

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al
Consumidor

Cambio de criterio interpretativo de la tipificación de la
discriminación en el consumo: impacto en la regulación de
protección al consumidor

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

Autor:

Franco Ricardo Vasquez Lara

Asesor:

Wendy Rocío Ledesma Orbegozo

Lima, 2023

Informe de Similitud

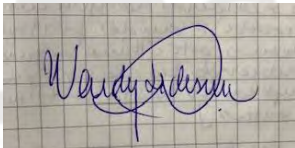
Yo, LEDESMA ORBEGOZO, WENDY ROCIO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “Cambio de criterio interpretativo de la tipificación de la discriminación en el consumo: impacto en la regulación de protección al consumidor”, del autor(a) VASQUEZ LARA, FRANCO RICARDO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 21 de febrero del 2024

LEDESMA ORBEGOZO, WENDY ROCIO	
DNI: 10803344	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5290-8868	

RESUMEN

El presente artículo abarca el tema de la discriminación en el consumo regulado en el artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N.º 29571, siendo que en concreto se desarrolla una valoración académica sobre los criterios de interpretación de la tipificación de la infracción de la discriminación en el Código adoptado por la autoridad de consumo peruana. Brevemente, se abordará el tema desde una perspectiva analítica y jurídica, en donde se abordará las distintas críticas que tuvo el nuevo cambio de criterio interpretativo sobre la discriminación en el consumo por parte del INDECOPI. Específicamente, se desarrollará el artículo en torno a la problemática de si este nuevo criterio interpretativo ha tenido algún impacto en la lucha por la erradicación de la discriminación en el consumo. El rol del INDECOPI, el análisis del modelo económico, político y social vigente y la aplicación del marco normativo de protección al consumidor son los temas principales a tocar para determinar si el cambio de criterio ha sido un atino por parte de la autoridad de consumo. De esta forma, se obtiene como válido la afirmación de que la nueva interpretación de la tipificación de la discriminación en el consumo ha sido adecuada respecto del fin de erradicar toda forma de discriminación hacia los consumidores, siendo que es un mal que no solamente afecta la dignidad de los consumidores, sino que también tiene un impacto en otros de sus derechos que puedan estar vinculados.

Palabras clave

Discriminación en el Consumo, Protección del Consumidor, Régimen Económico, Cambio de criterio interpretativo, Código de Protección y Defensa del Consumidor

ABSTRACT

This article covers the issue of discrimination in consumption regulated in Article 38 of the Code of Consumer Protection and Defense, Law No. 29571, being that specifically develops an academic assessment on the criteria of interpretation of the typification of the infringement of discrimination in the Code adopted by the Peruvian consumer authority. Briefly, the subject will be approached from an analytical and legal perspective, where the different criticisms of the new change of interpretative criteria on discrimination in consumption by INDECOPI will be addressed. Specifically, the article will focus on the issue of whether this new interpretative criterion has had any impact on the fight for the eradication of consumer discrimination. The role of INDECOPI, the analysis of the current economic, political and social model and the application of the regulatory for consumer protection are the main issues to be discussed in order to determine whether the change of criterion has been a wise decision by the consumer authority. In this way, the affirmation that the new interpretation of the typification of discrimination in consumption has been adequate with respect to the purpose of eradicating all forms of discrimination against consumers is valid, since it is an evil that not only affects the dignity of consumers, but also has an impact on other rights that may be linked to it.

Keywords

Consumer Discrimination, Consumer Protection, Economic Regime, Change of interpretative criteria, Consumer Protection and Defense Code

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
I. DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO	2
I.1. La discriminación y la protección al consumidor	2
I.2. Criterio sobre la tipificación de la discriminación: cambio y actualidad	4
II. CAMBIO DE CRITERIO SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO.....	7
II.1. Adopción del nuevo criterio del INDECOPI sobre la tipificación de la discriminación	7
II.2. Posiciones y consideraciones a raíz de la adopción del actual criterio	10
III. IMPACTO DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO EN LA SOCIEDAD	14
III.1. Régimen económico.....	14
III.2. Afectación de la discriminación en el modelo económico vigente	17
III.3. Reflexiones sobre el impacto de la discriminación en el consumo.....	20
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	23
BIBLIOGRAFÍA.....	26

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia del Perú, la discriminación ha sido un personaje presente en la mayoría, por no decir todos, de los escenarios sociales de la sociedad peruana. En específico, dentro de la sociedad actual persisten ciertos rasgos de la discriminación que sigue afectando a un gran grueso de la población y genera distintos efectos negativos sobre la vida de las personas. La discriminación, por un lado, involucra una afectación directa hacia la dignidad del ser humano y, por el otro lado, llega a tener repercusiones en distintos ámbitos de la sociedad. En relación al Derecho de la Protección al Consumidor, la discriminación no es ajena a este ámbito y genera afectaciones hacia los consumidores. La discriminación en el consumo es una conducta tipificada como infracción en el artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, siendo que desde la vigencia del cuerpo normativo ha tenido dos criterios interpretativos sobre la tipificación de la infracción.

A raíz del nuevo criterio interpretativo sobre la tipificación de la discriminación han surgido distintos autores criticando esta decisión de la autoridad de consumo, el Indecopi, señalando ciertos aspectos o efectos negativos del nuevo criterio de interpretación y su aplicación. De esta forma, se aborda principalmente los efectos que ha tenido el establecimiento del nuevo criterio de interpretación sobre la discriminación en el consumo en la regulación normativa sobre la materia. El presente artículo abordará los temas relevantes de la regulación normativa de la discriminación en el consumo a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor, los comentarios que se han generado a raíz del cambio interpretativo y los efectos que tiene la discriminación en la sociedad y específicamente en los consumidores. Siendo así, este tema tiene distintas repercusiones no solo en los consumidores, sino también en distintas esferas como lo es el ámbito de la economía de la nación. La importancia del cambio interpretativo y su relevancia en el rol de la autoridad de consumo en la lucha contra la erradicación de la discriminación en el consumo es una característica que debe ser tomada en cuenta del mismo modo en la evaluación del cambio de interpretación que se realizará a lo largo del presente artículo.

I. DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

I.1. La discriminación y la protección al consumidor

Una de las características de una sociedad es la diversidad en infinidad de características de las personas que la conforman. Toda sociedad sienta sus bases en las personas que la conforman y viven en torno al desarrolla que esta les permite, ya sea en condiciones que establecen ciertos parámetros que influyen de manera positiva o negativa. Sin duda alguna todas las personas somos diferentes, pues cada uno tiene un propio y particular proyecto de vida. De lo que no cabe duda es que todas las personas somos seres dignos y por medio de la sociedad se desarrolla esta dignidad y el proyecto de vida de cada uno de nosotros. Como se establece en nuestra Carta Magna, “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Artículo 1º de la Constitución Política del Perú de 1993), se puede destacar que el Estado reconoce los fines supremos de la sociedad peruana y estos permiten tener un horizonte claro hacia donde se debe dirigir los principios rectores que orientan la actuación del Estado.

El constituyente peruano también optó por consagrar el derecho fundamental de toda persona a la igualdad y no discriminación, siendo su regulación constitucional en el artículo 2º inciso 2 del mismo. Mediante este derecho, toda persona goza de igualdad ante la ley y establece el mandato de no discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, relación, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Es necesario mencionar en el artículo 3º de la misma Carta Constitucional se establece una cláusula abierta respecto de los derechos fundamentales regulados en el conocido artículo 2º, siendo que esto permite determinar que la discriminación por discapacidad, orientación sexual y entre otros motivos también están prohibidos por el mandato de no discriminación. Se tiene claro que existe una base constitucional sobre la prohibición de la discriminación en el marco jurídico peruano, cuya disposición normativa establece expresamente la prohibición de la discriminación en todos sus aspectos y en todos los ámbitos de la sociedad.

La igualdad y no discriminación posee un ámbito objetivo y otro subjetivo. En palabras simples, se puede expresar que el ámbito objetivo de la igualdad y no discriminación es un principio rector de actuación del Estado frente a la sociedad. El ámbito subjetivo de la igualdad y no discriminación, en cambio, es un derecho que se le confiere y es inherente a toda persona de la sociedad, siendo que adquiere un rango constitucional. Al respecto, el autor Landa Arroyo (2017) hace referencia al tema y desarrolla lo siguiente:

El derecho a la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico se constituye como un derecho-principio y tiene un doble carácter: subjetivo y objetivo. Como derecho subjetivo supone el derecho a la idéntica dignidad entre todos los ciudadanos para ser tratados de igual modo en la ley. Como derecho objetivo supone la obligación, a cargo del Estado y de los particulares, de no discriminar entre las personas, lo que no impide brindarles tratamientos diferenciados, siempre que dicho tratamiento esté justificado en razones objetivas. (p. 31)

Sobre esto, se tiene en claro que, de acuerdo a lo recogido en la Constitución, el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación tiene un doble ámbito que permite establecer tanto un derecho fundamental como un principio rector que dirige la actuación del Estado.

Ahora bien, respecto de la protección al consumidor, se tiene el artículo 65º de la Constitución que regula lo siguiente: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular por la salud y la seguridad de la población”. Haciendo especial énfasis a la primera frase, la Constitución establece un deber de protección por parte del Estado hacia los intereses de los consumidores, lo que conlleva que se tenga “(...) una cláusula abierta para incorporar nuevos derechos fundamentales que podrían ser titularizados por los consumidores y usuarios” (Landa, 2017, p. 135). De esta forma, válidamente se puede relacionar el derecho a la igualdad y no discriminación como un derecho fundamental que goza todo consumidor dentro de lo establecido en el marco jurídico peruano. En efecto, como principio rector transversal a todo el ordenamiento jurídico, el mandato de la no discriminación está presente y regulado dentro del Derecho de

la protección al consumidor, siendo que, en palabras de Vasquez (2023) es un mal social que no es solitario, pues repercute en distintos ámbitos de la vida de los consumidores (p. 33).

I.2. Criterio sobre la tipificación de la discriminación: cambio y actualidad

La regulación de la figura de la discriminación en el Perú, brevemente, se dio en un contexto particular: en el año 1998 se realizaron distintas denuncias en contra de diversas discotecas por restringir el ingreso a distintas personas por motivos reprochables, es decir, por motivos de discriminación racial. Por medio de una ley, en específico la Ley N.º 27049, el Congreso peruano reguló por primera vez la prohibición de la discriminación hacia el consumidor y dicha figura se incorporó en la antigua Ley de Protección al Consumidor, el ya derogado Decreto Legislativo N.º 716. De esta forma, se incorporó el tipo infractor de la discriminación en el marco regulatorio de la protección al consumidor peruano.

Sobre la autoridad de consumo peruana, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi) desarrolló la discriminación de acuerdo a los siguientes casos resueltos a continuación: mediante la Resolución N.º 1415-2006/TDC-INDECOPI, también conocido como el caso Café del Mar, el Indecopi se pronunció sobre la relación entre los artículos 2º inciso 2 y 62º de la Constitución, sobre el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación y el derecho fundamental a la libertad de contratación, respectivamente. Sobre esto, menciona que ambos derechos fundamentales no son contradictorios debido a que el derecho a la libertad de contratación no puede servir como un fundamento o pretexto para vulnerar el derecho a la igualdad y no discriminación, el cual es un principio esencial en una sociedad democrática (p. 3). En efecto, la autoridad de consumo consideró que no solamente el Estado está sujeto al mandato de no discriminación, sino que también los privados están sujetos al principio en mención, pues en una sociedad democrática no hay lugar para justificar la discriminación bajo el ejercicio de otro derecho fundamental. Al no existir una

contradicción entre ambos derechos fundamentales en mención, es necesario que ambos se vean en consonancia dentro de la regulación y su aplicación.

Mediante la Resolución N° 1029-2007/TDC-INDECOPI, la autoridad de consumo desarrolla el tipo infractor de la discriminación en relación a su regulación constitucional y señala lo siguiente respecto del trato lícito diferenciado: (i) que los consumidores que reciben un trato diferente se encuentren en diferentes situaciones de hecho, (ii) que el trato diferenciado responda a un propósito determinado, (iii) que el propósito sea de carácter razonable, (iv) que exista congruencia entre el trato desigual y el propósito determinado, y (v) que exista proporción entre el trato desigual y el propósito perseguido (Fundamento jurídico N.º 18). Posteriormente, mediante la Resolución N.º 421-2008/SC2-INDECOPI, la autoridad de consumo estableció que una conducta discriminatoria se acreditaría cuando se considere que los consumidores pertenecen a un grupo específico determinado por su raza, género, idioma, orientación sexual y demás en lo referido al artículo 2º.2 de la Constitución y que por una de estas razones se le niega el acceso a un bien o servicio (como se citó en Lee Kay Pen Risso, 2019, pp. 27-28).

En el año 2010 entró en vigencia el actual Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N.º 29571, (en adelante, el Código). Dentro de lo que respecta a la discriminación, el legislador optó por regularla de la siguiente forma en el artículo 38º del Código de Consumo:

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.

Siendo de esta forma, con la entrada en vigencia del Código se tipifica el actual tipo infractor sobre la discriminación en el marco jurídico peruano. Al respecto, la autoridad de consumo adoptó un criterio sobre la regulación del tipo infractor en el Código. En efecto, el Indecopi adoptó la postura mediante la cual se interpretó que el artículo 38° del Código regulaba dos conductas relacionadas a la discriminación. Estas son el trato diferenciado ilícito y la discriminación en el consumo.

Sobre el trato diferenciado ilícito, Delgado Capcha (2020) explica que nos encontramos ante esta conducta cuando se está frente a la selección de clientela, exclusión de personas y/o otras formas de actuar referentes o similares sin que medien razones objetivas ni justificadas. Por su parte, la discriminación en el consumo, sigue explicando el autor, consiste en que no se aplica las mismas condiciones comerciales a los consumidores en razón de la pertenencia a un grupo susceptible y vulnerable a la discriminación o a un grupo históricamente discriminado (p. 27-28). Es claro la diferencia entre ambos tipos infractores que el Indecopi consideró en un primer momento respecto de la tipificación de la figura de la discriminación en el Código. Esencialmente, se trata de trato diferenciado ilícito cuando uno se encuentra ante un supuesto en donde el proveedor aplica de manera diferenciada condiciones comerciales por razones que no estén relacionadas a la pertenencia del consumidor a un grupo vulnerable a la discriminación o a un grupo históricamente discriminado. Siendo estas razones injustificadas y que no responden a un estándar de objetividad.

Esto cambió a partir del año 2019, en donde el Indecopi cambió de criterio respecto de la tipificación de la discriminación en el Código. Efectivamente, mediante la Resolución N.º 2025-2019/SPC-INDECOPI se estableció que el Código, en su artículo 38°, tipifica un mismo tipo infractor y debe entenderse que las figuras del trato diferenciado ilícito y la discriminación constituyen una sola figura, la figura de la discriminación en el consumo (fundamento jurídico 27.). A partir de este cambio de criterio, el Indecopi consideró que todos los casos en lo que se vea afectado el derecho a la igualdad y no discriminación de los

consumidores se trata de casos de discriminación en el consumo. De esta forma, si en un determinado caso se detecta la pertenencia del agraviado a un grupo históricamente discriminado o si se da por razones que responden a motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico, la autoridad debe sancionar con una mayor rigurosidad, pues se trata de una situación agravante.

A raíz de este cambio, hoy en día los casos de discriminación son vistos, por la autoridad de consumo, desde esta perspectiva propuesta por el cambio de criterio que se adoptó. En el siguiente apartado se desarrollará el análisis de ambos criterios adoptados por el Indecopi y su implicancia en el Derecho de la protección al consumidor.

II. CAMBIO DE CRITERIO SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO

II.1. Adopción del nuevo criterio del INDECOPI sobre la tipificación de la discriminación

Como se ha mencionado anteriormente, a partir de la Resolución 2025-2019/SPC-INDECOPI se dio el cambio de criterio sobre la tipificación de la discriminación en el Código, sobre esto se tiene el Fundamento N.º 26 y N.º 27 de la resolución mencionada:

26. (...) el artículo 2 de la Constitución y el artículo 38 del Código no realizan una diferenciación de carácter normativo entre trato diferenciado y discriminación, este Colegiado ha considerado pertinente reevaluar el criterio empleado; y, consecuentemente, sostener que el tipo infractor contenido en el citado artículo 38 debe ser entendido como una única figura jurídica que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad y que se materialice a través de un trato discriminatorio hacia los consumidores.

27. (...) la Sala establece un cambio de criterio en relación al modo en el que deben analizarse las conductas donde exista un trato desigual que no se

encuentre justificado de manera objetiva y razonable, entendiéndose que ello bastará para configurar un acto discriminatorio (...)

De lo señalado por la autoridad de consumo en la resolución, entonces, se aprecia que el criterio nuevo se entiende a modo de que el artículo 38° del mismo cuerpo normativo desarrolla la tipificación de una conducta única y no como dos conductas infractoras distintas, tal y como se venía interpretando anteriormente en distintos casos de discriminación en el consumo visto por el Indecopi. A partir de este cambio, todas las conductas que atentaran contra el derecho a la igualdad y no discriminación de los consumidores se debe entender como un acto de discriminación, siendo que el trato diferenciado ilícito ya no se contempla ni se desprende de la regulación del artículo 38° en mención.

Respecto de las motivaciones distintas que podría existir ante un trato discriminatorio, la misma resolución que se menciona rescata lo siguiente en el Fundamento N.º 28:

28. Es importante recalcar que el razonamiento planteado en este pronunciamiento no implica desconocer que existen actos de discriminación en el consumo más graves que otros, dado que es posible que se configure un trato desigual que implique un mayor grado de afectación a la dignidad de una persona (por ejemplo, en casos donde la discriminación se origine por temas vinculados a raza, orientación sexual u otros motivos similares), lo cual deberá ser meritado al momento de graduar la sanción.

De lo que se observa del razonamiento de la Sala, aquellas conductas infractoras que atente contra el principio de igualdad, transversal a todo el sistema jurídico, y que se base en una característica inherente de la persona, constituiría un acto de mayor de gravedad que, consecuentemente, debería acarrear una sanción más severa. En efecto, se considera un atino respecto al nuevo criterio el no desconocer la existencia de situaciones en donde la discriminación puede resultar más grave en contra de la propia persona.

Sobre el principal efecto que se dio con el cambio de criterio del Indecopi, aquellos casos en donde se atente contra el principio de igualdad y no discriminación se abordaron de forma distinta a lo que se venía analizando

anteriormente. En este sentido, la autoridad de consumo, en aquellos casos en donde verifique la procedibilidad de apertura de un proceso administrativo sancionador, debe imputar el hecho infractor dentro de la conducta de discriminación bajo el artículo 38° del Código. Siendo de esta forma, discernir entre la figura del trato diferenciado ilícito o la figura de la discriminación como supuesto agravado ya no es más una carga para la autoridad administrativa. En este sentido, como ya no es necesario diferenciar entre los tipos de trato diferenciado ilícito y la discriminación, la autoridad administrativa imputa la infracción por discriminación de acuerdo a lo tipificado en el artículo 38 del Código, siendo que la gravedad de la infracción se mide de acuerdo a las características del caso en sí mismo y si es que incurre en algún grado de afectación hacia la dignidad de las personas.

A nuestro criterio, desde el aspecto procedimental se puede sostener que el nuevo criterio establecido sobre la discriminación simplifica el proceso de imputación de la infracción por parte de la autoridad administrativa. Este cambio que trajo consigo el nuevo criterio permite una menor complicación en la detección del tipo infractor y en la imputación del mismo, pues ya no se considera como tipo el trato diferenciado ilícito. Siendo que toda conducta dentro del mercado que atente contra la igualdad de los consumidores es de gravedad para el ordenamiento jurídico, el nuevo criterio establece nuevos parámetros que no solamente permiten una simplificación en el proceso de imputación de cargos a aquellos proveedores que incurran en actos contrarios al principio de igualdad y no discriminación, sino que también se contribuye con enviar un nuevo mensaje al mercado en donde se condene y sancione este tipo de conductas que distorsionan el mercado.

Sobre esto, las decisiones que toma la autoridad de consumo tienen repercusiones en el mercado. Con la sanción de ciertas conductas adoptadas en el mercado, se envía un mensaje claro el cual está enmarcado en el destierro de dichas conductas sancionadas. En relación a la discriminación, toda conducta contraria al principio de igualdad y no discriminación debe ser desterrada de toda práctica del mercado. De esta forma, la unificación de los tipos infractores con el nuevo criterio adoptado establece un mensaje en concreto en donde se condena

la discriminación en todas sus formas, sean graves en mayor o menor medida, siendo que se sanciona toda conducta contraria al principio de igualdad como figura jurídica única.

Dentro del ámbito de la finalidad de las sanciones, como se menciona, se concuerda con lo sostenido por Amaya Ayala (2019) en que “el tema de la discriminación en el consumo es un aspecto de la discriminación en general (...) que debe ser combatido a través de acciones afirmativas del Estado e incluso a través de sanciones administrativas o penales” (p. 616). Siguiendo esta línea de ideas, el nuevo criterio interpretativo establece una suerte de estándar que regula la conducta de los proveedores en donde se entienda que la discriminación es una conducta que debe ser erradicada en todas sus formas y, a nuestra consideración, contribuye con una asociación más simple de conductas contrarias al derecho a la igualdad de los consumidores con la figura jurídica única de la discriminación en el consumo.

II.2. Posiciones y consideraciones a raíz de la adopción del actual criterio

La igualdad y no discriminación es un tema transversal a todo el ordenamiento jurídico. En el caso de la discriminación en el consumo, la interpretación de la regulación sobre la materia ha tenido un cambio significativo en los últimos años en donde se ha obtenido reacciones tanto positivas como negativas. Para pasar a observar y comentar estas posiciones se debe tener en cuenta la incidencia de la discriminación en las relaciones de consumo, en qué manera se afecta al consumidor y qué tan grave puede llegar a ser.

Al respecto, Amaya Ayala (2019) ha desarrollado que “una figura especial en la que no se llega a configurar la relación de consumo, pero se afectan los derechos o intereses de los consumidores es la práctica de la discriminación” (p. 611), lo que señala la característica por la cual la figura de la discriminación se da antes de la configuración de la relación de consumo. De esta manera, se tiene que la discriminación suele ser un impedimento para que el consumidor acceda a una

relación de consumo dentro del mercado en donde pueda satisfacer alguna necesidad o necesidad en conjunto. Esto también se ve apoyado por lo desarrollado por Rejanovinschi (2017), quien sostiene que “en temas de consumo, la discriminación, sustentada en actuaciones subjetivas, no permite que los consumidores puedan acceder a productos o servicios determinados, o pone trabas” (p. 243).

Ahora bien, respecto de las opiniones a raíz del cambio de criterio interpretativo sobre la discriminación en el consumo, existen opiniones divididas en donde se considera tanto que el nuevo criterio ha sido un cambio positivo como también que este cambio trajo consigo confusión o que, incluso, es incorrecto. Sobre esto, tenemos la posición del autor Tirado Barrera (2021) quien desarrolla que “este nuevo criterio no es correcto, porque al unificar bajo el término discriminación a todo trato diferenciado, el resultado práctico será que los motivos verdaderamente graves (tales como raza, sexo o religión) resultarán asimilados a cualquier otra causa” (p. 64). Se observa que el autor considera que en los casos de gravedad como los que menciona se verían de cierta forma invisibilizados por el nuevo criterio por el cual toda conducta contraría al principio de igualdad constituiría discriminación.

Como puede entenderse, existiría el peligro que en estos casos de especial gravedad particular podrían verse afectados e invisibilizados debido a que toda conducta que en mayor o menor grado afecta la dignidad de las personas constituye la figura de la discriminación. En efecto, esta situación podría confirmarse de ser el caso en el que la autoridad, al momento de sancionar, no considere las diferencias pertinentes de cada caso en concreto y establezca una misma sanción para todos los casos de discriminación sin tener en cuenta la mayor gravedad que pueden tener algunos casos. Ciertamente, el nuevo criterio establecido no solamente interpreta a la discriminación como única figura jurídica, sino que no deja de reconocer aquellos casos de especial gravedad en donde se pueda verificar una afectación en mayor grado a la dignidad de los consumidores, lo que se deberá constatar y congruentemente tener en cuenta en la graduación de la sanción. Aquí es de vital importancia el rol de los órganos resolutores de primera instancia administrativa, quienes deben recabar toda la

información y medios probatorios necesarios para generar convicción respecto de la gravedad de la conducta infractora, pues de no diferenciar aquellos casos en donde se afecta la dignidad de los consumidores en mayor medida, sería invisibilizar los supuestos de mayor de gravedad y consecuentemente enviaría un mensaje erróneo al mercado.

Otras críticas que ha tenido la nueva interpretación del artículo 38 del Código es que “tanto discriminación como la afectación al derecho a la igualdad tienen que mantener contenidos diferentes porque tienen objetivos diferentes. Como ya he señalado, la discriminación tiene la importante tarea de visibilizar y sancionar prácticas denigratorias contra grupos humanos históricamente desfavorecidos y vulnerables” (Alor Osorio, 2021, p. 24). Asimismo, Gutierrez Quevedo (2020) postula un caso hipotético en donde a tres personas se les deniega el ingreso a un establecimiento comercial en donde a la primera se le denegó por una riña entre el dueño y el mismo; a la segunda, por su condición social; y a la tercera persona, por ser una persona transgénero (p. 19). De acuerdo al ejemplo, el autor menciona que la sanción que le corresponde al establecimiento por denegar el ingreso de la primera persona debería ser menor al de los otros dos casos, pues estas últimas se sustentan en un motivo prohibido. El problema estaría, el autor señala, en que no se han establecido ciertos parámetros que permitan diferenciar casos en los que el trato diferenciado se sustente en motivos prohibidos, tal y como se da en el segundo y tercer caso del ejemplo del autor en mención (p. 21).

De lo señalado hasta ahora, se puede observar que el nuevo criterio si bien establece un cambio interpretativo que puede llegar a ser positivo en ciertos aspectos procesales y generales, no llega a ser un nuevo criterio perfecto que no genere inconveniencias respecto de su aplicación. Se sostiene que en ciertos aspectos el establecimiento del nuevo criterio no ha tomado en cuenta los problemas que podría generar, pues respecto de la graduación de la sanción no queda claro como diferenciar aquellos supuestos donde medien conductas contrarias a la dignidad del consumidor. En efecto, no se establece un parámetro específico en donde se establezca que aquellas conductas en donde se verifique la vulneración de la dignidad de la persona se sancionarán con determinada

magnitud. El nuevo criterio únicamente señala que se graduará la sanción de acuerdo al grado de afectación de la dignidad del consumidor; no obstante, no señala una escala de sanción y deja al libre criterio y discreción del órgano resolutorio de turno en señalar una sanción que probablemente no cumpla un parámetro objetivo.

Al respecto, surgen algunas dudas respecto a si existe una diferencia entre aquellos casos en donde se incurre en un determinado motivo prohibido y en otros casos en donde se incurre en otro motivo prohibido. En estos casos, ¿cómo debe actuar la autoridad de consumo? ¿Uno es más grave que el otro? ¿Acaso el órgano resolutorio de primera instancia tendría la potestad de establecer sanciones más graves que otros respecto de aquellos casos que incurren en distintos motivos prohibidos? Hasta el momento la autoridad de consumo, pese a las distintas críticas y dudas señaladas a raíz del nuevo criterio interpretativo no se ha pronunciado o hecho algún cambio significativo respecto a la tipificación de la discriminación. Siendo que esta conducta reprochable es contraria al mismo modelo económico y tiene importantes repercusiones dentro del mercado, el Indecopi no ha establecido un precedente de observancia obligatoria en donde aclare las distintas dudas que razonablemente surgen a partir de la aplicación del nuevo criterio sobre la tipificación de la discriminación en el Código de Consumo. Al ser la discriminación un mal social que tiene un alto impacto en el desarrollo de la vida de los consumidores, no se esclarece la situación ambigua que se ha generado en ciertos aspectos de la aplicación del nuevo criterio en mención.

Dentro de lo que es la protección de los intereses de los consumidores, se considera que la autoridad de consumo debería pronunciarse y establecer un criterio que aclare y subsane las dudas y críticas surgidas a partir del nuevo cambio interpretativo, pues lo ideal dentro de la erradicación de la discriminación es mejorar, simplificar y clarificar los procedimientos sancionatorios de las conductas discriminatorias en los que pueda incurrir ciertos proveedores dentro del mercado. De esta forma, se tiene que el modelo económico de la Economía Social de Mercado cumpla con garantizar el desarrollo de las personas, así como sus libertades económicas, pero siempre con respeto de su dignidad.

III. IMPACTO DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL CONSUMO EN LA SOCIEDAD

III.1. Régimen económico

A lo largo de la historia de las diversas Constituciones Políticas adoptadas por el Perú, se ha ido adoptando distintos modelos económicos que rijan la vida socioeconómica y política de la nación. Actualmente, el modelo económico que se encuentra vigente dentro de la Carta Magna actual es el modelo de la Economía Social de Mercado (en adelante, la ESM). Dentro del conocido artículo 58° de la Constitución del año 1993 se regula lo siguiente: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. Del fragmento mencionado se desprende que (i) se establece el carácter libre de la iniciativa privada y que (ii) es ejercida en una economía social de mercado. Esto último adopta una relevancia en particular debido a que son los pilares por medio de los cuales se asienta el modelo económico vigente.

Relacionando de manera sistemática con el artículo 61° del cuerpo constitucional, se establece que: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”. En este sentido, se enfatiza el papel del Estado en la promoción y vigilancia de la libre competencia, así como en sancionar todos aquellos actos o prácticas que restrinjan la libre competencia y que abuse de una posición dominante. Queda claro, entonces, que el Estado tiene un rol definido de defensa de la libre competencia y aseguramiento del cumplimiento de las normas referentes a las mismas dentro del margen de actuación de los agentes económicos que participan en la economía nacional.

Siendo que ambos artículos en mención son de suma importancia, claramente sin dejar de lado los demás artículos del capítulo económico de la Constitución, claramente se ha optado por un modelo por el cual el Estado tiene por economía una de carácter social que se encuentra orientada hacia el desarrollo de la sociedad y asegura el carácter de la libertad de la iniciativa privada, bajo el fomento y vigilancia de la libre competencia.

Del mismo modo, el modelo vigente asegura también ciertos derechos con carácter económico esenciales para el desarrollo y desenvolvimiento de la economía dentro del territorio peruano. La promoción de estas libertades económicas es parte del grueso constitucional de los derechos fundamentales de las personas. De esta forma, se sostiene que la vida económica que la Constitución garantiza es aquella en la cual ciertos preceptos de carácter social y determinadas libertades económicas encuentran un punto en común en donde se desenvuelven en favor del desarrollo y bienestar social, económico y político de la sociedad. Siendo así, el rol del Estado frente al escenario económico de la nación no es de carácter pasivo u observador de las distintas dinámicas económicas que se puedan dar, sino que el rol adopta una especial relevancia de uno de carácter activo, garante y supervisor. Esto último se justifica en la idea planteada por el autor Álvarez Miranda (2014) sobre el tema: “la Economía Social de Mercado se rige bajo la lógica de tanto mercado como sea posible y tanta intervención estatal como sea necesaria. (...) esto supuso otorgarle un rol fundamental al estado para impulsar, en igual medida el crecimiento económico y priorizar, a partir de ello, el desarrollo de espacios sociales igualmente importantes” (p. 263).

Acerca de las consideraciones del Supremo Intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) ha hecho precisiones y se ha pronunciado sobre el modelo de la ESM. El órgano constitucional considera que la ESM es un modelo que representa los valores constitucionales de la libertad y la justicia, lo que compatibiliza dicho modelo con los fundamentos esenciales que inspiran a un Estado de carácter social y democrático de derecho. En efecto, la ESM es un presupuesto del Estado Constitucional y aparece como una tercera vía entre el capitalismo y el socialismo. De esta forma, debido al carácter social

del modelo económico, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas (Sentencia recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 16). De acuerdo con lo desarrollado hasta ahora, la ESM es una característica inherente a lo que es el Estado Constitucional de Derecho, en donde los pilares constitucionales básicos que sostienen dicho modelo son la libertad y la justicia, lo que es concordado con la actuación del Estado bajo ciertos parámetros ante las actividades económicas dentro de la sociedad.

Respecto de la libre iniciativa privada, el TC desarrolla que es el derecho fundamental de toda persona a participar de forma asociada o de forma individual en la vida económica de la sociedad, lo que conlleva a que toda persona natural o jurídica ostenta el derecho a emprender y desarrollar con autonomía plena la actividad económica que elija (Sentencia recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 17). Ciertamente, este derecho fundamental que garantiza la ESM es lo que permite a la población el participar de las dinámicas económicas que se desarrollan dentro de la economía nacional, siendo que es de plena libertad la elección de en qué rubro se participará, en qué estrategia se basará dicha participación en la economía y en qué medida se dará dicha participación. La importancia de este derecho destaca en que nadie puede ser privado o discriminado de participar en la economía de la nación, lo que genera un presupuesto de igualdad de condiciones en todas aquellas situaciones en donde se pueda comprobar que una semejanza. Es necesario destacar que el TC menciona, en la misma Sentencia que se ha citado, que no se puede dejar de precisar que el ordenamiento protege la libre iniciativa privada contra la injerencia de los poderes públicos en relación a lo que se considera como privativo de la autodeterminación de los particulares (fundamento jurídico 18).

En la misma línea de ideas, la actuación del Estado, pues, debe estar encaminada al aseguramiento del derecho fundamental a la libre iniciativa privada, siendo que dicha actuación no debe ser privativa del ejercicio del derecho en mención. En este sentido, toda intervención que tenga el Estado en la vida económica, bajo el régimen de la ESM, no puede ser una de tal carácter

que no se justifique en los principios sociales que el régimen económico persigue. El autor Velarde Koechlin (2021) enfatiza la idea de que “el modelo de economía social de mercado significa la aplicación de un libre mercado como regla general y, excepcionalmente, el Estado regulará determinados sectores que, por su importancia o trascendencia, deben ser regulados o supervisados, como los servicios públicos” (p. 155). En este aspecto, se observa una intervención necesaria por parte del Estado en la regulación del régimen de los servicios públicos, por ejemplo, en donde el aseguramiento en paridad de condiciones a la generalidad de la sociedad es una garantía que persigue y es compatible con el modelo de la ESM. En lo que respecta al régimen económico vigente, es totalmente válido que la libre iniciativa privada se vea regulada y, en cierto sentido, se vea restringido bajo los parámetros normativos que regulan la materia, con la finalidad de perseguir el bien común de la sociedad.

Sobre la libertad de empresa como derecho fundamental, todos los particulares tienen como parte de sus garantías y libertades económicas el derecho a la libertad de empresa, por medio de la cual se garantiza que se pueda desarrollar actividad empresarial en la formas en las que la ley lo permite. A manera general, la libertad de empresa “protege la autodeterminación de cualquier persona de desarrollar, en sus variadas formas, actividad empresarial. Ello implica la elección del sector de la actividad económica (...) y la forma en la que la misma se realizará” (Landa Arroyo, 2017, p. 127). Siendo de esta forma, el derecho a la libertad de empresa establece como garantía del modelo económico vigente la libertad de autodeterminación de la actividad empresarial de su preferencia y la forma empresarial en la que se decide optar. La importancia del derecho en mención radica en que se relaciona con la libre iniciativa privada y en conjunto desarrollan el ámbito de libertades que pueden tener los particulares y su participación de la economía de la nación.

III.2. Afectación de la discriminación en el modelo económico vigente

Dentro de la sociedad en sí misma, uno de los factores que permiten su continuidad es la creación del Derecho y su adaptabilidad a los cambios sociales que se han venido dando a lo largo del desarrollo de la misma. En efecto, el Derecho es una herramienta que permite y habilita la convivencia en sociedad, la cual implica que debe tener un índice de adaptabilidad frente a los progresos y cambios sociales, culturales, económicos, políticos y de otras índoles. En concreto, el Derecho responde a los distintos cambios que pueden darse dentro de una sociedad, siendo que permite que el marco normativo pueda responder a estos cambios inherentes a toda sociedad. En relación a la discriminación, es un hecho que este fenómeno social es un mal que existe en la sociedad peruana como tal y son variadas y distintas las formas en las que la discriminación se encuentra presente hoy en día. Acerca de los tipos de discriminación que pueden existir, es variada los motivos por los cuales podría existir discriminación contra cierto grupo poblacional en la sociedad. Puede existir discriminación por razón de raza, género, edad, orientación política, religión, procedencia, condición económica y entre otros muchos motivos. Lo que sí es cierto es que los motivos por los cuales podría darse la discriminación son variados y no son una lista cerrada.

En cierto aspecto, el efecto principal de la discriminación en la sociedad es la afectación a la dignidad de las personas, el cual es una característica fundamental de toda sociedad: el respeto a la dignidad de cada uno es característico de todo Estado democrático de Derecho. A decir de la Constitución Política del Perú, en su artículo 1º se establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En este sentido, la dignidad humana es un principio fundamental para el Estado peruano, siendo que la dignidad es transversal y se encuentra en la expresión de los derechos fundamentales de cada una de las personas. En este sentido, la discriminación como acto es una práctica que debe ser repudiada por todo ordenamiento jurídico. Al ser contraria en todo aspecto a la dignidad de las personas, la discriminación es una práctica que debe ser erradicada y que toma una seriedad que no solamente afecta la dignidad, sino que va ligada con la afectación del ejercicio de otros derechos fundamentales y con el aspecto de

desarrollo de vida de las personas que se ven afectadas. Por traer en mención un ejemplo sobre esto último, se puede dar la situación en donde a una persona no se le permita acceder a un seguro de salud con el cual pueda cubrir sus necesidades referentes a la salud de la persona misma. En este caso, al negarse el acceso por motivos raciales, de condición económica, por discapacidad o por cualquier otra índole se afecta a la dignidad de la persona y, a su vez, se afecta el ejercicio de otro derecho fundamental como es el derecho a la salud. Entonces, la discriminación está ligada siempre a la afectación de la dignidad y a la de otros derechos fundamentales.

En el mismo orden de ideas, la discriminación es un mal que se puede dar de forma estructural. En efecto, ciertas desigualdades en distintos sectores de la población se pueden ver afectada de tal medida que genere situaciones discriminatorias generadas por ciertas condiciones estructurales de la sociedad. Piénsese en la situación, que no es ajena a nuestra realidad, en que no todas las veredas de las ciudades tienen rampas para las personas que utilizan silla de ruedas. Por otro lado, piénsese en la cantidad de horas en las que la niñez que forma parte de las zonas rurales invierte en caminar para poder llegar a sus colegios y así poder acceder a una educación. Estos ejemplos generales retratan que las condiciones estructurales de una sociedad pueden generar una situación en la cual el Estado no puede ser ajeno. Efectivamente, la discriminación estructural puede darse en distintos aspectos económicos y, como se ha retratado, la discriminación puede afectar de forma diferente en los distintos sectores socioeconómicos de la sociedad. Es válido afirmar que la discriminación tiene repercusiones negativas gran variedad de ámbitos, donde uno de ellos es el espacio socioeconómico: la discriminación tiene consecuencias que son perjudiciales tanto para la población como también para la economía.

Ahora bien, se destaca que la discriminación implica una afectación que va ligada no solamente a la dignidad de la persona, sino que también afecta el ámbito de otros derechos fundamentales y que se puede dar en distintos aspectos, generando así consecuencias en gran variedad de ámbitos. A esto se le puede agregar lo que es el tema de la vulnerabilidad de ciertos sectores de la población y su relación con la protección al consumidor. Ya se ha desarrollado que la

Constitución adopta una posición en donde considera que el consumidor o usuario se encuentra en desventaja frente al proveedor: esta desventaja se manifiesta en la asimetría informativa y en la asimetría económica. En este sentido, de lo regulado en el artículo 65° de la Constitución el Estado adopta cierto rol en donde:

Resulta claro comprender que es una interpretación constitucionalmente incorrecta sostener que a las entidades estatales les corresponde jugar un rol neutral o arbitral en aquellas situaciones en que se encuentre en juego los derechos de los consumidores (...) la Constitución impone, directamente, una función de defensa, promoción y protección (...) (Tirado Barrera, 2021, p. 29).

En este sentido, el Estado adopta este rol protector hacia el consumidor, lo que deja en claro la existencia de una posición en desventaja del consumidor frente al proveedor. Acerca de esto último, la vulnerabilidad de los consumidores, se sostiene, radica en esta desventaja existente del consumidor frente al proveedor. Esto se relaciona a su vez en este mandato constitucional de protección especial hacia al consumidor o usuario reconocido en el ordenamiento jurídico peruano. De este modo, el reconocimiento de esta situación asimétrica en mención permite reconocer que el consumidor ostenta un grado de vulnerabilidad frente al proveedor. Es necesario mencionar del mismo modo que dentro de la población existen sectores que son susceptibles a la vulnerabilidad en mayor medida. Esta mayor susceptibilidad genera que estos sectores sientan el impacto de la desigualdad con mayor dureza, tal y como es el caso de ciertos grupos de la población que han sido históricamente discriminados.

III.3. Reflexiones sobre el impacto de la discriminación en el consumo

Como se ha visto a lo largo de lo desarrollado, la discriminación es un fenómeno negativo y perjudicial existente en la sociedad peruana que afecta y retumba fuertemente en distintos ámbitos de la población. El Derecho como herramienta de convivencia social no es ajena a esta realidad. La interpretación de la normativa de protección al Consumidor en lo que respecta a la discriminación ha

sufrido un cambio que trajo ciertos comentarios a favor y en contra. A la luz de lo desarrollado en los acápite anteriores, la interpretación sobre la tipificación de la discriminación en el Código ha resultado positivo respecto a la erradicación de las prácticas discriminatorias dentro de las dinámicas del mercado. A continuación, se abordará el porqué de esta afirmación respecto al cambio del criterio de la autoridad administrativa encargada de sancionar las prácticas discriminatorias en el mercado, el Indecopi.

No es ajeno a la realidad de la sociedad peruana que las prácticas discriminatorias siguen presentes dentro de las dinámicas económicas del mercado. Sin duda alguna, la discriminación es un tema de importancia dentro de la economía de la sociedad y es una realidad que necesita ser cambiado. En efecto, la discriminación afecta gravemente la economía a tal punto de generar una distorsión en el mercado que no hace más que generar efectos adversos en contra de los consumidores y su acceso a los distintos productos y servicios que se oferten en el mercado.

En sí, la discriminación evita que las personas que sufren y se ven afectadas por estas prácticas negativas no lleguen a acceder a la oferta de los productos y servicios en el mercado. Esto genera que como una de las tantas consecuencias se acceda en menor medida a las ofertas del mercado, lo que genera una distorsión que podría afectar a la economía en pequeña o gran escala dependiendo de la magnitud de la práctica discriminatoria y a cuantos consumidores afecte. En esta afirmación, también se comprueba que las personas que son afectadas por la discriminación y no acceden al producto o servicio requerido, ven afectadas del mismo modo no solo a su dignidad, sino que también al ejercicio de otros derechos que estén relacionados al consumidor. Es de esta forma que al ser que cierto sector de los consumidores no puede acceder, en mayor o menor medida, a productos y servicios, se ve afectada la competencia, pues menos personas acceden a distintos productos y servicios. Por entonces, la discriminación sí tiene repercusiones en distintos ámbitos de la sociedad y se comprueba que sí puede llegar a tener incidencia en el aspecto económico. Logra afectar a los consumidores y, a su vez, llega a generar una

distorsión en el mercado que afecta la competencia y el acceso de los consumidores a las ofertas del mercado.

Siendo una problemática que va más allá de la forma en la que se tipifica, la discriminación es un tema presente en la realidad y que genera graves consecuencias en diferentes ámbitos de la sociedad como tal y, de acuerdo a lo desarrollado, es totalmente incompatible con un Estado que ha adoptado a la ESM como modelo económico vigente. Del mismo modo, al ser que la discriminación genera una distorsión en el mercado, se debe adoptar todas las medidas posibles para corregir esta mala práctica que afecta a los consumidores y que está presente aún en la sociedad. En este sentido, las normas de protección al consumidor deben ir a la par de las necesidades de los consumidores y de la sociedad, en donde la posición de asimetría presente entre la relación proveedor-consumidor en desventaja de este último puede acrecentar las consecuencias negativas en razón de su condición de vulnerabilidad frente al proveedor.

Respecto al cambio de criterio del Indecopi sobre la tipificación de la discriminación en el Código de Consumo, es necesario que las normas sobre la materia se interpreten de acuerdo al contexto de la realidad en atención al mandato de protección especial hacia los consumidores por parte del Estado. Respetando los límites del principio de legalidad y razonabilidad, la nueva interpretación sobre el artículo 38° del Código realiza una simplificación de la interpretación de la conducta infractora de la discriminación. Esto genera que se tenga una interpretación clara sobre la conducta infractora concorde al contexto de la realidad en la sociedad peruana. Es por esto que este cambio de criterio cobra sentido porque la discriminación genera un perjuicio para la sociedad y la economía, al ser una conducta que genera una distorsión en el mercado, afecta la dignidad y otros derechos fundamentales y tiene repercusiones negativas en distintos ámbitos de la sociedad.

Ahora bien, si bien se sostiene que el cambio de criterio de la interpretación de la tipificación de la discriminación en el Código de Consumo es adecuado, se considera, al mismo tiempo, que la autoridad administrativa desperdició una

clara oportunidad para clarificar las distintas dudas, críticas e incertidumbre que pudo haber generado dicho cambio de criterio. En efecto, se dejó pasar la oportunidad de establecer un precedente de observancia obligatoria respecto a la interpretación de la discriminación en el artículo 38° en mención. Se considera el establecimiento de un precedente de observancia obligatoria también hubiese contribuido con unificar los criterios sancionatorios e interpretativos a nivel nacional sobre la discriminación en el consumo. Quizá la crítica hacia la autoridad de consumo, el Indecopi, va más allá de su papel en el cambio de criterio interpretativo sobre la discriminación, pues no tuvo un rol activo respecto a un cambio que pueda corregir y erradicar esta conducta que es tan grave y perjudicial para los consumidores y para las dinámicas del mercado. No cabe duda que el cambio interpretativo materia del presente artículo ha sido un paso positivo para la erradicación de estas prácticas negativas. La discriminación en el consumo es sin duda un tema de especial relevancia e impacto que sigue vigente en distintos sectores de la sociedad y no puede ser dejado de lado por parte de nuestra autoridad de consumo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A lo largo de lo desarrollado líneas arriba, se ha podido observar el tratamiento de la problemática de la discriminación en el consumo dentro del marco normativo peruano a lo largo del tiempo. En un primer momento, la discriminación en el consumo no estaba regulada en la legislación de protección al consumidor, siendo que distintas situaciones discriminatorias que afectarían a los consumidores no podían ser sancionados por la autoridad administrativa de consumo. Después de la coyuntura en la que se dio la incorporación de la figura de la discriminación en el consumo, estos actos condenables comenzaron a ser investigados y sancionados. Esta incorporación es sin duda alguna un gran avance en contra de la lucha contra todas las formas de discriminación dentro de un contexto social como el peruano.

Como bien se ha desarrollado, el Indecopi, desde la vigencia del nuevo Código de Consumo en el año 2010, ha tenido dos criterios sobre la interpretación de la tipificación de la discriminación en el consumo. El primer criterio distingue entre trato diferenciado ilícito y discriminación como figura agravada; mientras que el segundo criterio, en cambio, no realiza esta distinción y considera todo acto en contra del principio de igualdad como discriminación. Todo esto a la luz del artículo 38° del Código de Consumo. Es cierto que este nuevo criterio interpretativo aplicado por la autoridad de consumo ha sido objeto de distintas críticas por distintos sectores de la sociedad. Algunos afirman el desatino de la autoridad al eliminar el trato diferenciado ilícito, otros aseguran que el nuevo criterio invisibiliza aquellos casos de especial gravedad ante la eliminación de la figura base del trato diferenciado ilícito. Lo cierto es que a raíz de este cambio de criterio se refuerza de cierto modo la actividad fiscalizadora y sancionadora que debe adoptar la autoridad de consumo, sin exponer ante una inseguridad jurídica al administrado. En efecto, se debe resaltar el papel importante de los órganos resolutivos de primera instancia y su deber minucioso de investigar, recabar información y medios probatorios que den cuenta de la gravedad de la infracción en cada caso en particular. De esta manera, se evita que aquellos casos de discriminación en el consumo de mayor gravedad sean invisibilizados, a su vez que se sigue un estándar rígido sobre la determinación de la sanción.

Del mismo modo, es válido concluir que la discriminación en el consumo tiene un fuerte impacto en distintos sectores de la sociedad, siendo que llega a tener repercusión en los consumidores de forma tal que genera a aquellos que sufren de este mal un acceso distorsionado al mercado. Esto se entiende como una afectación hacia los consumidores quienes, en mayor o menor escala, se ven impedidos de acceder a determinadas ofertas del mercado, lo que implica una afectación no solamente a su dignidad, sino que también hacia otros derechos relacionados de los consumidores. Siendo que se afecta el acceso de los consumidores, sea a mayor o menor escala, también se tiene un impacto en la competencia debido a que un menor número de consumidores acceden a determinadas ofertas y su situación se ve truncada. La discriminación en el

consumo, en sí, es una afectación profundamente seria para los consumidores que no es solitaria, sino que tiene incidencia y afecta otras áreas de la sociedad.

Siendo que la discriminación en el consumo es una problemática de carácter trascendental y que va más allá de su propio ámbito, es importante reconocer que la discriminación en el consumo trasciende a otros ámbitos de la sociedad y es incompatible en todo extremo con el modelo económico vigente de la ESM. Es necesario que el Estado adopte un rol activo que haga frente a este tipo de conductas reprochables y que afectan gravemente la dignidad de los consumidores y la economía nacional. Es fundamental que la normativa en protección al consumidor vaya a la par de las necesidades del consumidor y de la sociedad, teniendo en cuenta la condición de vulnerabilidad del consumidor frente al proveedor en razón de la relación asimétrica existente. Si bien se sostiene que el cambio de criterio interpretativo ha sido adecuado, se sostiene también que el Indecopi dejó la oportunidad de adoptar un rol activo frente a la clarificación de las dudas y críticas que generó dicho cambio de criterio sobre la discriminación en el consumo. Al respecto, se considera que la vía de establecer un precedente de observancia obligatoria contribuiría con una mayor solvencia a la hora de aplicar el nuevo criterio, siendo que se da una especial atención a la investigación y sanción de esta conducta infractora tan perjudicial para los consumidores y las distintas dinámicas del mercado.

Finalmente, no se debe dejar de reforzar la idea de que el cambio de criterio interpretativo ha sido un avance positivo para luchar contra la discriminación en el consumo. Sin embargo, la autoridad de consumo, a su vez, no debe dejar de lado esta lucha para erradicar este mal y debe adoptar un rol activo frente a las dudas y críticas que trajo consigo su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alor Osorio, B. J. (2021). *Informe sobre Sentencia o Resolución No 2025-2019/SPC-INDECOPI* [Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado]. Pontificia Universidad Católica del Perú
- Álvarez Miranda, E. (2014). El modelo económico de la Constitución Peruana. *Ius Et Veritas*, (48), 256-269.
- Amaya Ayala, L. R. (2019). Del racismo a la discriminación en la actualidad. En *Tratado de protección y defensa del consumidor* (Primera ed., pp. 605-619). Lima: Instituto Pacífico.
- Delgado Capcha, R. (2020). *Una mirada global a la discriminación en el consumo. Jurisprudencia del Indecopi*. (Primera ed.). Lima: Indecopi. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7918>
- Gutierrez Quevedo, J. F. (2020). El errado cambio de criterio del INDECOPI: Cuando la cura resulta peor que la enfermedad [Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor].
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. (Primera ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP
- Lee Kay Pen Risso, A. (2019). *Discriminación en el consumo y trato ilícito diferenciado: Un intento de clarificación*. [Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rejanovinschi Talledo, M. (2017). Hacia la protección del consumidor en la Comunidad Andina. En *Anuario de Investigación del CICAJ* (Primera ed., pp. 213-265). CICAJ-DAD.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/110982/Texto%20completo.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Tirado Barrera, J. A. (2021). Protección del consumidor (Primera ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.

Vasquez Lara, F. (2023). *Discriminación en el consumo de seguros: una mirada a la resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI*. [Trabajo Académico para optar el título de Abogado]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Velarde Koechlin, L. F. (2021). Entendiendo los conceptos constitucionales de libre iniciativa privada y economía social de mercado. *Ius Et Praxis*, (52), 147-161. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lus_et_Praxis/article/view/4966

