoco se hizo uso de indicios que puedan llegar a determinarlo. Sin embargo, consideramos que se pudo partir de la orientación sexual de la pareja, como un primer indicio, para así la administración vaya acoplando de oficio más elementos (testimonios, inspecciones, etc), y que se pueda elaborar una teoría, la cual pueda o no lograr convicción.

De hecho, esto implicaría una actividad más proactiva por parte de la administración e incluso podría lograr mayor efectividad en detectar a aquellos proveedores que incurren en políticas internas discriminatorias. De hacer esto, lo adecuado sería

realizar una inspección inopinada (disfrazarse o ponerse en el lugar de los denunciantes) y así poder corroborar si lo afirmado en la denuncia incurre o no en una costumbre. A partir de esto, se podría dar un respaldo a todos aquellos casos de discriminación mediante los cuales no se ha logrado obtener material suficiente.

Es preciso tener en cuenta que la discriminación en sí, afecta una multiplicidad de derechos, por lo que resultaría ser necesario que la administración actúe activamente para tratar de desincentivar este tipo de conductas en los proveedores.

1.3. DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO

Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril de 2014

Este caso inicia cuando una chica transgénero acude a la discoteca Gótica, en Miraflores, y al momento de ingresar, el personal de seguridad le indica una serie de cosas (hay un evento privado, no hay espacio, etc). A la par que se le indicaba esto a la chica transgénero, otras personas iban llegando e ingresaban sin inconveniente alguno al local, por lo que el personal de seguridad le indicó que eran socios.

Los acompañantes de la chica transgénero fueron indicados que estos podían pasar, pero sin ella ya que no admitían a este tipo de personas, siendo que luego la dejan ingresar, pero le intentan cobrar más del doble de la entrada. Finalmente, cuando la chica habla con una representante del local, esta graba el preciso momento en el cual la representante le indica que el personal de seguridad la había discriminado.

Respecto a las pruebas aportadas, ambas partes presentaron declaraciones juradas, tanto de los acompañantes como del personal de seguridad, así como la grabación de la conversación con la representante y el precio de entrada indicado en la página web (donde se aprecia que es mucho menor al precio que se le intentó cobrar en la puerta).

En principio, la condición de transgénero es una característica que puede ser apreciada por cualquier persona que ve a la persona transgénero, ya que una

persona de un sexo determinado aparenta ser físicamente una persona del otro sexo. Por otro lado, esto por sí solo no puede ser determinante para afirmar que es causa del trato desigual; sin embargo, se puede tomar como indicio, junto con los otros medios probatorios.

A diferencia de los casos antes señalados, el denunciante sí aportó un medio de prueba directa, el cual podía acreditar por sí solo el motivo del trato desigual, en este caso el hecho de ser transgénero. Cabe resaltar que el denunciante realizó la grabación después de que se le obstaculizó la entrada, es decir que el trato desigual, a diferencia de los otros casos, no se dio de manera inmediata, sino que fue prolongado, situación que le dio tiempo de poder deducir el porqué del trato diferente y, grabar lo demás.

En un escenario normal, donde un consumidor, debido a la inmediatez del acto discriminatorio, no puede realizar grabaciones, le resulta imposible poder demostrar que fue víctima, siendo desde un punto de vista injusto.

En un escenario donde el consumidor no tiene pruebas, es injusto porque el consumidor no tiene los suficientes recursos para poder conseguirlos, a diferencia del proveedor, al cual le basta con señalar que no lo hizo. En todo caso, si bien se puede conseguir pruebas, muchas veces no suelen ser suficientes para acreditar la discriminación, por lo que se determina la responsabilidad del proveedor por “trato ilícito diferenciado”, siendo la sanción por esta menor a la de discriminación.

1.4. DISCRIMINACIÓN POR RAZA

Resolución 1902-2015/SPCINDECOPI del 16 de junio de 2015

En este caso, un hombre entra a una tienda y al momento de retirarse de la misma, el personal de seguridad le indica que abra su mochila ya que al parecer había sustraído una prenda. Posteriormente se verifica que no había sustraído nada, por lo que el denunciante señala que, debido a la manera en cómo se le trató, así como por sus rasgos físicos, el personal de seguridad del establecimiento lo había discriminado

por su raza o etnia. Se declara infundada la denuncia debido a que el denunciante no acreditó el trato desigual

En los casos de discriminación por raza, color o etnia, resulta ser aún más difícil probar el hecho si es que no se presenta una prueba directa que contemple expresamente el acto discriminatorio y su motivo. Partir de la presunción de que porque una persona tiene ciertos rasgos o color de piel ha sido tratada de manera desigual, resulta ser un tanto más complejos porque, en el Perú, somos tan variados en colores de piel, así como en raza, a tal punto que se afirma que la “raza” no existe.

En otras palabras, lo que para el denunciante es de un color, para la denunciada es de otro y para la administración puede ser de otro distinto a ambos, por lo que no se puede partir de esto para elaborar una teoría de los hechos. Así mismo, el denunciante tampoco adjuntó pruebas que hayan podido evidenciar la conducta del personal de seguridad hacia él.

Ahora, poniéndonos en el lado del denunciante, si efectivamente hubiese sucedido que se le discriminó por sus rasgos físicos, pero no hay pruebas, ¿cómo poder solucionar esto? Realmente es tan complicado en este tipo de situaciones a tal punto que se pone en tela de juicio las afirmaciones del denunciante.

Proponer realizar una inspección por parte de la administración resulta también complicado porque debería ponerse a una persona con características raciales similares al denunciado, situación que difiere a otros motivos de discriminación, como orientación sexual, discapacidad, etc; ya que estos tienden a ser una especie de motivos objetivos en el sentido de que no admite zonas grises. Por ejemplo, o es discapacitado no; en cambio, respecto a la raza, esta no se puede limitar a “o es blanco o es negro”, ya que entre estas dos tonalidades de color hay una infinidad de zonas grises.

2. CONCLUSIONES

De lo que se ha podido trabajar a lo largo del presente artículo, se puede constatar que existe una dificultad por parte del consumidor para probar el acto discriminatorio en las relaciones de consumo. Así mismo, se ha desprendido que la dificultad probatoria se da en dos dimensiones: (I) para conseguir la prueba y (II) para que la prueba sea suficiente.

En el primero punto, se ha llegado a la conclusión que es sumamente difícil que un consumidor razonable consiga una prueba de un acto discriminatorio realizado de forma inmediata, ya que este no espera ser discriminado cuando acude a un establecimiento, por lo que no se encuentra a la expectativa de grabar cada instante.

En los actos discriminatorios prolongados, como se da en el caso Gótica, el consumidor puede empezar a deducir que, ante una característica visible, se le puede estar restringiendo el acceso a un servicio y/o establecimiento, por lo que le puede dar una mayor chance de poder captar los tratos. Esto, sin embargo, no suele darse en el común de los casos.

En el segundo punto, para que la prueba aportada sea suficiente, nos referimos al caso de la suficiencia para probar un acto discriminatorio y no un trato ilícito diferenciado, consideramos que la administración debería tener una participación más activo durante el procedimiento. Un segundo paso luego de recibida la prueba, debería ser descartar si es discriminación o trato ilícito diferenciado. Si se la prueba misma no se desprende uno literalmente, o queda la duda, la administración debería realizar una inspección inopinada, para así poder tener más claridad sobre el trato hacia personas con determinadas características visibles en el establecimiento.

De esta manera se lograría un mejor resultado para desincentivar los actos discriminatorios ya que, si la administración se limita únicamente a la prueba aportada (la cual acreditaría únicamente un trato desigual por más que el denunciante alega que existió un motivo prohibido), muchos proveedores estarían evadiendo una sanción mucho mayor, que sería la correspondiente a discriminación.

Finalmente, en el caso de discriminación racial y los medios de prueba para acreditar este tipo de discriminación, consideramos que si bien resulta ser difícil probar el “racismo” sin tener pruebas, es necesario que se busque una manera para desincentivar este tipo de conductas, ya que el hecho de no haber capturado el momento donde ocurre la discriminación no es señal de que la misma no existió.



BIBLIOGRAFÍA

- BACA ONETO, Víctor. 2013. "Protección al Consumidor. Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos" Colección por el vigésimo aniversario de INDECOPI. Lima, INDECOPI, pp. 41.
- BULLARD, Alfredo. 2005. "Armando rompecabezas incompletos. El uso de la prueba indiciaria". Derecho y Sociedad, Número 25.
- INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI). 2015. Discriminación En El Consumo Y Trato Diferenciado Ilícito En La Jurisprudencia Del INDECOPI. Lima: editalo.pe, pp 29.
- MATHEUS LOPEZ, Carlos. "Sobre la función y objeto de la prueba". Derecho PUCP, Número 55, 2002. Pp 323-324.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail. 2007. "Derecho a la igualdad y a la no discriminación por raza" Diálogo con la Jurisprudencia. Lima. Agosto. Año 13, pp 32.
- MORALES, Francisco. 1996. Del Prejuicio al Racismo Perspectivas Psicosociales. Toledo: Editorial Universidad Castilla La Mancha. Pp 24.
- NODA YAMADA, Carlos. 2007. "La justificación de la prohibición de la discriminación en el consumo a partir de la racionalidad económica del sistema de protección al consumidor. A propósito del caso Café del Mar". Diálogo con la Jurisprudencia. Lima. Año 13, pp 37-40.
- ORTOÑO ARTÉS, Carmen; El avance tecnológico y los nuevos medios de prueba en la LEC; Régimen jurídico de Internet, año 2001, Editorial La Ley, págs. 489-512.
- PISFIL, Daniel. 2014. "La Prueba Indiciaria y su relevancia en el Proceso Penal". Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, volumen 5, Nro. 1. Pp 123-124.
- POSNER, Richard. 1998. El análisis económico del derecho. México. Fondo del Cultura Económica, pp. 609-610.
- SÁNCHEZ VELÁSQUEZ, Daniel. 2010. Discriminación y medios de comunicación. Análisis de las bromas raciales en la televisión peruana. Lima: Palestra Editores, pp. 137-138.

- SOSA, Juan Manuel. 2011. “Una mirada constitucional a la defensa del consumidor con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En SUMAR, Óscar. Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú. Lima: Universidad del Pacífico, pp 1163.
- RODRÍGUEZ, Gustavo. 2013. El consumidor en su isla. Una visión alternativa del sistema de protección al consumidor. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, pp 39-40.

JURISPRUDENCIA

- Resolución 0665-2006/TDC-INDECOPI del 17 de mayo de 2006
- Expediente N.º 2317-2010-AA/TC de fecha 03 de setiembre de 2010
- Resolución 714–2013/SPC-INDECOPI del 21 de marzo de 2013
- Resolución 1197-2014/SPC-INDECOPI del 10 de abril de 2014
- Resolución 1879-2014/SPC-INDECOPI del 9 de junio de 2014
- Resolución 1902-2015/SPC-INDECOPI del 16 de junio de 2015
- Resolución 4851-2016/SPC-INDECOPI del 14 de diciembre de 2016
- Resolución 1574-2017/SPC-INDECOPI del 27 de abril de 2017

NORMAS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

- Declaración Universal De Los Derechos Humanos
- Convenio 111 De La OIT - Convenio Sobre La Discriminación (Empleo Y Ocupación)
- Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer (CEDAW)
- Código de Protección y Defensa del Consumidor
- Código Penal
- Código Procesal Constitucional
- Código Procesal Civil
- Constitución Política Del Perú De 1993.