

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



Nuevas consideraciones sobre discriminación y trato
diferenciado en servicios de salud a partir del Caso Céliz

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho de la
Propiedad Intelectual y de la Competencia
que presenta:

Joel Christopher Diaz Caceda

Asesor:

Raúl Roy Solórzano Solórzano

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, Raúl Roy Solórzano Solórzano, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis “Nuevas consideraciones sobre discriminación y trato diferenciado en servicios de salud a partir del Caso Céliz”, del autor Joel Christopher Diaz Cáceda, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 22%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 11/04/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 11 de abril de 2024

Apellidos y nombres del asesor: Solórzano Solórzano, Raúl Roy	
DNI: 09998199	
ORCID: 0000-0002-3580-7109	
Firma	

Dedico el presente trabajo a mi madre Aurora Cáceda Chávez
y mi prima Guadalupe Suárez Díaz (†),
por su apoyo incondicional a lo largo de mi vida profesional.



RESUMEN

Uno de los derechos fundamentales más importantes que se han desarrollado a lo largo del siglo XX ha sido el derecho a no ser discriminado, íntimamente vinculado con el concepto de trato diferenciado; sin embargo, el referido derecho a no ser discriminado no se encuentra aislado en el ámbito de los derechos humanos, sino debe ser analizado en concordancia con otros derechos, como es la libertad de contratar. El presente trabajo busca dar cuenta de un estudio sobre la discriminación y el trato diferenciado, con el objetivo de determinar, en el ámbito de los derechos fundamentales y en el ámbito jurisprudencial, si existe claridad respecto de ambos conceptos, haciendo especial énfasis en la jurisprudencia administrativa de la autoridad de consumo peruana, representada por el Tribunal del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. Para ello, analizaremos los derechos a no ser discriminado y a la libertad de contratación como bases teóricas necesarias desde el punto de vista de los Derechos Humanos, que serán fundamentales para analizar cómo se ha plasmado desde la jurisprudencia comparada, así como desde la jurisprudencia nacional constitucional y administrativa, el reconocimiento al derecho a no ser discriminado, para llegar finalmente a analizar el caso Céliz, el primer caso planteado en el Perú sobre discriminación en servicios médicos, que nos permitirá apreciar cuáles son los problemas prácticos a la hora de discernir entre conceptos vinculados con el derecho a la igualdad, así como proponer algunas reflexiones sobre la emisión de la jurisprudencia administrativa, tal como se está produciendo, de forma gradual, en la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI.

Palabras clave: discriminación, trato diferenciado, servicios de salud, Caso Céliz, Libertad de contratación, derechos humanos, derecho del consumidor.

ABSTRACT

One of the most important fundamental rights that have developed throughout the 20th century has been the right not to be discriminated against, intimately linked to the concept of differential treatment; however, the aforementioned right not to be discriminated against is not isolated in the realm of human rights, but must be analyzed in conjunction with other rights, such as the freedom to contract. This paper seeks to provide a study on discrimination and differential treatment, aiming to determine, within the scope of fundamental rights and jurisprudence, if there is clarity regarding both concepts, with a special emphasis on the administrative jurisprudence of the Peruvian consumer authority, represented by the Tribunal of the Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property - INDECOPI. To do so, we will analyze the rights not to be discriminated against and the freedom of contract as necessary theoretical foundations from the perspective of Human Rights, which will be essential to analyze how the recognition of the right not to be discriminated against has been reflected in comparative jurisprudence, as well as in national constitutional and administrative jurisprudence, to finally analyze the Céliz case, the first case raised in Peru regarding discrimination in medical services, which will allow us to appreciate what the practical problems are when discerning between concepts linked to the right to equality, as well as to propose some reflections on the issuance of administrative jurisprudence, as it is gradually occurring in the Competition Defense Chamber of INDECOPI.

Keywords: discrimination, differential treatment, health services, Céliz case, freedom of contract, human rights, consumer rights.

ÍNDICE

	Pág.
Dedicatoria	ii
Resumen	iii
Abstract	iv
Índice	v
Introducción	1
CAPÍTULO I	
EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO Y LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN	4
1.1. El derecho a no ser discriminado	4
1.2. Tipos de discriminación	7
1.2.1. Discriminación directa	7
1.2.2. Discriminación indirecta	8
1.2.3. Discriminación positiva	9
1.3. La discriminación en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos	10
1.3.1 Declaración Universal de Derechos Humanos	11
.	
1.3.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	12
.	
1.3.3 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo	13
.	
1.4. La discriminación en los instrumentos regionales de protección de los Derechos Humanos	14
1.4.1 Convención Americana de Derechos Humanos	14
.	
1.4.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos	15
.	
1.5. Libertad de contratación como derecho fundamental	17

1.5.1	La libertad de contratación como derecho	17
1.5.2	Límites a la libertad contractual	18
1.5.3	Derecho a la salud y libertad contractual: el funcionamiento del mercado de seguros en el Perú.	19

CAPÍTULO II

JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE NO DISCRIMINACIÓN	24	
2.1.	El test de proporcionalidad o ponderación de los derechos fundamentales como punto de partida	24
2.2.	Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: el caso Furlán	25
2.3.	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	27
2.3.1.	Caso Chacón Navas	27
2.3.2.	Caso Coleman	28
2.4.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano	29
2.4.1.	Expediente N° 0048-2004-PI/TC (José Miguel Morales Dasso vs Congreso de la República)	29
2.4.2.	Expediente N° 3081-2007-PA/TC (R.J.S.A. Vda. de R. vs. Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima)	30
2.4.3.	Expediente N° 5652-2007-PA/TC (Rosa Bethzabé Gambini Vidal vs. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima)	31
2.4.4.	Expediente N° 2437-2013-PA/TC (Caso Perros Guías)	33

CAPÍTULO III	
EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR PERUANO	34
3.1. Normativa aplicable en materia de protección al consumidor	34
3.1.1. Constitución Política del Perú	34
3.1.2. Código de Protección y Defensa del Consumidor	36
3.2. Jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI sobre discriminación	38
3.2.1 Discriminación y trato diferenciado	39
3.2.2 Discriminación por identidad sexual	47
3.2.3 Discriminación por discapacidad	54
CAPÍTULO IV	
DISCRIMINACIÓN Y NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR EN EL CASO CÉLIZ	65
4.1. Antecedentes y puntos controvertidos del presente caso	65
4.2. Los pronunciamientos emitidos	66
4.2.1. Sobre la configuración de un acto de discriminación	66
4.2.2. Sobre la configuración de un trato diferenciado	69
4.2.3. Sobre la inexistencia de infracción alguna	71
4.3. Existencia de discriminación o trato diferenciado en el caso Céliz	73
4.4. La jurisprudencia del INDECOPI luego del Caso Céliz	79
4.5. Propuesta normativa sobre discriminación y trato diferenciado	84
4.5.1. Fórmula legal	85
4.5.2. Exposición de motivos	85
4.5.3. Esquema de aplicación operativa	90
4.5.4. Análisis Costo-Beneficio	92
4.5.5. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional	92
Conclusiones	94
Referencias bibliográficas	98

INTRODUCCIÓN

El derecho a no ser discriminado cobró la importancia que tiene ahora desde la segunda mitad del siglo XX, cuando la violencia de la Segunda Guerra Mundial mostró los horrores de marcar al “otro” como un ser distinto a nosotros, quitar a un grupo, por determinadas peculiaridades, el carácter de “ser humano”, con las funestas consecuencias que ello genera.

Esa afectación a la dignidad del hombre –entendiéndolo como individuo que desenvuelve distintos aspectos de su vida enmarcado en una colectividad-, a la esencia propia que hace único al ser humano frente a los demás seres vivos en el planeta Tierra, es precisamente lo que las legislaciones de la mayor parte de los países del mundo buscan combatir: apreciando los distintos instrumentos internacionales como la Declaración de San Francisco y la Carta de Bogotá en la década de los años cuarenta del siglo pasado a las constituciones de cada país, han hecho hincapié en la necesidad de salvaguardar a los colectivos o grupos dentro de una misma sociedad, por cuanto son expresión en la que el individuo puede desenvolverse.

Ahora bien, el carácter subjetivo de la discriminación se manifiesta en todos los actores del mercado, proveedores y consumidores, siendo relevante en este contexto la existencia de discriminación de parte de los primeros frente a los segundos, los mismos que se ven afectados por la irracionalidad de los actos cometidos para negar el acceso a servicios o la adquisición de bienes.

Puede parecer ilógica dicha situación, pero es real y existe, ante la cual el derecho no puede ser indiferente, menos aun cuando hablamos de los derechos del consumidor, un ámbito en el cual se puede hacer –en base a casos emblemáticos- bastante explícita dicha subjetividad.

Ahora bien, es importante tutelar ello para los consumidores, por cuanto existe un derecho de las personas en no ser afectados en sus decisiones de consumo por causas objetivas, propias de una relación económica (precio, calidad, etc); si ello no se da, habrá que analizar la actuación de los proveedores y, claro está, la actuación de la autoridad de consumo, representada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), a través de sus resoluciones en materia de protección al consumidor.

Dicha subjetividad resulta sumamente peligrosa a la hora de cubrir determinados servicios, como es el caso de los servicios de salud, y en especial el caso de los seguros de salud. Y resulta muy tenue la línea para diferenciar, en el caso de negar servicios de salud o contratar los mismos, donde nos encontramos ante una causa justificada a contratar y cuando ante un trato discriminatorio. Ello tiene un impacto relevante, en especial cuanto hablamos de personas que tienen alguna condición que requiera un especial tratamiento, como en el caso de las personas con Síndrome de Down.

Ante lo dicho, resulta claro que no es un tema para tomar a la ligera, puesto que, si la autoridad de consumo no tiene claridad en los conceptos claves sobre los cuales precisar su análisis, ¿Qué tutela eficaz puede conseguir el ordenamiento jurídico? ¿Qué sucede si la administración no sabe cuáles son las pautas claves para discernir entre discriminación y trato diferenciado en el caso de servicios médicos?

De ahí que la hipótesis que formulamos es que, ante la falta de una idea clara de los conceptos de “discriminación” y “trato diferenciado”, tal como se presentó con el Tribunal del INDECOPI en el caso materia de análisis, se hace necesario incorporar con la mayor claridad ambos conceptos en la normativa de protección al consumidor, a fin que los operadores jurídicos (entidades estatales, abogados, jueces, etc.) puedan ejercer la defensa o la tutela de los derechos del consumidor con precisión, lo cual resulta especialmente acuciante cuando se habla de servicios médicos.

Por ello, en la presente investigación se busca analizar si en el ámbito de los derechos fundamentales existe claridad respecto de los conceptos de “Discriminación” y “Trato diferenciado”, haciendo hincapié si respecto de la autoridad de consumo (INDECOPI), ha existido existe una línea jurisprudencial clara que distinga los conceptos de “Discriminación” y “Trato diferenciado”.

El presente trabajo se divide en tres partes: en la primera parte, se aprecia la situación actual del derecho a no ser discriminado y la libertad de contratación como derechos fundamentales, a la luz de la normativa y jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, especialmente en lo referido a servicios de salud.

La segunda parte de este trabajo presenta el tema de la discriminación en el derecho del consumidor en el Perú, examinando la normativa y jurisprudencia sobre la materia,

haciéndose énfasis en las resoluciones emitidas por el Tribunal del INDECOPI.

Finalmente, en la tercera parte del trabajo, se examina el análisis del caso Céliz, realizándose un análisis del sentido de los votos emitidos por los integrantes de la Sala de Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi.

No queremos dejar de agradecer en estas líneas a los doctores Alfredo Maraví y Raúl Solórzano, quienes tuvieron a bien asesorar esta tesis, así como a mi madre Aurora Cáceda y mi prima Lupe Suárez, quien con paciencia infinita me animaron a seguir adelante.



CAPÍTULO I

EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO Y LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

1.1. El derecho a no ser discriminado

El derecho del consumidor forma parte de un todo integrado, que es el ordenamiento jurídico. Por ello, se encuentra en interacción constante con otras ramas del derecho, muy en especial con los Derechos Humanos: en efecto, no se puede imaginar la existencia de los “derechos” del consumidor si es que no se hubiese producido el importante desarrollo en el ámbito convencional en materia de los derechos fundamentales, ocurridos de 1945 en adelante.

Como es conocido, el desarrollo de los Derechos Humanos comienza con los derechos de primera, segunda y tercera generación, correspondiendo los mismos con derechos civiles y políticos, luego los económicos, sociales y culturales, para después llegar a los derechos colectivos. Ante este desarrollo, se percibe muy fácilmente que se ha evolucionado de la defensa de derechos de una manera genérica (en los inicios) a la defensa “específica” de derechos, a cautelar determinados derechos cuya tutela es importante a fin de garantizar el desarrollo pleno de cada ser humano. Y entre los mismos, están los derechos del consumidor.

Sin embargo, somos conscientes que ello no responde la primera de las inquietudes que salta a la vista: es decir, qué es la discriminación y cuáles son sus elementos característicos.

Una aproximación inicial es brindada por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; para ésta, “discriminar” tiene dos acepciones o significados: “1. Diferenciar o distinguir (una cosa de otra). 2 Dar trato de inferioridad (a una persona o colectividad) especialmente por motivos raciales, religiosos o políticos” (Real Academia Española, 2012, p. 234).

En tal sentido, se nos presenta un primer elemento a tomar en cuenta: se puede entender que “discriminar” conlleva distinguir, diferenciar, aunque no implica desprecio o menosprecio. Como lo señala Rodríguez Zepeda, ello queda claro cuando distinguimos entre las cosas, es decir, diferenciamos en base a las características de los objetos.

Diferenciar no es sin embargo una acción negativa necesariamente, en virtud de lo cual es preciso distinguir las razones por las cuales se produce la diferenciación (...). Ya que cuando las acciones que producen una distinción se fundan correctamente, no deben producir un efecto discriminatorio. La regulación de la discriminación tiene por objeto combatirla. (Rodríguez, 2006, p.17)

Sin embargo, considerando el segundo significado, la situación resulta siendo diferente en nuestra realidad, en razón a lo está en juego: nos encontramos en el campo de la interacción humana, concretamente la “relación entre personas”.

Si apreciamos cómo el hombre construye su identidad, podemos apreciar que lo hace edificándola al marcar distancias de los demás, haciendo una diferenciación –racional o no, positivo o no- en base a las características del individuo frente a los demás. Implica comparar, a fin de afirmar la propia personalidad.

Por lo mismo, todo juicio de igualdad de trato requiere de un acto de decisión en el que se seleccione quiénes y qué datos van a considerarse relevantes en orden a la emisión del juicio comparativo de igualdad, operando cuando se dé el caso en esta selección también (distintos) criterios de justicia. (Barrère, 2003, p.2)

Ello se proyecta a la sociedad, por cuanto los grupos sociales proyectan las diferencias respecto de otros, resaltando elementos distintivos como “barrera” frente a otros grupos que también tienen signos diferentes; ahí se constituye una “relación asimétrica entre personas”.

Pues es esa relación caracterizada por la asimetría, fundada en una interacción basada en una premisa de supuesta superioridad, por la que una persona marca a otra persona atribuyendo determinadas características que le hace diferente en el sentido negativo de la expresión; ello configura la discriminación como una diferenciación por motivos diversos, que pueden –como se mencionó anteriormente- por sexo, religión, grupo étnico, condición económica, etc.

Por ello, la discriminación es un tema muy delicado, por cuanto implica ir más allá de la simple “distinción” que puede darse, considerando el matiz despectivo, el hecho de resaltar las diferencias llegando a niveles que van más allá de lo coherente.

Así, desde un punto de vista jurídico, la discriminación implica negar la existencia de igualdad entre personas, no sólo por el simple hecho de resaltar las diferencias, sino hacer que dichas diferencias sean predominantes por encima de todo, negado sistemáticamente posibilidad alguna de coincidencias o similitudes, por no decir igualdad; ello conlleva, como se puede apreciar, la negación per se de igualdad, relegando al discriminado a un plano de “otros”, encasillándolos llegando incluso a extremos irracionales (Huerta, 2006, p. 186).

De ahí que para se defina discriminación como “Toda infracción al principio general de igualdad motivado en una razón de clase o por la pertenencia a un grupo, y en sentido estricto, cuando concurre un criterio de diferenciación no permitido o prohibido expresamente por la ley” (Huerta, 2006, p.186).

El hecho de resaltar características, a fin de negar los elementos que hacen iguales a las personas, genera discriminación. No obstante, hay que precisar que discriminar no es un mero hecho aislado, apartado de la realidad social. Es decir, si una persona rechaza o maltrata a otra por hecho o motivo (tener otro idioma, por ejemplo) es un trato que afecta a una persona, mas no puede ser considerado como un acto discriminatorio, al faltar el carácter constante en el mismo.

Un acto de discriminación, para ser considerado como tal, debe tener, en nuestra opinión, dos elementos clave: el primero, que sea un hecho sistemático o constante de marcar distancia, ante características que tenga el sujeto que, a ojos del discriminador, lleven a distinguir a otro como alguien que no es un igual.

El segundo elemento es que la discriminación va dirigida contra un grupo o colectivo determinado, que tiene las características que el otro (persona y grupo) no tiene, generando una asociación mental de negatividad y asimetría frente a ese grupo.

De esta manera, se puede apreciar que para que se configure un caso de discriminación, debe configurarse una serie de elementos: la vulneración del principio de igualdad (entendido como la negación a reconocer a otro ser humano como similar en características), un efecto negativo directo (causar un daño concreto, sea psicológico o material), la falta de una razón lógica que sustente una diferenciación (irracionalidad), y la afectación a un colectivo determinado sobre el cual recae la irrazonabilidad en el trato (Huerta, 2006, p. 186)

Considerando lo antes dicho, podemos apreciar que, desde el punto de vista social, la discriminación encierra una carga peyorativa muy fuerte, que se revela como la negación de la igualdad entre los seres humanos, algo que para nuestro ordenamiento jurídico es inaceptable, por el mismo hecho que negar las similitudes entre nosotros socaba precisamente el centro de la disciplina jurídica, que es su creador, el hombre.

Precisamente la conciencia que el hombre el centro de atención y de aplicación del derecho, y no al revés, es lo que los Estados han tenido en cuenta a la hora de cautelar –por medio de tratados o convenciones- los Derechos Humanos, frente a conductas que denigran su esencia, siendo una de ellas la discriminación, la cual ha sido proscrita en todos los tratados sobre la materia.

A continuación, apreciaremos cómo los tratados internacionales han tutelado el derecho a la igualdad, rechazando cualquier distinción irracional, y cómo se ha hecho necesario legislar con mayor detalle ante las formas más groseras en las que se manifiesta.

1.2. Tipos de discriminación

Cuando se aborda el tema de discriminación, la primera diferenciación que salta a la vista es la existencia de prácticas dirigidas contra colectivos que son realizadas de forma abierta, sin ninguna forma de ocultamiento. Por otro lado, se encuentran aquellas que, si bien no son abiertamente evidentes, siempre conllevan una afectación soterrada, incluso cumpliendo parámetros legales. Nos referimos a la discriminación directa y a la discriminación indirecta.

1.2.1. Discriminación directa.

Se entiende por discriminación directa, cuando hay prácticas que excluyen a determinadas personas, dentro del ámbito social, sólo porque pertenecen a un determinado colectivo o grupo social (Junta de Extremadura, 2012, p.58).

Es decir, se produce cuando una persona es tratada de manera desfavorable respecto de otra persona, en un mismo contexto, al tener unas características que –por causas irracionales o subjetivas- generan rechazo.

Un ejemplo de dicha discriminación se puede apreciar cuando a personas con capacidades

físicas e intelectuales idénticas, se les dan salarios diferentes, siendo una de esas personas de sexo femenino.

Este tipo de discriminación es el cuestionado por todos los instrumentos legales antes analizados, sin excepción; aquí, se parte de la premisa que, de acuerdo con Sheppard “las personas que pertenecen a un colectivo desfavorecido tengan las mismas características que tiene el grupo mayoritario o predominante en una sociedad” (2002, p.12).

1.2.2. Discriminación indirecta.

Por el contrario, se habla de discriminación indirecta cuando se realizan prácticas que son, aparentemente neutras, pero que sin embargo al aplicarse afecta a determinados colectivos sociales. Es decir, nos encontramos con una “discriminación camuflada”, la misma que es difícil de probar (Junta de Extremadura, 2012, p.59).

Un ejemplo de ello se aprecia cuando se contrata personal en algunas empresas, solicitándose empleados con una determinada talla, lo cual redundaría en el descarte inmediato de minorías étnicas. Para ver si existe o no discriminación, se debe tener en cuenta el trabajo al cual se le solicita dicho requisito, así como el contexto local, para determinar si nos encontramos o no con una práctica discriminatoria.

La dificultad en este tipo de casos estriba en que hay que hacer un análisis casuístico cuidadoso, para determinar la existencia de dicha práctica. Es por ello que en las legislaciones comparadas (como la alemana y española) se haga hincapié en la forma de determinar su existencia, como en el caso de la discriminación indirecta por índole sexual, donde se puntualiza, según Aguilera (2007) que, si bien aparentemente se aplica un criterio o práctica neutra, la misma puede poner en desventaja particular a personas de un sexo, salvo que se justifique de manera objetiva la existencia de una finalidad legítima y los medios sean necesarios y adecuados (pp. 9-10).

De esta manera, se podría concluir que, en líneas generales, la discriminación es inaceptable sea la forma en que se presente. Sin embargo, el tema no es tan simple como parece: en efecto, si bien la discriminación es *per se* ilegal, se hacen excepciones alegando -aunque pareciera contradictorio- la búsqueda de la igualdad, como apreciaremos a continuación.

1.2.3. Discriminación positiva

Tal como se mencionó anteriormente, la discriminación es combatida por el hecho de ser contraria al derecho a la igualdad, inmanente entre los seres humanos. Ello ha sido una constante en el tiempo, tal como se puede apreciar en los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos: es decir, no se puede aceptar que minorías sean excluidas o perseguidas, no pudiendo disfrutar de los derechos que disfrutaban otros integrantes de una sociedad (Velasco, 2007, p. 141).

Sin embargo, con el transcurrir del tiempo, han ido evolucionando una serie de conceptos, los mismos que responden al hecho de que no necesariamente toda discriminación es negativa o atenta contra la igualdad. Nos referimos al concepto de discriminación positiva.

Debemos tener presente que hablar de discriminación implica necesariamente hacer referencia a colectivos o grupos dentro de una misma sociedad, los mismos que por razones irracionales, se ven afectados por actos que flagrantemente vulneran su derecho a la igualdad. Y para generar discriminación, es necesario realizar acciones que generen la misma.

Para el derecho, se reconoce sin margen de duda –como se ha apreciado anteriormente– que todos son tanto iguales ante la ley e igual protección por parte de la ley, respecto de actos que afecten la referida igualdad. Ello es la base para el derecho a la no discriminación, entendido como la prohibición de discriminar a un sujeto por cualquier clase de distinción que le diferencie, como puede ser raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen social, posición económica, nacimiento o de cualquier otro tipo (Comité de Derechos Humanos de la ONU, 1989, p.2).

Sin embargo, existe el problema real que determinados colectivos se vean afectados por prácticas discriminatorias, las mismas que requerirían la toma de medidas para garantizar la igualdad; sin embargo, ello puede verse como un trato preferente respecto de la mayoría. Esos actos “preferentes” en pro de los colectivos, se engloban bajo el término de “discriminación positiva”.

Ahora bien, cuando se habla de discriminación positiva, Velasco pone en relieve que resulta necesaria adoptar medidas que “aunque formalmente discriminatorias, están destinadas a eliminar o a reducir desigualdades fácticas” (2007, p. 145), con la finalidad de garantizar a

grupos o colectivos discriminados, la oportunidad de gozar de condiciones iguales frente a la desigualdad imperante. Por esta razón, las medidas que se adoptan serán conocidas como medidas de “acción positiva”.

Ejemplos de ello se aprecia con las medidas que se promueven para favorecer la inclusión activa de la mujer en la vida política, así como el reconocimiento de las denominadas “lenguas originarias”, que son habladas por las comunidades de la Amazonia.

La intención de las mencionadas políticas es la de eliminar un daño inferido a un determinado colectivo social, daño causado precisamente de la discriminación, compensándolo por las consecuencias generando igualdad de oportunidades frente a la mayoría de la población (Durán, 2006, p.160).

1.3. La discriminación en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos

La discriminación ha sido abordada en los instrumentos internacionales de tutela de los Derechos Humanos, de manera gradual; es decir, aceptar que la discriminación en sí era un problema para el derecho, se desarrolló a lo largo de los años, especialmente tras el fin de la Segunda Guerra Mundial.

La evolución en la defensa de los Derechos Humanos ha ido en una especie de doble vía: primero, existen los instrumentos internacionales “generales” sobre Derechos Humanos (tales como la Carta de San Francisco, carta fundacional de las Naciones Unidas) que defienden los derechos de todos, para luego profundizar la defensa por medio de otros instrumentos denominados “específicos”, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Castañeda, 2015, p.34). A la vez, ello se ha replicado con la celebración de tratados a nivel regional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Castañeda, p.35).

Sea cual sea el instrumento internacional, la premisa es la misma: es inaceptable cualquier forma de discriminación, por cuanto tolerarla conllevaría a la negación misma de la dignidad humana, piedra angular del derecho y –aunque parezca demasiado evidente- de la disciplina materia del presente trabajo, el derecho de los consumidores.

Ahora bien, cuando hablamos de convenios internacionales o tratados, resulta necesario señalar que existen dos categorías: en primer lugar, aquellos que son suscritos en el marco de convenios suscritos a nivel mundial, denominados convenios “universales” y, en segundo lugar, aquellos instrumentos celebrados entre estados a nivel de un continente o parte de éste: son los llamados instrumentos “regionales”.

Asimismo, entre los convenios celebrados en uno u otro nivel (universal o regional), encontramos que estos pueden subdividirse en convenios de tipo genérico (donde se aborda la defensa de derechos fundamentales de manera amplia) así como acuerdos que buscan defender determinado derecho (convenios específicos).

La diferenciación puede parecer ociosa, pero en el fondo resulta ser muy importante, por cuanto hay que recordar siempre que la protección de los Derechos Humanos -entre los que se encuentra el derecho del consumidor- ha ido pasando de ser un asunto meramente abordado al interior de acuerdos que abarcaban una pluralidad de derechos, a adquirir un marco propio de protección plenamente aceptado: reconocimiento claro que ha ido del ámbito del derecho a ser un hecho concreto ha adquirido relevancia social y que reclamaba tutela estatal.

1.3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos, documento fundacional de la defensa de los Derechos Humanos luego de la Segunda Guerra Mundial, reconoce la existencia del derecho a la igualdad en su artículo 7°, en una doble vertiente: por un lado, recoge la igualdad ante la ley; de otro, señala el derecho a la igualdad de protección que la ley debe conceder a los seres humanos. Precizando ello, se expresa que todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja la Declaración bajo comentario, así como cualquier provocación a la discriminación (COPREDEH, 2011, p. 19)

Lo primero a destacar en este breve párrafo, es la existencia de la “igualdad ante la ley”, es decir, el reconocimiento por parte de los Estados que todas las personas, sin distinción, son iguales y, por ende, se les aplica las mismas reglas, siendo el único límite a la igualdad aquella establecida por la ley.

También, y aún más importante, encontramos una declaración expresa sobre la discriminación de dos maneras: no sólo los actos discriminatorios son rechazados, sino también los actos que provoquen cualquier tipo de discriminación. Rodríguez afirma que “La discriminación se interpreta como una limitación injusta de las libertades y protecciones fundamentales de las personas, de su derecho a la participación social y política, y de su acceso a un sistema de bienestar adecuado a sus necesidades” (2006, p.25).

Apreciando ello, lo antes dicho resulta siendo sumamente importante para el derecho del consumidor, debido a que se entiende que la discriminación es una limitante al desarrollo de la personalidad en sociedad, una de cuyas manifestaciones más claras de cara a la sociedad es, evidentemente, el derecho a contratar, que se ve menoscabado por la negativa injustificada del proveedor cuando no existe una razón que sustente la misma.

1.3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 inicia su redacción, casi de forma inmediata, abordando la discriminación, señalando que los Estados que son partes de dicho acuerdo:

(...) podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. (Ministerio de Justicia, 2012, p. 68)

El artículo precedente resalta la importancia de la figura de la no discriminación como elemento a tener en cuenta, incluso en el caso de desórdenes internos. Este punto resulta revelador para nosotros, por cuanto se subraya la importancia de la no discriminación, precisamente como elemento clave del desarrollo de la personalidad en el marco social.

Asimismo, el artículo 24° del Pacto bajo comentario recoge la necesidad de defender los derechos que tiene todo niño, niña y adolescente –que resultan especialmente vulnerables– contra la discriminación, señalando que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna, a medidas de protección, las mismas que deben provenir de una triple vertiente: familia,

sociedad y Estado.

A la vez, el numeral 2 del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también hace suyo el tema de la discriminación, estableciendo una cláusula de garantía de los derechos que consagra, sin discriminación de cualquier índole.

Del análisis de los artículos antes indicados, podemos llegar a la conclusión que la discriminación, en todas sus formas, se encuentra proscrita. Y resulta igualmente importante destacar, de cara al derecho del consumidor, que el antecedente más claro de la no discriminación en materia económica lo encontramos en estos Pactos, donde discriminar equivale a limitar el derecho al desarrollo: por ende, la negativa injustificada a contratar es, sin lugar a dudas, un acto claramente limitativo y, por ende, claramente discriminatorio.

1.3.3. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

Este instrumento internacional de tipo específico, suscrito en 2006, es uno de los instrumentos internacionales que tutela a determinados grupos contra las prácticas discriminatorias, considerando su vulnerabilidad en el contexto social.

La Convención empieza por precisar varios conceptos clave; para el tema que nos interesa, resulta importante la definición que se hace en el numeral 2 del artículo I, sobre discriminación por discapacidad.

En ese sentido, debemos resaltar que dicho instrumento recoge que la discriminación en el ejercicio de derechos y libertades fundamentales de todo tipo, puede darse contra las personas con discapacidad, de cuatro maneras: a) distinción o diferenciación; b) exclusión; c) restricción o limitación; y d) denegación de ajustes razonables (Bolaños, 2015, p. 46)

En este último punto es fundamental a la hora de desarrollar la presente tesis, debido a que la negativa injustificada a contratar sería –en nuestra opinión– una denegación de ajustes razonables, por cuanto se impide a una persona con discapacidad disfrutar de los servicios que necesita, sin decir con ello que se le de asistencia gratuita, bastando para evitar infringir la normativa contra la discriminación que se adopten acciones positivas para garantizar la igualdad de condiciones con los demás integrantes de la sociedad; de lo contrario estaríamos

discriminando, de forma pura y simple.

1.4. La discriminación en los instrumentos regionales de protección de los Derechos Humanos.

Como es conocido, la tutela de los derechos fundamentales no solamente se realiza en el marco de los convenios “universales” o elaborados en la Organización de las Naciones Unidas, sino también a nivel regional, concretamente en la esfera de acuerdos entre estados pertenecientes a determinado ámbito geográfico. En el caso del continente americano, tenemos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José; en el caso europeo, encontramos a al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Veamos como los referidos instrumentos en materia de discriminación.

1.4.1. Convención Americana de Derechos Humanos

Este instrumento regional, elaborado en el marco del Sistema Regional Interamericano, representado por la Organización de los Estados Americanos (OEA), es importante porque establece los parámetros básicos en materia de derechos fundamentales en nuestro continente.

Ello se aprecia desde un inicio, al precisar que la existencia de los derechos fundamentales se sostiene no en la voluntad de los Estados, sino en un hecho que va más allá de éstos. En efecto, precisa en su preámbulo que:

(...) los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”. (Ministerio de Justicia, 2018, p. 457).

Es necesario tener en cuenta este hecho, precisamente porque el reconocimiento de la igualdad de las personas (punto de partida para rechazar de plano la discriminación) se sustenta en la dignidad de la persona, en aceptar que toda persona tiene igual dignidad, independientemente de su edad, condición económica o intelecto, que debe existir respecto de todas las personas.

Ello resulta siendo patente también en el artículo 24° de la Convención, la misma que señala –en el mismo tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos- el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley.

Todo lo antes dicho es valioso para el tema materia de estudio, por cuanto la igualdad entre los seres humanos se encuentra por encima de toda otra consideración, incluso por encima de otros derechos fundamentales. De ahí que, en base a la dignidad intrínseca entre los seres humanos, ninguna norma puede ir en contra de la persona, puesto que implicaría atentar contra su propio fundamento, por lo que no es posible realizar diferenciaciones.

Si bien el Pacto de San José (que es parte de nuestro derecho interno), establece la igualdad ante la ley, debemos expresar que no desarrolla a profundidad el tema de la discriminación, por cuanto es un tratado genérico y que abarca responsabilidades claras en materia de la defensa de los derechos fundamentales de la persona por parte de los Estados (desarrollo del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos), era una novedad para la década de 1960. Sin embargo, a nivel de América Latina resulta siendo un punto de referencia para otro sistema regional de protección de derechos fundamentales, como es el Sistema Europeo y su carta fundamental, el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1.4.2. Convenio Europeo de Derechos Humanos

Este instrumento, algo más reciente que el anterior, es mucho más claro en su condena a la discriminación que el Pacto de San José. Tengamos en cuenta que entre la aparición de la Convención Interamericana a la configuración más o menos final del Convenio Europeo, han transcurrido veintidós años, sin contar con las modificaciones y adaptaciones hechas en el tiempo a dicho instrumento regional europeo. Ello ha tenido una doble ventaja: por un lado, avanzar un paso más en la lucha contra la discriminación aprovechando los avances del derecho comparado, enriqueciéndola con el bagaje recogido en la tumultuosa primera mitad del siglo XX, con dos guerras mundiales, con la secuela de discriminación y crímenes que implicaron.

Fruto de estas experiencias, es que en la década de 1970 se empieza a configurar el Convenio Europeo, la misma que recoge textualmente la no discriminación, sin ambages, tal como lo señala el artículo 14° del referido instrumento, al indicar que los derechos reconocidos en el

Convenio se aseguran sin distinción alguna, sea la razón que sea (sexo, raza, color, lengua, religión, origen social o nacional, etc).

Lo primero a debemos resaltar es que, al hablar de discriminación, este Convenio hace referencia a colectivos, es decir, a grupos de personas que se distinguen por características peculiares, dentro de una sociedad. No expresamos con esto que haya segregación: lo que manifestamos es el reconocimiento de la existencia de diferencias que se dan en la igualdad de todos los seres humanos. Todos tenemos la misma dignidad, pero no somos iguales, tenemos peculiaridades que nos distinguen, pero que no rebajan en un ápice la igualdad de las personas que se desarrollan en una misma sociedad.

Ahora bien, este convenio recoge de forma amplia la defensa de la persona contra cualquier forma de discriminación; sin embargo, ello fue considerado insuficiente, por lo que se incluyó el Protocolo N° 12 al Convenio, estableciendo una modificación importante en su artículo 1°, indicando que se deben asegurar los derechos que la ley brinda sin discriminación alguna, añadiendo que no puede existir discriminación por parte de la autoridad.

Tal como se puede apreciar, en esta modificación se prohíbe cualquier forma de discriminación, incidiendo no sólo en que el Estado debe hacer cumplir lo dispuesto por el Convenio, sino resalta que ninguna forma de discriminación puede ser perpetrada por las autoridades. En ello se hace evidente, considerando que, durante la Primera y Segunda Guerra Mundial, se llevaron a cabo políticas de Estado con fines evidentemente discriminatorios contra grupos específicos, como personas de ascendencia judía y gitana.

Con este Convenio Europeo de Derechos Humanos, concluimos el presente acápite, no sin antes señalar que la no discriminación se encuentra, en mayor o menor medida, en la totalidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, recogiendo –conforme al contexto histórico político en que nacieron- la concepción de la igualdad como base fundamental sobre la que se construye la ciudadanía, una de cuyas manifestaciones en la sociedad es el derecho de los consumidores.

A fin de tener mayores elementos a la hora de analizar la discriminación en el consumo, pasaremos a ver cuáles son las formas de discriminación, las mismas que se apreciarán en los siguientes párrafos.

1.5. Libertad de contratación como derecho fundamental

El presente trabajo ha comenzado realizando una visión panorámica de la discriminación y su reconocimiento por los Estados, a nivel internacional, mediante la celebración de una serie de convenios internacionales. Sin embargo, ello no es suficiente para analizar la discriminación en el consumo, concretamente respecto a la negativa a contratar. Por ello, analizaremos la contratación como derecho fundamental, para luego apreciar sus limitaciones, para finalmente apreciar la realidad del mercado de seguros en nuestro país.

1.5.1. La libertad de contratación como derecho

Es conocido por todos que uno de los pilares para el desarrollo económico de todo país, es la existencia de libertad a la hora de celebrar acuerdos entre consumidores y proveedores en el mercado. Ello es conocido como libertad contractual o libertad de contratación, entendiéndolo Leyva que

La autonomía contractual, denominada libertad contractual por un sector doctrinal, plasma aquella posibilidad que tienen las partes de desarrollar su propia voluntad, su querer, su libertad jurídica de contratar, cuando y como quieran, aunque siempre respetando los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico (2010, p.273).

La base fundamental de la libertad contractual la encontramos en la “autonomía privada”, la misma que consiste en la facultad de realizar actos jurídicos:

En cuanto facultad, designa la libertad de la persona de realizarlos, es decir, su conformación sobre la base de una decisión autónoma de aquella. Los actos jurídicos efectuados dan lugar al establecimiento de relaciones jurídicas y situaciones jurídicas (Leyva, 2010, p.276)

Como se aprecia, la libertad contractual siempre origina situaciones jurídicas, implica la creación de actos jurídicos. Sin embargo, ello se puede entender de dos maneras, sea de forma amplia o de forma restringida.

En base a un análisis de forma amplia, el desarrollo de las relaciones jurídicas en sociedad, genera el surgimiento de la libertad positiva de asociación y la libertad de no asociarse; a partir de la libertad positiva antes mencionada, surgen una serie de derechos, como el de

crear una organización, de autorregularse sin transgredir el marco normativo vigente, así como desarrollar las actividades comprendidas dentro de su objeto social para fines lícitos, como es la libertad de contratar (De Belaúnde y Parodi, 1998, p. 20); ello cobra sentido, debido a que a partir de un acuerdo de voluntades se generan relaciones jurídicas con un gran impacto, al ser el contrato precisamente un mecanismo de interacción social, siendo que:

En el sistema de economía capitalista, regido por la ley de obtención del máximo beneficio, el contrato es el cauce jurídico de obtención de este beneficio (Diez-Picazo, 2004, p.8)

Pero, desde un punto de vista restringido, la autonomía privada se limita a la idea de dejar en libertad a los privados para que los mismos puedan disponer como mejor les parece sus propios bienes, lo cual dentro de la lógica de libre mercado, es una ventaja al facilitar un intercambio fluido de bienes y servicios, entre proveedores y consumidores, sin mayores trabajas que aquellas provenientes de lo que las partes convengan o lo que el ordenamiento jurídico disponga (en base al interés social).

Precisamente esta última visión de la libertad contractual es la que nos interesa, por cuanto son las relaciones jurídicas que se realizan entre proveedores y consumidores, celebradas en base a la autonomía de la voluntad entre éstas, la base sobre las que se construye el mercado.

Sin embargo, es conocido que en la práctica las relaciones entre proveedores y consumidores no son tan simétricas, por cuanto los primeros tienen –por su experticia en el comercio, la especialización, etc.- una ventaja sobre los consumidores, quienes se ven hasta cierto punto disminuidos al momento de contratar con éstos, generando las llamadas “relaciones asimétricas”.

Y es precisamente en este punto en que es muy probable que se genere discriminación, puesto que el proveedor puede buscar formas de ocultar determinados perjuicios, bajo el velo de la libertad contractual, sin que el consumidor encuentre mayor justificación –que no la hay- que le permita comprender el trato que está recibiendo por parte del proveedor del bien o servicio que esperaba recibir.

1.5.2. Límites a la libertad contractual.

Si bien se reconoce la libertad contractual como un derecho, debemos indicar que no es un derecho absoluto. De acuerdo a la jurisprudencia comparada se reconocen límites concretos, los mismos que para la doctrina se subdividen en tres principales, a tener en cuenta al precisar cuáles son los límites a la autonomía contractual (Mendoza, 2009, p.3).

1) *Si el contrato o acuerdo tiene un contenido irrazonable injusto*: ello quiere decir que el acuerdo entre las partes (proveedores y consumidores) se ve afectado por cláusulas que son irrazonables por el contenido, brindando una carga gravosa a una parte en detrimento de la otra.

2) *Si se aprecia la afectación de derechos fundamentales por su contenido o las condiciones de prestación, rescisión o resolución*: refiere a si el contrato suscrito implica afectación de un derecho fundamental per se, en todo o en alguna de sus partes.

3) *Si se produce la quiebra de la simetría (asimetría) que debe existir entre las partes o de la igualdad de la autonomía de la voluntad entre las mismas*.

Cabe precisar que los dos primeros límites son automáticos, por cuanto conllevan la resolución del contrato; mientras que el último nos encontramos ante un dato, cuya sola constatación no determina si se está o no ante una cláusula lesiva de derechos fundamentales, requiriendo precisamente un análisis más detallado.

Revisando las limitantes arriba mencionadas, apreciamos que el garantizar la simetría en las relaciones entre proveedores y consumidores es un límite a la existencia de posibles abusos por parte de los proveedores, lo cual es precisamente importante de cara a mantener un equilibrio entre las necesidad de obtener ganancias por parte de los proveedores y proteger a los consumidores: lo antes mencionado resulta siendo importante respecto del ámbito de la salud, considerando que la salud es un derecho fundamental, garantizado por el Estado, si bien hay cobertura a nivel privado.

Para comprender las características de la oferta de seguros de salud, debemos conocer un poco más sobre este mercado y las causas por las cuales existe. A continuación, daremos breves alcances sobre este mercado.

1.5.3. Derecho a la salud y libertad contractual: el funcionamiento del mercado de

seguros en el Perú.

En primer lugar, debemos mencionar que en nuestro país tenemos un sistema de salud mixto, garantizado en primer lugar por el Estado (a través de la red asistencias del Ministerio de Salud y de ESSALUD), y en segundo lugar por Empresas Prestadoras de Salud (EPS) y clínicas privadas, por medio principalmente de seguros, ofrecidos a los consumidores.

Actualmente, de acuerdo a datos proporcionados por Seinfeld (2007, p.19), la experiencia empresarial indica que en nuestro país se tiende a concentrar mercado, lo cual incluye al ámbito de los seguros y, al igual que en otros países de la región, se presenta la separación de los riesgos en ramos generales y de vida.

En primer lugar, encontramos a **las coberturas de seguros generales**, también conocidos como “seguros patrimoniales”, que a su vez se sub dividen en a) seguros que *indemnizan al asegurado ante un daño sucedido a un bien materia*, y b) seguros por *accidentes y enfermedades que comprometen el bienestar del asegurado*, más no su existencia.

Por otro lado, existe la otra rama, que corresponde a **las coberturas de seguros de vida** que cubren los riesgos condicionales a la existencia del asegurado (conocidos genéricamente como “seguros de vida”). Incluyen los seguros que tengan como base planes de pensiones de jubilación y aquellos derivados de los regímenes previsionales.

Cabe indicar que también los prestadores privados de servicios de salud ofrecen seguros contra accidentes y enfermedades, siendo que, tal como indica Pacífico Seguros (2012), “las primas por estos ramos no han logrado superar el 20% de participación en el sistema de compañías de seguros” (Pacífico Seguros, 2012, p.27).

Asimismo, venden programas de salud o algún tipo de tarjeta de descuento, que son una especie de un seguro alternativo, el mismo que “resulta siendo una invitación para los consumidores a ir adquiriendo mayores coberturas conforme transcurre el tiempo ” (Pacífico Seguros, 2012, p.28).

Un dato a tener en cuenta es que el mercado de seguros (tanto genéricos como de vida) económicamente es relevante en tamaño, teniendo en cuenta que “las primas de seguros netas del mercado asegurador ascendieron a US\$ 3,001.5 millones a diciembre de 2012, 15%

por encima de las del mismo período del año anterior” (Pacífico Seguros, 2012, p.28).

Si bien nadie duda que la inversión pública en salud es importante y necesaria para lograr un sistema que garantice niveles adecuados de salubridad, al menor costo posible, la actual inversión destinada por el Estado resulta siendo insuficiente, por cuanto la cobertura no abarca a todo el territorio nacional; asimismo, se debe considerar que la inversión en salud también se encuentra distribuida de forma inequitativa, geográficamente, entre la costa y el resto del país.

Respecto de la distribución de la actual red sanitaria, Lima concentra la mayor parte de los servicios de salud, a pesar que -en cifras generales- la cobertura es amplia: al 2016, en el país habían más de 39,000 médicos y 42,000 enfermeras, concentrándose en Lima aproximadamente 20,245 médicos (el 70% del total de médicos a nivel nacional) así como un total de 15, 791 enfermeras, que equivale al 45% de las existentes en todo el país (Ministerio de Salud, 2014, p.9).

Es necesario tener en cuenta un elemento importante al hablar de seguros, a saber, que la utilización de los servicios de salud es aleatoria, por cuanto no sabemos a ciencia cierta cuándo recurriremos a ellos, hay individuos que están dispuestos a invertir en ellos, pagando una prima de seguro. Considerando que una emergencia de salud puede ser un choque muy fuerte económicamente hablando, muchas personas (adversas a correr riesgos) están dispuestas a adquirir dichos seguros.

A lo dicho, debemos añadir a que, si bien el Estado puede cubrir las necesidades de buena parte de la población, no cabe duda de que un segmento significativo de ésta quiere tener un servicio médico de calidad sin pasar por los trámites que, como son por todos conocidos, implica una atención en los nosocomios públicos (colas, pagos, demoras, huelgas, etc); por ello el crecimiento, lento pero sostenido, de los seguros de salud. Más importante aún, conforme a lo que indica Seinfeld (2007) los seguros de salud son una forma de inversión para afrontar problemas de salud delicados, que pueden ser sumamente graves de cubrir, incluso para el Estado. Por ello, expresa que

La única manera de asumir el tratamiento de eventos como estos, que implican un alto costo y un escenario de incertidumbre, es a través de un esquema de riesgos compartidos, por medio de contribuciones relacionadas con el gasto esperado dentro

del grupo y no con el probable y desconocido consumo de un individuo (p.30).

De otro lado, si bien los sistemas de seguros complementan la prestación de servicios de salud brindados por el Estado, ante el riesgo de intervenciones costosas y la calidad de los referidos servicios, los mercados de seguros presentarían dos graves fallas, que se desarrollan en un contexto asimétrico, concretamente conflictos de selección adversa y conflictos de riesgo moral.

En el caso de los problemas de *selección adversa*, conforme indica el autor antes citado, se da la circunstancia que la aseguradora privada no tiene claridad o, siendo más precisos, desconoce la realidad de la situación del asegurado, generando que haya más asegurados con más riesgos de salud en el sistema privado, con el correlato de mayores gastos en tratamientos; causando un incremento del monto de las primas que se cobran, aliciente negativo para que los consumidores salgan del sistema privado de seguros, lo cual genera un círculo vicioso con un aumento mucho mayor de las primas para quienes se quedan en el sistema de seguros. En este caso, nos encontramos con el hecho de asimetría informativa (Seinfeld, 2007, p.16).

Por otro lado, existe el llamado *riesgo moral*, el mismo que se refiere al cambio de conducta del individuo que ya se encuentra asegurado: ello implica que las acciones tomadas para reducir costos de malos resultados paradójicamente reducen los incentivos para evitar los malos resultados. Ante ello, en opinión de Santa María, una vez adquirido el seguro, el asegurado podría requerir tratamientos de salud, en mayor cantidad y calidad, lo que genera como resultado el aumento de los costos de salud en el sistema privado (Santa María, 2009, p.28).

Ante estos problemas, la respuesta de las aseguradoras es recurrir a la llamada “*selección de riesgos*” (descreme), que implica aumentar los gastos destinados a seleccionar a los potenciales asegurados con mayores riesgos de salud, excluyéndolos del sistema privado (Seinfeld, 2007, p. 16)

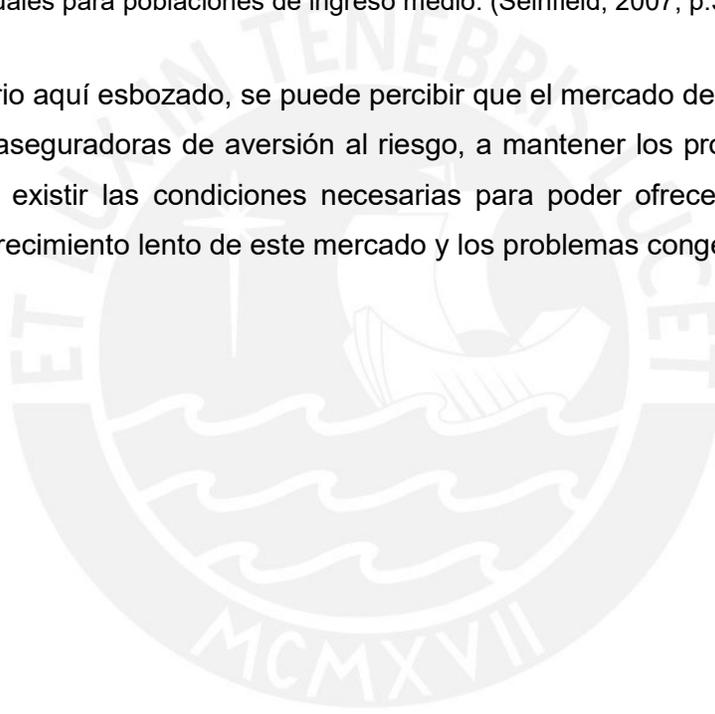
Es decir, las aseguradoras tendrían incentivos para evitar el aseguramiento de las personas más enfermas y fomenten el aseguramiento de las personas sanas; ello no sería jurídicamente aceptable, puesto que genera una limitante al derecho a la salud, aparte de las consideraciones éticas y de eficiencia que conllevan. Es decir, el descreme resulta siendo

perjudicial, a la vez que deja todo al interés económico del sector privado, limitando el acceso a la salud.

Otro punto a tener en cuenta es que, si bien crece el mercado de seguros, la participación en el mismo no es muy extendida o masiva. De esta manera, se puede considera como causa de ello, “a las limitaciones de costeo de sus servicios, tanto por parte de las clínicas, como de las compañías de seguros” (Seinfeld, 2007, p.30). Asimismo, debe tomarse en cuenta que:

La imprecisión en los costos ha determinado que sea difícil armar paquetes de servicios innovadores para segmentos nuevos y expandir sus servicios a sectores tradicionalmente desatendidos por las compañías de seguros y las clínicas privadas como los de seguros individuales para poblaciones de ingreso medio. (Seinfeld, 2007, p.32).

Ante este escenario aquí esbozado, se puede percibir que el mercado de seguros existe una tendencia de las aseguradoras de aversión al riesgo, a mantener los productos de seguros que tienen, al no existir las condiciones necesarias para poder ofrecer nuevos servicios, considerando el crecimiento lento de este mercado y los problemas congénitos existentes en su configuración.



CAPITULO II

JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE NO DISCRIMINACIÓN

2.1. El test de proporcionalidad o ponderación de los derechos fundamentales como punto de partida.

Tal como se ha podido apreciar en las líneas precedentes, podemos encontrarnos con problemas a la hora de determinar un caso de discriminación, en especial cuando se alega la existencia del derecho a la libertad contractual como sustento de un trato discriminatorio.

Ante ello, la jurisprudencia recurre al denominado “balancing test” o “test de ponderación de derechos” o “test de proporcionalidad”, el mismo que consiste en realizar un análisis comparado de los derechos que se podrían encontrar contrapuestos, a fin de determinar cuál es el que tiene mayor peso en determinado caso. (Burga, 2011, p. 257).

De esta manera, se aprecia que este test de proporcionalidad implica sopesar o bascular entre dos derechos que se podrían encontrar “en conflicto” en un caso concreto, para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias concretas, y solucionar una problemática formulada en particular. Guastini expresará que en el test no hay “punto medio” entre dos principios, sino aplicación de uno de los mismos (2007, p. 637).

Por otro lado, la doctrina señala que, para hacer el test de proporcionalidad, se debe realizar teniendo en elementos tales como la adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Cuando hablamos del principio de idoneidad, nos referimos a que la limitación de un derecho fundamental solo es admisible cuando sirve para favorecer a otro derecho fundamental; es decir, “se trata del análisis de una relación medio-fin” (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, p. 19).

Por otro lado, se encuentra el principio de necesidad, el mismo que en opinión del Tribunal Constitucional Peruano (2005) consiste en que, entre dos medios que potencialmente pueden

emplearse, debe preferirse el que sea menos gravoso o que no genere un impacto tal que pueda ser perjudicial (p.19).

Finalmente, el principio de proporcionalidad o ponderación propiamente dicho implica que, la afectación de un derecho debe ser equivalente a la importancia de hacer efectivo otro derecho.

De esta manera, se aprecia que el derecho constitucional aporta una serie de criterios al momento de determinar si existe o no un choque entre derechos; en el caso de este trabajo, su importancia radica en que da una pauta para discernir si nos encontramos ante un conflicto entre dos derechos: por un lado, a no ser discriminado, frente al derecho a la libre contratación.

A continuación, pasaremos a apreciar la jurisprudencia internacional y nacional más relevante en materia de discriminación, con la finalidad de apreciar cómo se han estado resolviendo controversias que involucran estos temas.

2.2. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: el Caso Furlán.

El presente caso versa sobre el menor Sebastián Furlán, quien ingresó a un predio cercano a su domicilio, el mismo que no contaba con cerco alguno; intentó colgarse de una columna, que cayó sobre él, golpeándole con fuerza la cabeza, generándole traumatismo encéfalo craneano.

A raíz del accidente sufrido, su familia interpuso una demanda civil contra el Estado Argentino, con el fin de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por Sebastián Furlán, al ser el inmueble de propiedad del Ejército Argentino.

Mediante sentencia de primera instancia, la justicia falló indicando que el daño fue consecuencia de la negligencia por parte del Estado, ordenando el pago de 130.000 pesos argentinos más sus intereses; apelada la sentencia por las partes, se confirmó la sentencia por parte de la segunda instancia judicial.

El pago de la indemnización quedó comprendido dentro de la Ley 23982, la cual estipuló dos

formas de cobro de indemnización: i) el pago diferido en efectivo, o ii) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo (Aberastury, 2014, p.5). Ante esta situación, la familia tomó la segunda opción.

Al no poder hacer efectivos los mencionados bonos y la precariedad de la salud del menor afectado, los familiares denunciaron al Estado Argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; posteriormente, el caso será resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Finalmente, la Corte Interamericana se pronunció sobre el caso, declarando fundada la denuncia, por cuanto en su opinión el Estado Argentino no garantizó el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal.

Lo relevante de esta sentencia es el hecho que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) aborda que el derecho a la igualdad y, por ende, la no discriminación, configuran una doble obligación para cualquier Estado (en este caso, Argentina): una negativa, relacionado a no hacer diferencias arbitrarias entre las personas, así como una positiva, consistente en la obligación de generar condiciones que permitan garantizar el acceso a la igualdad, entre otros: a) grupos excluidos o marginados socialmente, o b) que tengan mayor riesgo de serlo.

Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación. (p.14)

Al analizar el caso, especialmente en lo referente al cumplimiento limitado de la sentencia, la Corte tuvo en consideración la situación múltiple de vulnerabilidad que afectaba a la principal víctima, Sebastián Furlán, un niño con discapacidad proveniente de una familia de escasos recursos. Estos tres elementos entrelazados: niñez, discapacidad y pobreza, sirven a la Corte como criterios interpretativos para resolver el caso (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p.65).

Sobre la condición de niño de la víctima, la Corte Interamericana sostuvo que, tratándose de menores de edad, que tienen una condición mucho más delicada o en riesgo per se, el Estado Argentino debió haber actuado con una mayor diligencia y celeridad.

Respecto de la situación de que se trate de un niño con discapacidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace alusión a la definición de discapacidad, expresando que la discapacidad no se restringiría a deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que va más allá, abarcando todas aquellas deficiencias que existen en la vida diaria (2021, p.46)

De esta forma, la sentencia antes mencionada hace hincapié en el hecho que la incapacidad no está limitada o restringida a la deficiencia física, sino a la desigualdad real que sufre la persona con discapacidad en el seno de su propia sociedad.

2.3. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

2.3.1. Caso Chacón Navas

El presente caso se inicia cuando la señora Chacón Navas, empleada de una empresa de catering, estaba a la espera de una operación. El 14 de octubre de 2003 fue declarada en baja laboral por enfermedad y, según los servicios públicos de salud que se ocuparon de su caso, no estaba en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo.

Conforme a lo consignado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2006), la empresa Eurest (donde trabajaba la señora Chacón) la despidió sin indicar cuál era la causa del mismo, reconociendo al mismo tiempo el carácter improcedente del despido y ofreciéndole una indemnización (2006, p.11). Frente a ese hecho, la señora Chacón presentó una demanda, manifestando ante la jurisdicción laboral española que el despido era nulo, en base a la supuesta existencia de desigualdad de trato y a la discriminación a la que habría sido objeto, solicitando ser reincorporada (p. 11).

En su oportunidad, los tribunales españoles manifestaron que existía una relación de causalidad entre la enfermedad y la discapacidad, siendo que una trabajadora en la situación de la denunciante debía ser protegido, en virtud de la prohibición de las discriminaciones por motivos de discapacidad (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2006, p.11).

La sentencia aquí comentada resulta interesante al no equiparar discapacidad con enfermedad: en efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2006) consideró, en base a la normativa europea, que una enfermedad como causa de una posible discapacidad no era asimilable esta última y, por tanto, no constituye un indicio que permita considerar la existencia de discriminación por discapacidad. De ahí se precisa que, para que una limitante sea considerada discapacidad, se debe determinar que la misma tenga la probabilidad que sea de duración prolongada (2006, p.17)

Resulta pertinente indicar que, en el presente caso, se precisa que una enfermedad puede ser fuente de una discapacidad; conforme a lo señalado por el Abogado General, señor Geelhoed, ello implicaría para el que desee acogerse a la prohibición de discriminación por discapacidad, que deberá demostrar que el despido no está motivado por la propia enfermedad, sino por las limitaciones duraderas o permanentes derivadas de la misma (Conclusiones del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas contra Ernest Colectividades, S.A., numeral 80).

(...) el órgano jurisdiccional remitente estima que los trabajadores deben estar protegidos en el momento oportuno en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad. Lo contrario podría, según él, vaciar de contenido la protección pretendida por el legislador y fomentar prácticas discriminatorias incontroladas (Conclusiones del Abogado General, 2006, numeral 20).

El desarrollo realizado aquí resulta siendo importante, debido a que considera que la discriminación debe ser probada, es decir, el supuesto afectado debe demostrar que fue despedido, no por la enfermedad per se, sino por las secuelas de la misma.

2.3.2. Caso Coleman

En este caso, la señora Coleman trabajó como secretaria un empresario; posteriormente, tuvo un hijo que padece una serie de enfermedades bronquiales congénitas, que requieren cuidados específicos y especializados, que le eran brindados por su madre.

Tiempo después, la señora Coleman aceptó dimitir bajo el supuesto de exceso de plantilla, (voluntary redundancy) lo que puso fin al contrato que la vinculaba a su antiguo empleador.

Sin embargo, posteriormente presentó una demanda ante el Tribunal Laboral del Sur de Londres, sosteniendo que había sido víctima de un despido encubierto y de un trato menos favorable que el que obtuvieron otros ex empleados, por tener un hijo discapacitado, alegando que se vio obligada, como consecuencia del trato recibido, a dejar de trabajar (Muñoz, 2009, p.324).

La cuestión que surgió fue determinar si la demandante en el litigio principal puede ampararse en las disposiciones del Derecho nacional, haciendo referencia a la Directiva del Consejo 2000/78/CE del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la misma que introduce en la Unión Europea el derecho anti-discriminación en relación con la discapacidad; en ese sentido, para invocar la discriminación de la que considera haber sido objeto, es decir, que supuestamente fue víctima de un trato desfavorable vinculado con la discapacidad que padece su hijo (Muñoz, 2009, p.324).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal como lo señala Muñoz (2009), se pronunció señalando que la prohibición de discriminación no sólo se limita a la discriminación directa, es decir, no se limita únicamente a aquellas personas que sean discapacitadas, sino que se extiende en casos como el indicado, donde un trabajador acredita que el trato desfavorable que sufre está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien se dedica la mayor parte de los cuidados. Es decir, el concepto comunitario de discapacidad incluye a una persona estrechamente vinculada a una persona discapacitada y que haya sido discriminada por razón de dicha asociación, que se denomina “discapacidad por asociación” (Muñoz, 2009, p. 325).

Como se puede apreciar, la jurisprudencia sobre discriminación por discapacidad es, en líneas generales, muy amplia en su interpretación sobre la discriminación, existiendo la tendencia a favorecer a los afectados por dichas prácticas, y precisando cuando no nos encontramos frente a ellas. Lamentablemente, si bien la jurisprudencia nacional da algunas luces al respecto, las mismas no aclaran mucho el panorama, tal como se podrá apreciar en el siguiente acápite.

2.4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano

2.4.1. Expediente N° 0048-2004-PI/TC (José Miguel Morales Dasso vs Congreso de la

República)

Este proceso constitucional empieza cuando el señor Morales Dasso interpuso demanda de inconstitucionalidad, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N.º 28258, Ley de Regalía Minera.

Sobre la inconstitucionalidad de la norma, los demandantes sostenían –entre otros puntos– que la Ley cuestionada transgredía el principio de igualdad jurídica, debido a que:

realiza un trato discriminatorio cuando impone su pago en el sector minero, obviando al resto de sectores productivos. Asimismo, aducían que dicho “trato discriminatorio” también se produce dentro del propio sector minero, al dejar fuera de su ámbito de aplicación a los pequeños productores mineros. (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, p.8)

En el presente caso, el Tribunal Constitucional (2005) tuvo muy claro, en primer lugar, el contenido esencial del derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 2º de la Constitución, precisando que consiste en ser tratado de la misma forma que otros en la misma situación o condición (p. 23).

A la vez, resulta relevante señalar que el Tribunal distingue la discriminación de otras conductas, señalando que:

En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (2005, p. 28).

Por otro lado, el Tribunal realizó el test de proporcionalidad, analizando los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, determinando que la Ley cuestionada en esta sentencia no generaba discriminación alguna y, por tanto, no vulneraba el principio de no discriminación.

2.4.2. Expediente N° 3081-2007-PA/TC (R.J.S.A. Vda. de R. vs. Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima)

Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional (2007), una señora de avanzada edad recurre en demanda de amparo a favor de su hija contra Essalud, a fin de que se deje sin efecto un Informe Médico de Alta, indicando que el mismo afecta el derecho a la salud de su señora hija, pues considera que ésta requiere tratamiento psiquiátrico permanente porque adolece de problemas de salud mental. Asimismo, expresa que el informe es contradictorio, a la vez que no considera que no está en la posibilidad de hacerse cargo de la paciente. (pp. 1-3)

En este proceso, el máximo intérprete constitucional hace un análisis del deber a la salud, y se hace una enumeración de los acuerdos internacionales que buscan prevenir la discriminación, en especial en relación con las personas con discapacidad; sin embargo, la sentencia no hace un análisis más profundo del tema de discriminación, que hubiera precisado las coordenadas sobre las cuales analizar con mayor detenimiento el tema.

En efecto, el Tribunal Constitucional (2007) hace alusión a una serie de instrumentos normativos internacionales, entre los cuales figura la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, pero se limita a expresar lo que dichos instrumentos consignan (pp. 13-14).

2.4.3. Expediente N° 5652-2007-PA/TC (Rosa Bethzabé Gambini Vidal vs. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima).

En este caso, la señora Gambini interpuso demanda de amparo contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM) y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), señalando que habría sido despedida de forma discriminatoria porque estaba embarazada, y que, en consecuencia, se le repusiera en su puesto de trabajo, con el respectivo pago de las remuneraciones no percibidas. Alegó también que habría sido objeto de despido discriminatorio por razón de sexo, lo cual era de conocimiento de la SBLM (Tribunal Constitucional, 2008, pp. 1-2)

En el caso materia de comentario, el Tribunal Constitucional (2008) recurre a la definición empleada por la Organización de las Naciones Unidas respecto a lo que se entiende por discriminación a nivel de la comunidad internacional.

Es la distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las personas (p. 5).

Por otro lado, la sentencia aquí comentada expresa que reconocer la igualdad es base para que no exista trato diferenciado. Por otro lado, reconoce que el derecho a la igualdad se divide en dos principios:

(i) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y (ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva (Tribunal Constitucional del Perú, 2008, p. 6).

Sin embargo, el Tribunal reconoce que pueden existir tratos diferenciados, siempre que exista una justificación objetiva y razonable, no injusta o arbitraria; asimismo, indica que no todos los sujetos de derecho tienen iguales derechos u obligaciones, por lo que no todo trato desigual conlleva discriminación, sino un trato diferenciado justificado.

De esta forma, podemos concluir que el Tribunal Constitucional Peruano considera que toda discriminación es un trato desigual, pero no todo trato desigual configura discriminación prohibida por la constitución y la ley. En este sentido, siguen los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instancia internacional que ha señalado claramente que no todo trato jurídico (sea normativo o de otro tipo) es discriminatorio, considerando que no necesariamente afecta la dignidad del ser humano (2008, p. 6).

Finalmente, si bien el presente caso está vinculado concretamente a discriminación en el trabajo, no es menos relevante para el presente estudio que se resalte la idea que, en general, la discriminación afecta a grupos o minorías, algo que no debe perderse de vista, a la hora de determinar si existe o no discriminación. De ahí que el Tribunal Constitucional indique que:

Las personas pueden ser excluidas o incluso disuadidas de aspirar a un empleo por motivos de raza, sexo, religión u orientación sexual, entre otros motivos, o pueden ser obstaculizadas para ser promovidas profesionalmente. Por ejemplo, hay discriminación

laboral cuando a una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo político minoritario, se le deniega un empleo, o cuando trabajadores competentes son víctimas de acoso laboral por motivo de su afiliación sindical. (2008, p.14)

2.4.4. Expediente N° 2437-2013-PA/TC (Caso Perros Guías).

En este caso, tres ciudadanos presentaron recurso de agravio constitucional contra la sentencia emitida por la autoridad jurisdiccional en segunda instancia (en este caso, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima) que, reformando la sentencia de primera instancia apelada, declaró infundada la demanda de amparo interpuesta contra Supermercados Peruanos S.A. Plaza Veá.

La demanda de amparo interpuesta contra la cadena de supermercados se originó ante la negativa formulada por dicha empresa a la solicitud sustentada en que, ante su evidente condición de invidentes, se les permitiera ingresar en las tiendas de Supermercados Peruanos a nivel nacional, con la compañía de un animal de asistencia o perro guía.

Los ciudadanos que acudieron ante el Tribunal Constitucional alegaron que prohibir el ingreso a un perro guía vulneraba una serie de derechos, entre otros, como el libre desarrollo y bienestar, a la igualdad y no discriminación, a la accesibilidad y movilidad personal (Tribunal Constitucional del Perú, 2014, p.2).

Es importante señalar que, para el Tribunal Constitucional, nos encontraríamos ante una afectación a la igualdad de trato: a) cuando ante situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual; y, b) cuando frente a situaciones desiguales se brinda un trato igualitario, como en el caso de las personas con discapacidad (2014, p. 3).

Nuestro máximo tribunal (2014) señaló que todas las actividades humanas se realizan en ambientes físicos, públicos o privados, que –generalmente- se ajustan a las necesidades de las personas no discapacitadas (p.5), lo cual configura un problema para quienes sí son discapacitados o personas con habilidades especiales, con los problemas que se hacen patentes ahora.

En opinión con el Tribunal Constitucional, en relación con las personas con discapacidad, se debe garantizar que los espacios públicos o privados, de uso o abiertos al público, “tengan la infraestructura adecuada que les permita el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de cualquier otra clase” (2014, p. 6).

CAPÍTULO III

EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR PERUANO

3.1. Normativa aplicable en materia de protección al consumidor

Respecto de la discriminación, debemos indicar que, a fin de tener una mejor perspectiva del derecho a no ser discriminado, debemos apreciar cómo las principales normas que regulan la materia de estudio en la presente investigación, como son la actual Constitución Política y Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

3.1.1. Constitución Política del Perú.

La Constitución Peruana de 1993 reconoce, en primer lugar, la primacía de la persona humana y reconoce la necesidad de la defensa de sus derechos, a través de los mecanismos que el propio ordenamiento jurídico le ofrece. Es necesario, por tanto, hacer un análisis sistemático de la misma.

El artículo 1° de la Constitución Política del Perú, establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. De ahí que nuestro texto constitucional centre su atención, específicamente, en la persona, basculando los demás artículos en consonancia con esta premisa (Ministerio de Justicia, 2018, p. 29).

Ahora bien, nuestro texto constitucional señala en su artículo 2°, inciso 2, que “Toda persona tiene derecho 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” (Ministerio de Justicia, 2018, p. 29).

Cabe indicar que la actual constitución es la primera en la historia republicada del país que reconoce el derecho a no ser discriminado, vinculado pero distinto al derecho a la igualdad:

Es decir, la igualdad por definición supone dos o más situaciones o relaciones jurídicas que son comparadas entre sí para determinar si se está produciendo un trato igual o desigual a las personas involucradas. Pero las personas pueden estar dentro de esta comparación en dos posiciones cualitativamente distintas o pueden tener una posición analógica en el sentido de que es sustantivamente semejante o pueden tener una situación diferente que las hace desiguales no en tanto personas sino en tanto sus circunstancias y características (Rubio, 1999, p.151).

Asimismo, tal como se puede apreciar, la defensa de la igualdad tiene una doble vertiente: por un lado, el reconocimiento formal del derecho a la igualdad ante la ley, base para hablar del derecho a la no discriminación (lo que implica la posibilidad de defender el mismo ante las instancias correspondientes); por otro lado, se expresa el derecho a la igualdad material, siendo el Estado el principal obligado en respetar y no infringir el mencionado derecho.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (Tribunal Constitucional del Perú, 2011, p. 10-11)

Lo dicho por la Constitución refleja que el punto central de nuestro ordenamiento jurídico es la persona, por encima de cualquier otra consideración, lo cual debe ser reflejado en la actuación de las instituciones que conforman el ordenamiento jurídico peruano, reflejo claro de la ideología del legislador constituyente (Prieto, 2002, p.17).

Esta interpretación de la actual Constitución es la que actualmente existe en nuestro país, donde el Estado adquiere una labor protagónica a fin de hacer real lo que se reconoce formalmente:

Lo expuesto, sumado al desarrollo que tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial se ha venido realizando sobre esta materia, permite que hoy en día el contenido del concepto de igualdad responda al contexto y necesidades del momento, superando el carácter meramente formal de la igualdad ante la ley, la cual constituía una suerte de ficción jurídica ante la existencia de desigualdades entre los grupos sociales que sólo podían ser superadas a partir de una actuación de los poderes públicos (Defensoría del Pueblo, 2011, 17).

La interpretación que el derecho a la igualdad ante la ley que tienen todo ciudadano ante el Estado, permite la defensa del derecho a no ser discriminado, de ahí que Huerta (2005) considere que es el primer llamado a no brindar trato desigual.

La discriminación por parte del Estado también se manifiesta cuando a través de los diferentes órganos del gobierno nacional, o de los gobiernos locales o regionales, se adoptan medidas de carácter discriminatorio (p. 313).

Sin embargo, ello no quiere decir que el inciso 2 del artículo 2° de la Carta Magna no reconozca la existencia de distinciones respecto de la regla general de la igualdad de trato.

De modo pues que este derecho a la igualdad jurídica de trato en la ley y en su aplicación, no sólo no implica una igualdad material; tampoco impide que se establezcan o reconozcan ciertas diferencias o desigualdades, a condición de que éstas no sean arbitrarias o irrazonables ya que -de tener dicho carácter- resultarían discriminatorias, supuesto éste que sí está vedado tanto a la ley como a su aplicación (Eguiguren 1997, p.66).

3.1.2. Código de Protección y Defensa del Consumidor.

La Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, recoge expresamente en su artículo 38° la prohibición de la discriminación en el consumo:

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 (Ministerio de Justicia, 2018, p. 50).

Revisando el mencionado artículo, se aprecia que el mismo refleja claramente el patrón establecido –a la luz de los tratados, la constitución y la jurisprudencia- respecto de la discriminación y la existencia de un trato diferenciado, contemplando dentro de este último concepto a la atención preferente, que debe ser entendida a la luz de lo dispuesto por la Ley N° 27408, Ley que establece la atención preferente a las mujeres embarazadas, las niñas, niños, los adultos mayores, en lugares de atención al público, como un trato sustentado brindado prioritariamente a ciudadanos en situaciones particulares de vulnerabilidad (como salud, seguridad, etc).

Ello es necesario resaltar, por cuanto en un inicio la norma que antecedió al actual Código, el Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada) no contenía de forma explícita la no discriminación, sino se enmarcaba en el bloque de sus disposiciones específicas; en efecto, el artículo 5° de la referida norma señala una serie de principios vinculados a la relación de consumo, indicándose entre otros, los siguientes: a) Derecho a recibir información necesaria; b) Derecho a tener acceso a variedad en la oferta propuesta; c) Derecho del consumidor a un trato justo, así como a no sufrir coerción y desinformación; y, d) Derecho a reparación por daños y perjuicios.

De acuerdo con algunos autores, como Agüero y Rodríguez (2014), el derecho a no ser discriminado se ubicaría en la normativa anterior a la Ley N° 29571, en el artículo 5° antes comentado, al estar indicado que se protege al consumidor a través del trato equitativo y justo (p. 43).

Posteriormente, mediante la expedición de la Ley N° 27049, Ley que precisa el derecho de los ciudadanos a no ser discriminados en el consumo, se modificó el Decreto Legislativo N° 716, estableciéndose claramente en el inciso d° del artículo 5° la referencia a la no discriminación, al señalar en el artículo 1° que, al hablar de la protección de los intereses económicos de los consumidores, ello incluye la no discriminación, sea cual sea el motivo, en la adquisición de bienes o prestación de servicios.

Asimismo, se incluyó el artículo 7B°, que establecía la prohibición directa a todos los proveedores de discriminar a los consumidores respecto a los solicitantes de los productos y

servicios, sin la existencia de causas razonables, objetivas y justificadas que dieran sustento a dicha medida (por ejemplo, seguridad del establecimiento o tranquilidad de los clientes).

Volviendo al artículo 38° de la Ley N° 29571, se aprecia que dicho artículo distingue de forma clara lo que es, por un lado, discriminación y, por el otro, trato diferenciado; así como suprime o elimina el trato diferenciado ilícito, el cual vulneraría los derechos de los consumidores; stricto sensu, si se recoge la figura del trato diferenciado, cuando esté fundado en causas objetivas y razonables.

Como se puede apreciar, la normativa en materia de protección al consumidor vigente en nuestro país ha recogido acertadamente el desarrollo que, proveniente del derecho internacional comparado y del derecho constitucional, se ha dado en las últimas décadas respecto de la no discriminación y el trato diferenciado. Sin embargo, cabe preguntarse, ¿La jurisprudencia emanada de la autoridad administrativa ha recogido con la misma claridad dicho análisis? Es una pregunta que trataremos de responder en las siguientes páginas del presente trabajo.

3.2. Jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI sobre discriminación

No se puede analizar el caso materia de la presente tesis, sin dar un vistazo a lo dispuesto por la autoridad administrativa sobre protección al consumidor, que es INDECOPI, que ha resuelto una serie de casos, a lo largo de los años, respecto del tema de Discriminación y Trato Diferenciado.

Cabe indicar que, si bien para una parte de la doctrina nacional no existe trato diferenciado ilícito no discriminatorio, por cuanto una diferenciación que no se fundamenta en causas objetivas y justificadas, implica lisa y llanamente discriminación.

Sin embargo, consideramos que el Tribunal del INDECOPI acertadamente incluyó la categoría de trato injustificado en sus resoluciones, por cuanto cuando se habla de trato diferenciado como de discriminación, debe entenderse que se hablan de conceptos íntimamente vinculados, como de género a especie; igualmente, se debe considerar que la discriminación implica un elemento de irracionalidad que debe ser probado, dirigido contra un grupo o colectivo determinado, lo cual no se configura (como se apreciará luego) en todos los casos; finalmente, resulta evidente que dicha clasificación ayuda a graduar la sanción.

Con cargo a un análisis casuístico detallado, podemos desde ya advertir que la jurisprudencia administrativa en materia de protección al consumidor fue inicialmente fluctuante, en el sentido que inicialmente los distintos colegiados integrantes de la Sala de Defensa de la Competencia (luego Sala de Competencia N° 1, ahora Sala de Protección al Consumidor) del Tribunal del INDECOPI no tenían un concepto uniforme sobre el particular, hasta que el caso Céliz marcó un antes y un después para determinar la existencia o no de discriminación y trato diferenciado.

A continuación, analizaremos algunos casos de la jurisprudencia del INDECOPI, que versan sobre discriminación, en la última década.

3.2.1. Discriminación y trato diferenciado

Resolución N° 1415–2006/TDC-INDECOPI (Caso Café del Mar)

Este caso, uno de los más conocidos en materia de discriminación, nace a raíz de una investigación de oficio iniciada por INDECOPI contra Gesur S.A.C., por discriminar consumidores en establecimientos público; ante dicha circunstancia, se comprobó que no se permitió el ingreso de una pareja, a un local, por sus rasgos étnicos (INDECOPI, 2006, pp. 1-2).

Este caso concluye en la vía administrativa, con la emisión de la Resolución N° 1415-2006/TDC-INDECOPI, que en su momento confirmó la Resolución N° 911-2006/CPC, emitida por la primera instancia administrativa (Comisión de Protección al Consumidor), al quedar acreditada para la Sala de Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI que el local “Café del Mar” ofrecía un servicio diferenciado a sus clientes, el mismo que no encontraba sustento en razones objetivas, produciéndose conductas discriminatorias configuradas, vinculadas al origen étnico y a la condición económica de los consumidores, imponiéndosele a Gesur S.A.C. una multa de 37 Unidades Impositivas Tributarias.

Lo primero que llama la atención de la mencionada resolución –y por eso la hemos tomado en cuenta para comenzar nuestro análisis- es la claridad que tiene el colegiado para apreciar, antes que nada, la libertad contractual (señalado en la actual Constitución del Perú) frente al derecho a no ser discriminado (artículo 62° de la Carta Magna): lo que hizo el Tribunal en su

momento fue un análisis de proporcionalidad, el mismo que –tal como se apreció en su oportunidad- implica sopesar dos derechos, señalando las razones precisas de porqué preferir uno frente al otro. De acuerdo con Agüero y Rodríguez, “las normas constitucionales referidas no se encuentran en conflicto pues se entiende que la libertad contractual no puede ser sustento para poner en riesgo el principio de la no discriminación, presupuesto fundamental en la construcción del Estado democrático de Derecho” (2014, p. 73).

Ello nos permite ver que todo derecho tiene límites. En el presente caso, la libertad de contratación tiene dos limitantes, a saber: la finalidad lícita y que su ejercicio no contravenga el orden público.

Lo segundo que llama la atención es que, para INDECOPI, sea resaltante el carácter irracional del acto de discriminación, lo que lleva en principio a que sea difícil de detectar (considerando el hecho que es reprobable precisamente por su falta de lógica) y a la vez que requiera de un análisis metódico y de la participación de la autoridad de consumo, en total coherencia de con el artículo 65° de la Carta Magna.

La discriminación suele ser un hecho clandestino de muy difícil probanza dada la velocidad con que se desarrollan las actividades de los ciudadanos -particularmente en el ámbito comercial - y los nulos o muy escasos incentivos que existen para que los afectados con estas conductas desarrollen acciones de denuncia y persecución (...). Es deber de la autoridad administrativa vigilar que la discriminación, conducta naturalmente encubierta, sea puesta de manifiesto y se le sancione tal y como establece el ordenamiento jurídico vigente (INDECOPI, 2004, p.4).

En tercer lugar, y en nuestra opinión, el aporte más importante de esta sentencia es reconocer el impacto que una práctica discriminatoria puede tener, no sólo en el consumidor individualmente considerado, sino también en la generalidad de los consumidores en el mercado, ante el trato diferenciado que reciben por parte de un proveedor:

Corresponde señalar que cuando se verifica una restricción del acceso al consumo - que al mismo tiempo vulnera la libertad de elección de los consumidores - basada en una práctica discriminatoria que importa que un proveedor está brindando un trato no equitativo en la prestación de sus servicios (en este caso esparcimiento), se genera un daño en la credibilidad y confianza de los consumidores en el sistema (INDECOPI, 2006, p. 9).

Sin embargo, consideramos que esta resolución del Tribunal del INDECOPI, si bien es un buen precedente administrativo, adolecería de dos falencias: la primera, el profundizar en el tema del test de proporcionalidad para determinar cuándo nos hallamos ante un acto de discriminación; la segunda, el no precisar la diferencia doctrinal que existe entre discriminación y trato diferenciado.

No obstante, resulta evidente en el presente caso que nos encontramos ante actos discriminatorios, por cuanto, tal como se ha señalado, resulta siendo un hecho sistemático o constante de marcar distancia, ante características que tenga el sujeto que, a ojos del discriminador, lleven a distinguir a otro como alguien que no es un igual, siendo también que la discriminación va dirigida contra un grupo o colectivo determinado, que tiene las características que el otro (persona y grupo) no tiene, generando una asociación mental de negatividad y asimetría frente a ese grupo.

Somos de la opinión que debió hacerse la precisión respecto a que no es lo mismo un acto de discriminación de un trato diferenciado, considerando además que un acto de discriminación no tiene fundamento alguno, a diferencia de un trato diferenciado, el mismo que puede darse si es que existe motivos que justifiquen de forma racional el porqué del trato. Un ejemplo de ello, como lo señalan Agüero y Rodríguez (2014), se podrían dar en casos como el de Café del Mar.

Debido a que por la naturaleza del servicio o del producto podrían ser razonables la exigencia de determinados requisitos que no pudiesen ser usuales para otros casos. Se nos ocurre, por ejemplo, hacer un “club de billonarios”, con lo cual podría ser razonable exigir, como parte de la afiliación, que el candidato al club demuestre que por lo menos tiene un billón de soles o dólares, según el caso (p. 74).

Resolución N° 1731-2010/SC2-INDECOPI (Caso Mamabars S.A.C.)

Este otro caso, no menos interesante que el anterior, trata sobre la expulsión violenta de una persona de un local de diversión, Mamá Batata, sin razón aparente; por ello, el denunciante expresó que habría sido objeto de prácticas discriminatorias.

Ante ello, el Tribunal del INDECOPI, confirmando la sanción de la Comisión de Protección al Consumidor, sancionó a la empresa dueña del establecimiento público, toda vez que incurrió

en una exclusión injustificada de clientela en perjuicio del consumidor denunciante, infringiendo así el artículo 7ºB del Decreto Legislativo N° 716, entonces vigente, por lo que recibió una sanción de 2 Unidades Impositivas Tributarias.

Este caso resulta particularmente interesante, en la medida que la Sala del Tribunal del INDECOPI analiza de forma cuidadosa el hecho de la irracionalidad del acto discriminator, que va dirigido contra un colectivo o grupo humano determinado. En efecto, en palabras del Tribunal del INDECOPI,

en esta variante la limitación de acceso a un servicio estaría dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos, siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes solo una evidencia de tal desvaloración (2010, p. 5).

Asimismo, hay que resaltar el numeral 18 de la resolución antes indicada, debido a que, de acuerdo con INDECOPI, por la naturaleza irracional de estos actos (y su evidente secuela negativa), se precisa la probanza del acto, sea para demostrar que hubo trato diferenciado o no (2010, p.6).

Cabe destacar el hecho que, si bien de forma no tan tajante, el Tribunal del INDECOPI hace la distinción entre los conceptos de trato diferenciado y discriminación, incidiendo en el carácter agravado de la discriminación respecto de otros tratos diferenciadores ilícitos:

La sanción de la forma agravada correspondiente a actos de discriminación requiere de una mayor actuación probatoria acorde con la naturaleza de este tipo de prácticas, a través de diligencias de inspección, sin notificación previa, u otros medios aportados por las partes en ese sentido que permitan a la Administración determinar la existencia de esta clase de infracciones (2010, p.7).

Finalmente, cabe indicar que el presente caso la denunciada Mamabars S.A.C. no fue sancionada por discriminación, debido a que –de acuerdo a la actuación y análisis de los indicios y medios probatorios presentados- se apreció que el ingreso a la discoteca fue injustificado, pero sin que se acredite la existencia de discriminación. De ahí que se le sancione por exclusión injustificada de clientela.

Resolución N° 2713-2010/SC2-INDECOPI (Banco de Crédito del Perú)

La presente resolución tiene como antecedente la negativa de una entidad financiera, respecto de la solicitud de una persona natural de abrir una cuenta para el depósito de las remuneraciones; de acuerdo con la persona denunciante, se rechazó su pedido sin mayor explicación o sustento.

En ambas instancias resolutorias, se declaró fundada la denuncia contra la entidad financiera, la cual fue sancionada con multa de 10 Unidades Impositivas Tributarias, debido que, a juicio de la autoridad administrativa, habría cometido actos de discriminación prohibidos por el artículo 7ºB de la Ley de Protección al Consumidor, al no acreditar que la negativa al permitir a la persona denunciante para abrir una cuenta de ahorros se produjo por causas objetivas y justificadas.

En los numerales 7 y 8 de la Resolución N° 2713-2010/SC2-INDECOPI, el Tribunal de dicha entidad pública comienza haciendo un análisis de proporcionalidad entre la libertad de contratación que tienen los proveedores, y la obligación que tienen los mismos a dar un trato equitativo a los consumidores, concluyendo que:

En la práctica los derechos antes citados se resumen en la obligación de los proveedores de dispensar un trato equitativo brindando sus servicios o productos sin exclusiones o selección de clientela, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de sus prestaciones (INDECOPI, 2010, p.2).

Asimismo, el Tribunal antes mencionado reconoce la coexistencia, y no la disociación, entre el derecho a la igualdad (y, evidentemente, el derecho a no ser discriminado) así como la libertad de contratar, que debe regir en toda relación contractual (INDECOPI, 2010, p.5).

Igualmente, se resalta la gradualidad que existe en el trato a los consumidores, haciendo hincapié en que la discriminación resulta siendo, por lo demás, el más grave de todos los tratos contra el consumidor:

Aunque coloquialmente los consumidores puedan calificar como discriminación a cualquier trato diferenciado, la discriminación reviste una gravedad mayor dentro de este tipo de limitaciones pues aquí la restricción no sólo afecta el derecho a acceder o disfrutar los productos y servicios ofertados dentro de la dinámica regular de una economía social de mercado, sino que adicionalmente afecta la dignidad de las personas y socava las

condiciones básicas para el desarrollo de una vida en sociedad (2010, p. 2).

Lo que resulta interesante de la mencionada resolución, es el hecho que la **negativa injustificada a contratar sería un trato diferenciado ilícito**, cuya comisión per se atentaría contra los derechos de los consumidores, reconocidos tanto normativa como constitucionalmente, al negarse con ello el trato equitativo y justo que merecen recibir los consumidores:

Aceptar el argumento formulado por el Banco de Crédito, en el sentido que no tiene obligación de justificar su negativa a contratar, implicaría que quede sin contenido el derecho de los consumidores a obtener un trato equitativo y justo en toda transacción comercial. En efecto, se debe evitar que los intereses económicos del consumidor queden desprotegidos como cuando el proveedor rechaza el acceso a un determinado producto o servicio sin necesidad de expresar motivo alguno o bastando la alegación que su decisión depende del ejercicio de su voluntad (2010, p.5).

En base a dicho análisis, el Tribunal del INDECOPI llega a la conclusión que

la simple voluntad, sin ninguna justificación o explicación, de la entidad financiera no es una causal válida en el contexto de la protección al consumidor, cuyo presupuesto es que éste goce de toda la información relevante a fin que se pueda desenvolverse en el mercado” (2010, p. 6).

Resolución N° 0001-2011/SC2-INDECOPI (Banco Falabella Perú S.A.)

Este caso versa sobre una consumidora que, al haber solicitado una nueva tarjeta de crédito a una entidad financiera, esta última se negó, alegando que resultaba imposible identificarla, pese a que la solicitante acudió en persona a efectuar dicha solicitud. Cabe indicar que la consumidora no podía firmar, por cuanto había sufrido un derrame cerebral.

Cabe indicar que, mediante Resolución N° 117-2010/INDECOPI-LAM del 29 de enero de 2010, la primera instancia administrativa (la Comisión adscrita a la Oficina Regional del INDECOPI en Lambayeque) declaró infundada la denuncia de la consumidora contra el Banco Falabella por infracción del artículo 7°B de la Ley de Protección al Consumidor; asimismo, dicha instancia administrativa denegó las medidas correctivas y el pago de las costas y costos solicitadas por la denunciante.

En ese sentido, la Comisión del INDECOPI consideró que la negativa de la entidad financiera a entregar una nueva tarjeta no fue fruto de un acto discriminatorio, sino de un trato diferenciado, debidamente justificado, que nacía de un hecho objetivo: la falta de coincidencia entre la firma de la consumidora y la firma que estaba consignada en su documento de identidad.

Posteriormente, la segunda instancia administrativa (el Tribunal del INDECOPI) hizo un análisis sumamente detallado, haciendo énfasis en las figuras de discriminación y de trato diferenciado. En efecto, en el numeral 14 de la Resolución, el Tribunal hizo la precisión que nuestro ordenamiento jurídico (representado por el Tribunal Constitucional) hace distinciones:

entre los actos de discriminación y el simple trato diferenciado o exclusión injustificada, condenando ambas conductas, siendo que este colegiado considera que ambos supuestos se encuentran prohibidos en el ámbito del consumo por el artículo 7-B° de la Ley de Protección al Consumidor en los términos antes expuestos (INDECOPI, 2011, p. 6).

El Tribunal del INDECOPI hace también la precisión en que la discriminación puede adquirir otras formas, no sólo la de exclusión a un bien o servicio.

El espectro de situaciones en las que se puedan producir actos de discriminación contra discapacitados es bastante amplio (relaciones laborales, educativas, de esparcimiento, de acceso al crédito, etc.); sin embargo, las actuaciones gubernamentales a favor de las personas con discapacidad deben procurar que se eviten todas las prácticas que limiten el libre desarrollo de la personalidad del sujeto que adolece de discapacidad física, mental o sensorial (2011, p. 6).

A diferencia de las anteriores resoluciones analizadas, esta resolución considera precisa la actividad probatoria ya delineada, al señalar que **la discriminación implica una mayor actuación probatoria**, requiriéndose la participación de la administración:

La sanción de la forma agravada correspondiente a actos de discriminación requiere de una mayor actuación probatoria acorde con la naturaleza de este tipo de prácticas, a través de diligencias de inspección, sin notificación previa, u otros medios aportados por las partes en ese sentido que permitan a la Administración determinar la existencia de esta

clase de infracciones, pues aun cuando el proveedor no logre acreditar una condición objetiva para la limitación o negativa de acceso, dicha situación sólo podría implicar un trato desigual por la selección de clientela injustificada sin llegar a dar cuenta de prácticas discriminatorias, figura agravada de esta práctica (INDECOPI, 2011, p. 7-8).

Asimismo, en base a doctrina nacional e internacional, el Tribunal del INDECOPI señaló que, si bien la discapacidad puede manifestarse de múltiples formas (física, mental o sensorial), deben adoptarse acciones (calificadas de positivas) para garantizar a quienes las tienen el ejercicio a su derecho al libre desarrollo y bienestar, algo que no se habría realizado en el presente caso, al preferir la entidad financiera el cumplimiento de un formalismo frente a la evidente discapacidad de la consumidora (2011, p. 9).

A la vez, la segunda instancia administrativa realiza algunas precisiones al momento respecto a cuándo se emite un pronunciamiento sobre discriminación, al parecer para precisar su ámbito de competencias:

En este punto, se debe aclarar que la Comisión y la Sala únicamente pueden emitir un pronunciamiento sobre casos de discriminación contra personas con discapacidad en las situaciones donde está involucrada una relación de consumo efectiva o potencial. Ello, tomando en cuenta la competencia de esta administración en estos supuestos, los cuales también representan un amplio grupo de situaciones donde se puede afectar a un consumidor o usuario de servicios educativos, financieros, inmobiliarios, etc (2011, p. 11).

Finalmente, en el caso materia del procedimiento, y en aras de salvaguardar los derechos de los consumidores, se hizo la precisión que hay más de una forma para precisar la identidad de éstos, configurándose de esta manera –frente a la discapacidad física de la consumidora– un trato arbitrario e injustificado por la entidad financiera, considerando que las empresas de este ramo tienen una posición más ventajosa para identificar a sus clientes (2011, p.15).

Esta resolución, en nuestro concepto una de las más detalladas en el análisis del tema de discriminación en el consumo, si bien es apreciable por hacer el deslinde entre discriminación y trato diferenciado, adolece de varias omisiones al igual que las otras resoluciones antes analizadas; ello resulta algo sumamente grave a la hora de analizar, en su integridad, dichos temas:

En primer lugar, si bien se hace mención que los conceptos de discriminación y trato

diferenciado son distintos, e incluso se expresa que la discriminación es una forma agravada de trato diferenciado, no se toma en cuenta que la discriminación no sólo es irracional y que va dirigida contra un grupo determinado, sino que además conlleva una serie de actos repetitivos: ello resulta ser el mejor indicio para la administración que se comete discriminación.

Recordemos que discriminar no es un mero hecho aislado, apartado de la realidad social, sino que tiene un rastro, una secuela de repetición, que debe ser tomada en cuenta. De esta manera, un trato que afecta a una persona, no puede ser considerado como un acto discriminatorio, al faltar el carácter constante en el mismo.

Por otro lado, resulta evidente que la discriminación va dirigida contra un grupo o colectivo determinado, que tiene las características que el otro (persona y grupo) no tiene, generando una asociación mental de negatividad y asimetría frente a ese grupo. Por ello, la autoridad administrativa debe analizar si el accionar del proveedor ha sido constante al momento de realizar actos de ese tipo: es decir, si no va dirigido contra un colectivo identificable y no es un hecho repetitivo contra un colectivo, entonces no se puede hablar de discriminación, aunque sí de trato injustificado.

3.2.2. Discriminación por identidad sexual.

Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI (señor Olivera versus Supermercados Peruanos)

En el presente caso, el señor Christian Olivera Fuentes, presentó una denuncia ante INDECOPI, expresando que personal de un supermercado le trató de forma discriminatoria, por cuanto habrían impedido tener muestras de afecto con su pareja al interior de su establecimiento, al no ser heterosexuales.

La empresa propietaria del centro comercial manifestó que no se cometió acto de discriminación alguno contra el señor Olivera y su pareja, habiéndose limitado a morigerar su conducta de excesiva intimidad en el local, al no ser compatible con el espacio público (centro comercial).

La Comisión de Protección al Consumidor emitió la Resolución N° 1039-2005/CPC, que

declaró infundada la denuncia (posición en mayoría), sustentando su postura a la falta de medios probatorios que acrediten el trato desigual injustificado. Asimismo, consideró que resultaba razonable la exigencia a las parejas (sea cual sea su conformación) de moderación en su comportamiento, concretamente en zonas donde había menores de edad: de ahí que, en su concepto, era una intervención legítima la realizada en el presente caso.

Presentado el recurso de apelación por el denunciante, el Tribunal del INDECOPI emitió la Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI, a través de la cual confirmó lo dispuesto por la primera instancia administrativa.

Resulta interesante apreciar que el Tribunal del INDECOPI hace la distinción entre trato diferenciado y discriminación, señalando que el primer caso es lícito siempre que existan razones objetivas; a diferencia del segundo, que se sustenta en subjetividades. (2006, p.8)

Sin embargo, el Tribunal del INDECOPI omite dos elementos importantes para hablar de discriminación: la irracionalidad detrás de la conducta y la alusión a que se afecta a un colectivo determinado en la sociedad. También resulta interesante en el análisis la causa que justificaría.

En el caso de las conductas de pareja o vinculadas con la intimidad de las personas, resulta válido que el establecimiento reprima, entre otras, manifestaciones como el nudismo, las relaciones sexuales, o las manifestaciones de pareja que no sean acordes con el carácter público del establecimiento y con la intimidad de las conductas. En estos supuestos, dado su carácter vinculado con las costumbres socialmente aceptadas, el establecimiento deberá tener mucho cuidado con no trasladar a la prohibición de la conducta condiciones de tipo subjetivo o discriminatorio. (2006, p. 9)

Para el Tribunal, en el presente caso, hubiera existido un trato discriminatorio si en situaciones parecidas, se hubieran planteado prohibiciones por parte del centro comercial, de ahí que exprese que “En consecuencia, constituye un acto de discriminación que, ante similares circunstancias, se establezca un trato o pautas de comportamiento prohibitivas distintas en función de que las personas protagonistas sean heterosexuales u homosexuales” (INDECOPI, 2006, p.10).

Sin embargo, lo que decidió al colegiado administrativo para confirmar lo dispuesto por la

primera instancia administrativa, fue el hecho que **no existieran medios probatorios que acreditaran dicho acto de discriminación**, de la forma como se indicó en el párrafo anterior. Al no existir dichos medios probatorios, resulta claro que no se puede sancionar sobre presunciones:

El denunciante no ha presentado medio probatorio alguno en relación con los hechos materia de este procedimiento ocurridos el 11 de agosto de 2004. Los elementos probatorios presentados por el denunciante en el proceso (...) se encuentran más bien referidos a conductas que se habrían desarrollado en fecha posterior y que, incluso en algún caso, habrían sido captadas por los medios de comunicación. Al respecto, la Sala no se encuentra en condición de valorar dichas pruebas, toda vez que las mismas se habrían obtenido únicamente con intervención de los interesados y no se refieren directamente a los hechos materia de este procedimiento (2006, p. 11).

Cabe indicar que este pronunciamiento fue emitido en mayoría del colegiado del Tribunal del INDECOPI. Ahora bien, dos integrantes del Tribunal emitieron voto en discordia, haciendo una disertación respecto de lo que es discriminación y trato diferenciado, y su aplicación al caso concreto; pero, más allá de la discrepancia, el hecho concreto es que no hay medio probatorio que acredite la existencia de discriminación.

La necesidad de recurrir a medios probatorios concretos, y no a indicios, resulta siendo coherente con el carácter propio de la discriminación, a saber, el elemento irracional subyacente en los hechos, que Agüero y Rodríguez (2014, p. 26-27) definen como “el gusto por discriminar”, que debe ser acreditado lo mejor posible, teniendo en cuenta que se está ante un elemento *subjetivo*: si ello se prueba, recién se podrá hablar de actos discriminatorios.

Resolución N° 1507-2013/SPC-INDECOPI (Caso Plaza Hotel)

El caso versa sobre los actos de discriminación que habrían sufrido dos personas, al acudir a hospedarse en un hotel, siendo ello negado por los trabajadores de dicho centro de hospedaje, expresando que “no brindaban servicios de hospedaje a personas como ellos, por el bienestar y respeto a los demás clientes” (INDECOPI, 2013, p. 1).

La Comisión adscrita a la Oficina Regional del INDECOPI en Tacna, emitió la Resolución N° 165-2012/INDECOPI-TAC, declaró fundada la denuncia contra Plaza Hotel por infracción del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sancionando a dicha

empresa con una multa de 2 Unidades Impositivas Tributarias, así como disponiendo que la misma realice el pago de costas y costos incurridos por los denunciados en el procedimiento tramitado ante INDECOPI.

Ante la apelación planteada por la empresa denunciada, Plaza Hotel, la Sala de Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI emitió la Resolución N°1507-2013/SPC-INDECOPI, de fecha 12 de junio de 2013, a través de la cual confirmó lo resuelto por la primera instancia, al haber quedado acreditado, en su opinión, que se discriminó a los denunciantes por su orientación sexual.

La resolución emitida por el Tribunal del INDECOPI resalta que la no discriminación es un derecho que, si bien no está expresamente recogido en la Constitución Política del Perú,

es importante señalar que diversos tratados internacionales, así como el Código Procesal Constitucional, confirman que la discriminación por motivo de orientación sexual se halla proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose dentro de los supuestos de “otra índole” a los que hace referencia la cláusula general del artículo citado precedentemente” (2013, p. 3).

Asimismo, de acuerdo con el Tribunal, el artículo 39° del Código precisa las reglas básicas sobre las cuales se prueba la existencia de discriminación:

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 (...). Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios (Ministerio de Justicia, 2018, p. 51).

Analizando los artículos antes señalados, resulta evidente que el artículo 39° del Código de Protección y Defensa del Consumidor no tiene una redacción de lo más afortunada.

En efecto, podemos apreciar que un elemento que diferencia a la discriminación del trato diferenciado no se encuentra realmente precisado: nos referimos a la pertenencia a un grupo determinado, lo cual es realmente necesario de acreditar para hablar en el fondo de

discriminación.

Lamentablemente, como hemos indicado, no estamos de acuerdo que el criterio adoptado no considerara que la persona que habría sido agraviada perteneciera a un grupo o colectividad específica; en nuestra opinión, lo mejor hubiera sido indicar que, a fin de acreditar prácticas discriminatorias, es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado.

Lo ideal hubiera sido requerir la pertenencia a un colectivo determinado, antes que usar la expresión “grupo determinado” como forma de negación, perdiendo esta expresión su importancia real para precisar la existencia o no de discriminación.

Regresando al caso resuelto por el Tribunal del INDECOPI, la probanza de la existencia de trato diferenciado resultó ser bastante fácil, considerando lo expresado por el propio denunciado, al negárseles una suite matrimonial, a diferencia de otras parejas, por su orientación sexual (2013, p. 6).

En este caso, la denunciada intentó desprenderse de su responsabilidad, señalando que no pueden atribuirle responsabilidad alguna respecto del error de su dependiente “del cual no puede ser responsabilizado de forma directa” (2013, p. 6). Frente a ello, la Sala de Protección al Consumidor señaló que ello no era eximente de responsabilidad, precisando que:

En este punto, sobre las políticas contra la discriminación que ha invocado tener Plaza Hotel, este Colegiado coincide con la Comisión en el sentido de que la obligación de un proveedor no se agota con el establecimiento de dichas políticas, sino que además de ello deberán velar por el cumplimiento de las mismas dentro de su establecimiento comercial. Lo anterior, en la medida que, de no realizar tal fiscalización, se afectará a los consumidores en términos similares a si tales políticas no existieran, tal como se ha verificado en el presente caso (2013, p. 7).

Finalmente, resulta necesario indicar que el denunciante alegó que otras parejas, como la que forman los denunciantes, se hospedaron anteriormente, siendo que en esas oportunidades no fueron discriminadas dichas personas. Al respecto, el Tribunal del INDECOPI expresó que ello no resultaba siendo relevante para el presente caso (2013, p. 8).

Sobre este último punto, es necesario manifestar que no compartimos la opinión de la Sala, debido a que no tiene en cuenta que, al haberse determinado que se produjo un trato

discriminatorio contra los denunciados, el hecho es que no ha sido una práctica reiterada a lo largo del tiempo y que ello más bien habría debido tenerse en cuenta al momento de resolver, a fin de atenuar la sanción.

Resolución N° 2116-2016/SPC-INDECOPI (Caso Discorp Perú)

El procedimiento administrativo bajo comentario se inició de oficio por la Comisión de la Oficina Regional del INDECOPI de la Libertad contra la empresa Discorp Perú S.A.C. (en adelante, Discorp), propietaria de la discoteca “Ama Discotec Lounge”, por presunta infracción del artículo 38°, numerales 38.1, 38.2 y 38.3, de la Ley 29571, al haber tomado conocimiento que, aparentemente, se habría incurrido en prácticas discriminatorias y en una política de selección de clientela en su local, sin que mediaran razones de tranquilidad o seguridad a favor de sus clientes, al haberse expulsado a una pareja de varones por el hecho de haberse besado dentro del local de la discoteca.

Discorp señaló, entre otros puntos, que el personal de seguridad no expulsó del local al señor Bytton y su acompañante, pues ese término podía ser tomado como un acto violento en contra de ellos, solo pidió verbalmente a los dos que se retiraran de la discoteca por presentar un comportamiento inadecuado, tal como se podría apreciar en las imágenes de los videos que aportó al procedimiento.

Mediante Resolución N° 898-2015/INDECOPI-LAL del 7 de agosto de 2015, la Comisión halló responsable a la empresa por infracción del artículo 38° del Código, al haberse comprobado que la misma incurrió en actos discriminatorios, ya que expulsó injustificadamente a dos varones por haberse besado, pese a que las parejas heterosexuales se encontraban en las mismas condiciones; asimismo, dispuso que Discorp cumpliera con una serie de medidas cautelares.

Ante ello, la empresa presentó recurso de apelación, expresando –entre otros puntos- que no se habrían valorado debidamente los medios probatorios, los mismos que acreditarían que no cometió prácticas discriminatorias.

Remitido el recurso de apelación, la Sala de Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI se pronunció mediante Resolución N° 2116-2016/SPC-INDECOPI, de fecha 8 de junio de 2016, revocando por mayoría lo dispuesto por la primera instancia administrativa, en

el extremo que halló responsable a Discorp Perú S.A.C. por presunta infracción de los numerales 38.1, 38.2 y 38.3 del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, reformándola, declaró infundado el procedimiento de oficio seguido contra la referida empresa, pues consideró que no había quedado acreditado que la empresa denunciada hubiera incurrido actos discriminatorios, en base a la orientación sexual de sus clientes. Al respecto, resulta interesante precisar que el Tribunal del INDECOPI reitera que:

ante la denuncia de un trato discriminatorio corresponde que el consumidor (si es una denuncia de parte) o la autoridad (si es una denuncia de oficio) acredite la existencia de un trato desigual; luego, que el proveedor demuestre la existencia de una causa objetiva y justificada para tal trato desigual; finalmente, de no cumplirse con esto último, corresponderá determinar si el trato desigual injustificado configura una práctica discriminatoria, para lo cual podrá recurrirse de ser el caso a la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios (2016, p. 18).

Luego, la segunda instancia administrativa precisó que el punto controvertido del presente caso radicaba en las razones por las cuales se retiraron los presuntos agraviados de la pista de baile. Mientras que una de las personas que participó del hecho expresó que fueron retirados de la pista de baile, y del local, por el hecho de haberse besado, Discorp sustentó que fueron retirados debido a que mostraron un comportamiento inadecuado, conducta que estaba prohibida y no debía permitirse y que adicionalmente incomodó a los demás clientes del establecimiento (INDECOPI, 2016, p. 11).

En opinión de la Sala, la empresa reconoció que brindó un trato desigual al señor Bytton y su acompañante frente a los demás clientes al retirarlos de la pista de baile. Asimismo, el voto en mayoría de la Sala manifestó que se apreciaba que la pareja sí presentó un comportamiento inadecuado dentro de las instalaciones de la discoteca, tal como las imágenes de los videos mostraron que mientras bailaban tuvieron acercamientos y tocamientos que -al margen de ser una pareja homosexual o heterosexual- configuraron, por su grado de intensidad, una conducta que razonablemente generó incomodidad en los demás clientes de aquel establecimiento, lo anterior justamente queda corroborado cuando las parejas en la pista de baile se alejan y toman distancia del punto en el que se encontraba la pareja bailando; ello se habría corroborado a través de las declaraciones juradas presentadas en el procedimiento administrativo.

De otro lado, el voto en minoría de los videos se advierte que la pareja retirada de la discoteca no mostró un comportamiento inadecuado y/o impropio mientras bailaban dentro del local: en su concepto, de la visualización del video no se evidenciaba –en su concepto- una conducta que no sea propia de una pareja y/o clientes que acuden a una discoteca para divertirse; diferenciando ello de comportamientos inadecuados, vulgares y/u obscenos que no deben permitirse en cualquier establecimiento comercial por respeto a los demás, como los señalados por Discorp (tocamientos, actos contra el pudor), situación que de los videos no se desprende en absoluto en el caso concreto; por ello, considera que se les retiró de la discoteca por su orientación sexual (INDECOPI, 2016, pp. 22-23).

Sobre esta resolución, somos de la opinión que en un caso vinculado a discriminación debe tenerse sumo cuidado al momento de valorar los medios probatorios, considerando que la valoración de los mismos puede adolecer de una carga subjetiva, siendo que en el caso aquí señalado un mismo medio probatorio (vídeo) puede llevar a dos conclusiones distintas sobre si se presentó o no discriminación por orientación sexual; asimismo, también opinamos que la valoración de los medios probatorios debe ser integral, es decir, deben analizarse todos los medios probatorios para tener certeza si se produjo o no un hecho discriminatorio, en aras de garantizar un debido procedimiento administrativo, valorando todos los medios probatorios.

3.3.3 Discriminación por discapacidad.

Resolución N° 03128-2013/SPC-INDECOPI (Caso Expoferia)

El presente caso fue el que se produjo en perjuicio de una menor con discapacidad, a la cual se le negó el ingreso a una feria de manualidades.

En noviembre de 2011, la señora Tueros Lara denunció al señor Becerra Garzón ante la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 de Lima, señalando que el 9 de octubre de 2011, el señor Becerra -administrador de una feria de manualidades, tuvo un trato discriminatorio respecto de su hija con discapacidad (con parálisis cerebral), debido a que negó sin razón alguna su ingreso a dicha feria.

La primera instancia administrativa declaró improcedente la denuncia, sustentando dicha decisión en la falta de relación de consumo, al no ser el señor Becerra un proveedor. Asimismo, declaró fundada la denuncia interpuesta contra Asociación de Manualidades, por

infracción de los artículos 1° literal d) y 38° del Código, debido a que la denunciada negó injustificadamente el ingreso de la hija con discapacidad de la denunciante (INDECOPI, 2013, p. 3).

A la vez, declaró fundada la denuncia interpuesta contra Asociación de Manualidades, por infracción del artículo 41° del Código, en tanto “no cumplió con garantizar la atención preferente a la hija de la denunciante, dada su condición de persona con discapacidad” (INDECOPI, 2013, p. 4).

Como medida correctiva, se ordenó a Asociación de Manualidades que, desde la notificación de la resolución, se abstenga de continuar con la comisión de prácticas discriminatorias; así como se impuso una multa de 51 UIT por la infracción de los artículos 1° literal d) y 38° del Código; y con una multa de 4 UIT por la infracción del artículo 41° del Código (2013, p.4).

Posteriormente, el Tribunal del INDECOPI se pronunció sobre la apelación presentada por la empresa sancionada, mediante la Resolución N° 3128-2013/SPC-INDECOPI, la misma que confirmó lo dispuesto por la resolución de primera instancia, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta contra Asociación de Manualidades y Arte Decorativo, por infracción de los artículos 1° literal d) y 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al incurrir en el tipo infractor de discriminación en el consumo (2013, p.5).

La resolución emitida por el Tribunal es interesante, en primer lugar, porque reconoce la existencia de más de una acepción de lo que se entiende por discriminación.

Dos son las acepciones principales que se reconocen oficialmente en lengua castellana como discriminación: la primera, seleccionar excluyendo; la segunda, dar trato de inferioridad a una persona o colectivo por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. (INDECOPI, 2013, p. 11)

Por otro lado, el Tribunal del INDECOPI precisa el significado de lo que es discapacidad, expresando que debe entenderse como tal “a la persona que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas”. (2013, p. 11). Hay también que destacar que hace referencia al artículo 4° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, que dispone para el Estado asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos

de las personas con discapacidad (2013, p. 12)

Asimismo, el Tribunal hace hincapié que el artículo 2° entiende por “discriminación por motivos de discapacidad” a:

cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo (2013, p. 12).

De ahí que el Tribunal del INDECOPI señale que la obligación de no discriminar no sólo involucra a las agencias de los Estados, sino también se extiende a las personas, ya fueran naturales o jurídicas (2013, p. 13).

En este punto, el Tribunal culmina su análisis señalando que la normativa aplicable en nuestro país prohíbe la discriminación a personas con discapacidad, señalando que:

Es importante resaltar que el Tribunal Constitucional peruano ha subrayado en reiteradas sentencias la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, que estos son oponibles no solo al Estado sino también a los particulares. Estas son las directrices que deben inspirar cualquier decisión de la autoridad administrativa o jurisdiccional sobre la materia (2013, p. 14).

Respecto del caso en concreto, al haber una constatación policial que acreditaba el trato diferenciado injustificado, que acreditaba ese hecho, el Tribunal del INDECOPI expresó que se brindó un trato desigual.

Sobre el particular, esta Sala considera que se brindó un trato desigual a la señorita Fanny, en la medida que no se aprecian en el expediente elementos que aporten indicios de que se impidió el ingreso a otras personas; por el contrario, puede concluirse que se hubiera permitido el ingreso de la señora Tueros y de sus padres sin inconveniente alguno, de no haberse encontrado acompañados de la señorita Fanny. En tal sentido, corresponde evaluar si existía una causa objetiva y justificada para que Asociación de Manualidades procediera de esa forma (2013, p.17).

En su análisis, el Colegiado considera que “los movimientos involuntarios que presentaba la

señorita Fanny, por sí solos, no podían ser considerados como un riesgo potencial para el desencadenamiento de cualquier hecho que afectara la seguridad o tranquilidad de los demás consumidores, más aun considerando que se encontraba bajo la custodia de la denunciante y era trasladada en silla de ruedas” (INDECOPI, 2013, p. 18).

Finalmente, la Sala de Protección al Consumidor consideró que no existían razones objetivas y justificadas que sustentaran la negativa de ingreso al local, siendo que: i) La condición de una persona discapacitada no debía ser considerada riesgosa; y, ii) La condición de discapacidad no podía ser tomada en cuenta como un riesgo potencial para las demás personas, menos cuando se encontraba bajo custodia (2013, p. 19).

Resolución N° 0113-2013/SPC-INDECOPI (Caso Asociación Brittain College)

El presente caso versa sobre la denuncia de una madre de familia que denuncia a un centro educativo, por haber realizado un acto discriminatorio contra su menor hijo con discapacidad, al haberse negado dicha institución educativa a que se matricule para el año escolar 2011, sin razón alguna.

La Comisión de Protección al Consumidor declaró infundada la denuncia, por no haberse acreditado –en su concepto- la infracción al artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, como lo denunció la madre de familia. Dicha resolución fue apelada ante la Sala de Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI, quien mediante la Resolución N° 0113-2013/SPC-INDECOPI, revocó lo dispuesto por la primera instancia, declarando fundada la denuncia.

Lo interesante del pronunciamiento del Tribunal del INDECOPI (2013), es que expresó claramente la coexistencia de las figuras de discriminación y trato diferenciado.

Una conducta es discriminatoria cuando no se aplican las mismas condiciones comerciales a consumidores que se encuentren en situación de igualdad y cuando la conducta infractora está motivada por la pertenencia del consumidor a un grupo humano determinado, lo cual se sustenta en prejuicios que afectan la dignidad de las personas.

Sin embargo, el Código también establece que el trato diferenciado, sin llegar a ser discriminatorio, puede constituir una conducta ilícita, bajo las modalidades de selección de clientela, exclusión de personas u otras prácticas similares, cuando no median causas de

seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas (2013, p. 5)

Asimismo, el Tribunal expresa las reglas sobre las cuales se determina la existencia de una infracción al artículo 38° del Código: i) El consumidor debe probar o presentar indicios de trato desigual; y, b) Exigir al proveedor que demuestre la existencia de una causa, objetiva y justificada, para brindar dicho trato desigual al consumidor (INDECOPI, 2013, p.5)

Lo antes manifestado resulta siendo interesante, por cuanto se precisa la existencia del trato diferenciado y la discriminación, coexistiendo ambas en nuestro marco legal; a la vez, cabe destacar que la discriminación se sustenta en “prejuicios” o en ideas preconcebidas carentes de fundamento lógico o razonabilidad.

Otro punto interesante en el presente caso, es que, si bien el proveedor se negó a matricular al hijo de la denunciante, sí matriculó a otros alumnos en el aula a la que correspondía ir al menor: considerando ello, la Sala concluyó que se habría configurado un trato desigual.

El Tribunal del INDECOPI, una vez que determinó la existencia de trato diferenciado, decidió analizar si es que existía trato discriminatorio, precisando que no había discriminación.

Al respecto, de la revisión de los actuados del expediente, esta Sala no aprecia la existencia de elementos de juicio que permitan concluir, que la negativa de brindar el servicio educativo al hijo de la denunciante se sustentó en su condición particular de persona con discapacidad (...). A ello debe agregarse que el hijo de la denunciante cursó sus estudios de primer grado de primaria en el Colegio, sin inconveniente alguno (2013, p. 8)

Cabe indicar que, curiosamente, se hace alusión al caso Céliz para indicar que en el mismo sí había discriminación; pero lamentablemente no se toma en cuenta que el caso comentado comparte un elemento importante con el caso de discriminación por Síndrome de Down: se matricularon a niños antes de que se presente la denuncia, al igual que en el caso Céliz, donde se dio cobertura de seguro a niños con Síndrome de Down antes que se negara la afiliación, materia del procedimiento administrativo. Ello será materia de comentario posteriormente.

Resolución N° 0854-2014/SPC-INDECOPI (Caso Peruvian Air Line)

Este procedimiento de oficio versa sobre las infracciones a los artículos 38°.1 y 38°.3 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, por parte de Peruvian Air Line S.A., debido a que se cometieron actos de discriminación contra usuarios sordomudos, al haber impedido que un grupo de pasajeros sordomudos tomaran un vuelo, por encontrarse al momento del embarque acompañados por una persona que se encargaba de facilitar la comunicación.

La primera instancia administrativa (la Comisión de Protección al Consumidor de la Sede Lima Norte) determinó que Peruvian Air Lines, por infracción del artículo 38°.1 del Código, por cuanto al condicionar el acceso al servicio aéreo se incurrió en discriminación en el consumo. Frente a ello, la empresa de transporte aéreo apeló la resolución emitida.

Lo primero a destacar de la resolución de segunda instancia administrativa, es que hace una interesante exposición de los acuerdos internacionales que versan sobre discapacidad (INDECOPI, 2014, p. 6). Asimismo, el Tribunal del INDECOPI señala que, considerando los precedentes internacionales y nacionales, se precisa que es inaceptable cualquier tipo de discriminación, sea por el Estado o por particulares (2014, p. 8).

Más adelante, el Tribunal señala que la restricción formulada por la empresa aérea, basada en el supuesto – a todas luces, equivocado- que la discapacidad de una persona es un riesgo que puede generar una afectación a su seguridad, resulta siendo contradictoria con el respeto de la dignidad humana; por ende, es inaceptable. Por ello, indica que se “estaría incurriendo en una desvaloración de dicha persona y, por ello, en el tipo infractor de discriminación en el consumo regulado en el Código” (2014, p. 11).

Tomando en consideración dichos elementos, el Tribunal del INDECOPI consideró que el proveedor infringió el deber de no discriminación, al excluir al consumidor sin que existieran razones objetivas y justificadas.

Por otro lado, reiterando lo dicho en otras resoluciones, el Tribunal del INDECOPI expresó aquí que: i) la discriminación se da cuando está relacionada a un grupo identificable de personas; y, ii) se da cuando no se brinda a personas de ese grupo, el mismo trato que dado a otros consumidores. A juicio del Tribunal, ello se generó en el caso analizado, debido a que ser sordomudo no es un riesgo per se para la seguridad (INDECOPI, 2014, p. 11).

Resolución N° 1539-2014/SPC-INDECOPI (Caso Pacífico)

En este caso, se denunció a Pacífico S.A. Entidad Prestadora de Salud por presunta infracción la normativa en materia de protección al consumidor, indicando que se negó a afiliarse a una póliza menor en un seguro particular de salud (Multisalud), por cuanto padecía de parálisis cerebral, a pesar de que sus capacidades mentales estaban intactas.

La resolución emitida por el Tribunal del INDECOPI plantea el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, el hecho que son oponibles a todos:

Es importante resaltar que el Tribunal Constitucional peruano, inspirado en una difundida doctrina en el Derecho occidental y en sus pares de otras latitudes, ha subrayado en reiteradas sentencias la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, que estos son oponibles no solo al Estado sino también a los particulares. (2014, p. 8)

Por otro lado, la segunda instancia trata sobre los límites a la libertad de contratar que tienen los proveedores, siendo que –en este caso- no se pueden vulnerar el ordenamiento constitucional, bajo el disfraz del ejercicio de un derecho.

Sobre el particular, es pertinente precisar que la Sala reconoce el derecho de las compañías aseguradoras de rechazar las solicitudes de afiliación que le plantean los consumidores, lo que no quiere decir que dicha prerrogativa pueda ser ejercida vulnerando los deberes emanados del propio orden constitucional, como el de no incurrir en prácticas discriminatorias contra los consumidores, pues, de lo contrario, estaría auspiciando prácticas vedadas llevadas a cabo bajo el ropaje del ejercicio de un derecho (...). (INDECOPI, 2014, pp. 9-10).

Un gran avance, a diferencia de los casos anteriores que fueron materia de revisión, es que se trae a colación el test de proporcionalidad, expresando que:

No obstante, aun cuando la negativa aludida responda a una ley, cumpla un objetivo legítimo y pueda considerarse idónea, para esclarecer la controversia, debe realizarse el test de necesidad, ya que el objetivo perseguido podría alcanzarse a través de medidas que no signifiquen la exclusión total de las personas con parálisis cerebral al seguro Multisalud de Pacífico Seguros (INDECOPI, 2014, p. 18).

En virtud al test de proporcionalidad, el Tribunal llega a la conclusión que si la aseguradora

no deseaba asumir supuestos costos irracionales por asegurar riesgos a los que afirma se encontraría expuesta la hija del denunciante por el hecho de padecer de parálisis cerebral, podría haber tomado las siguientes medidas:

- Asegurarla y, posteriormente, hacer valer las exclusiones de riesgos concretos contenidas en su póliza, o
- Elevar el monto de la prima en dichos supuestos (INDECOPI, 2014, p. 20).

Existiendo dichas opciones, el Tribunal llegó a la conclusión que no era aceptable negar la afiliación de la menor al seguro Multisalud, más aún si las pruebas presentadas, ante la autoridad administrativa, para sustentar sus alegaciones no revelan la realización de un análisis del caso concreto de la menor de edad, siendo un acto discriminatorio (p. 20).

Resolución N° 1666-2014/SPC-INDECOPI (Caso Cencosud)

A través de los medios de comunicación, INDECOPI fue informado que se impidió a alumnos con discapacidad ingresar a un establecimiento comercial de propiedad de la empresa Cencosud, a pesar de que cada alumno estaba siendo acompañado por una persona. Ello ameritó el inicio de un procedimiento de oficio por parte de la Oficina Regional del INDECOPI en Piura.

La primera instancia administrativa halló responsable a la empresa, por infracción del artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, por cuanto se impidió el acceso de los alumnos con discapacidad y a sus acompañantes sin que existieran causas objetivas y razonables, sancionándola con una multa de 150 Unidades Impositivas Tributarias (INDECOPI, 2014, p. 4).

Posteriormente, el Tribunal del INDECOPI se pronunció, expresando que quedó acreditada la existencia de un trato desigual a los alumnos y a sus acompañantes de los mismos, "al impedir el acceso a su establecimiento comercial, lo cual demostraría que fueron tratados de manera desigual respecto del resto de consumidores" (2014, p.17).

Al respecto, el Tribunal precisó que en dos ocasiones se produjo la negativa de acceso al establecimiento comercial:

(i) al intentar hacer una visita al local, ello se vio impedido por no remitir con anticipación una comunicación donde se mencionará la adopción de medidas de seguridad; y,

(ii) a pesar que los alumnos estaban siendo acompañados por un adulto, que se hacía responsable de su comportamiento, tampoco se permitió el ingreso (INDECOPI, 2014, p.10).

El Tribunal del INDECOPI indicó que, si bien la seguridad podría ser una razón para impedir el ingreso, sólo sería razonable dicha actuación, en el supuesto de no haber remitido una comunicación previa al proveedor.

El hecho que en la segunda oportunidad se negara el acceso a los alumnos, aun cuando los mismos estaban acompañados, alegando “medidas de seguridad”, no resultaba una razón objetiva para negar el acceso a un lugar público, en este caso, al centro comercial, configurándose en su opinión un trato diferenciado:

Este Colegiado considera que el sustento de adopción de medidas de seguridad constituye en realidad un mecanismo justificado aparente y lo que debe prevalecer en estos casos es el verdadero propósito de la conducta subyacente (INDECOPI, 2014 p. 13).

El Tribunal del INDECOPI concluyó que la negativa de acceso a un local comercial, sustentada en un trámite a todas luces burocrático (una carta), no puede considerarse como una razón objetiva y justificada (2014, p. 15).

Por otro lado, en su análisis el Tribunal no considera que se haya configurado discriminación, sino más bien trato diferenciado ilícito, al no existir una práctica generalizada y que las razones esgrimidas por el centro comercial se debieran a la condición de los alumnos.

En este punto, se debe precisar que no se advierte de los medios probatorios analizados la existencia de elementos de juicio que permitan concluir, que el impedimento de acceso al establecimiento comercial se sustentó en la condición particular de los alumnos del CEBE Jesús de Nazareno de ser personas con discapacidad severa y multidiscapacidad (hecho no controvertido) (2014, p. 15).

En este caso, se inició de oficio un procedimiento administrativo contra Banco Falabella Perú S.A., por infracción a los artículos 18°, 19°, 38°.1 y 38°.3 de la Ley 29571, debido a que se incurrió en prácticas discriminatorias, al haber negado a una persona con discapacidad el otorgamiento de una tarjeta de crédito en dos sucursales distintas, a pesar de haber calificado para la obtención de dicho instrumento, bajo el argumento de que no podía firmar los documentos necesarios para la contratación del producto.

En primera instancia administrativa, si bien aceptó el desistimiento de la pretensión presentado por el denunciante, continuó de oficio el procedimiento por presunta infracción del artículo 38° del Código.

Asimismo, se halló responsable al Banco por infracción del artículo 38°, al considerar que se incurrió en una práctica discriminatoria, por haberle negado dos veces una tarjeta de crédito, debido a su condición de discapacitado, y halló responsable a la entidad bancaria por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, al considerar que el personal de dos de sus sucursales omitió aplicar correctamente el procedimiento interno para la atención de solicitudes formuladas por personas discapacitadas (INDECOPI, 2014, p.2).

El voto en mayoría del Tribunal determinó que no se configuró un trato discriminatorio, sino infracción al deber de idoneidad, por cuanto:

(...) pone en evidencia que la demora en la entrega de la tarjeta solicitada obedeció a un probable error (circunscrito al caso concreto) en el manejo del procedimiento ad hoc con el que el Banco contaba para atender las solicitudes de personas con discapacidad, circunstancia que, en todo caso, no debe ser analizada a la luz del tipo infractor de discriminación, sino del de idoneidad, como, efectivamente, se hará en su oportunidad (2014, p. 16).

Sin embargo, en el voto en discordia formulado por la vocal Ampuero Miranda, se indica que habría un error en el pronunciamiento del Tribunal, por cuanto la impericia en el procedimiento de atención de las solicitudes de las personas con discapacidad resulta siendo el medio por el cual se generó el acto discriminatorio:

En efecto, tanto la imputación de cargos (...) como el establecimiento de la responsabilidad del denunciado por tal suceso, fueron incorrectamente efectuados, en tanto el hecho que

los sustentó, esto es, la mencionada impericia, constituye, en rigor, el medio a través del cual se habría perpetrado el acto discriminatorio (...) y no una circunstancia con relevancia autónoma respecto de la discriminación, que justifique la elaboración, investigación y sanción de un cargo independiente (2014, p. 22).

Como se puede apreciar, el análisis de los casos nos revela claramente que el Tribunal del INDECOPI creó patrones que permiten determinar cuándo nos encontramos ante discriminación, los mismos que –con altibajos- ha ido desarrollando dicho colegiado. Sin embargo, en el próximo capítulo, analizaremos el caso Céliz, a fin de apreciar el por qué se dio una emisión tan discordante de votos.



CAPÍTULO IV

DISCRIMINACIÓN Y NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR EN EL CASO CÉLIZ

4.1. Antecedentes y puntos controvertidos del presente caso.

En el mes de enero de 2011, el señor Miguel Ángel Céliz denunció a Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros por discriminación, al no afiliar a su hija Sandra Céliz Rossi, por el hecho de tener Síndrome de Down.

El denunciante expresó que se produjo un acto de discriminación, por cuanto la aseguradora sustentó su negativa en el hecho que su hija Sandra tenía una probabilidad muy alta de desarrollar afecciones a su salud, por su condición de ser persona con Síndrome de Down; por ello, y en ejercicio de su autonomía para determinar las políticas de suscripción de sus productos, dicha empresa manifestó que prefiere los riesgos de baja siniestralidad, lo cual no se producía en el caso de Sandra Céliz (INDECOPI, 2012, p. 2).

Posteriormente, la primera instancia administrativa (la Comisión de Protección al Consumidor) declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Céliz en contra de Rímac, por cuanto – en su concepto- dicha empresa incurrió en discriminación al impedir, sin sustento razonable, la inscripción de la señorita Céliz a un seguro de asistencia médica, imponiendo una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias; ordenando la medida correctiva de atender la solicitud de afiliación (INDECOPI, 2012, p. 2).

Rímac apeló la decisión, manifestando –entre otros argumentos- que no tenía un seguro de asistencia médica para personas con la condición de la señorita Céliz; asimismo, reiteró que tenía la facultad para decidir qué riesgos aseguraría, la misma que le habría sido reconocida por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) a través del Oficio 11612-2012-SBS (INDECOPI, 2012, p. 3).

El señor Céliz también formuló sus argumentos, expresando que tanto los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, así como la normativa constitucional y legal

obligan al Estado a eliminar aquellos obstáculos que restrinjan los derechos de las personas con discapacidad, no ameritándose un seguro especial; asimismo, expresó que las acciones de Rímac no superan el Test de Razonabilidad, al no pasar la exigencia de la necesidad (INDECOPI, 2012, p. 4).

Como se aprecia, el presente caso versa sobre la discriminación que una compañía de seguros hacia una menor con Síndrome de Down, al no afiliarla a un seguro de asistencia médica, el mismo que –en principio- es abierto para las solicitudes formuladas por la generalidad de personas.

4.2. Los pronunciamientos emitidos

En la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI se produjo un hecho poco común: la existencia de tres votos contradictorios por parte de los integrantes de la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Tribunal del INDECOPI, los mismos que se dividieron de la siguiente manera:

- Dos vocales manifestaron que se produjo discriminación contra Sandra Céliz, al no haber acreditado la negativa a contratar el respectivo seguro.
- Dos vocales manifestaron que se habría configurado un trato injustificado, concretamente un caso de selección injustificada de clientela.
- Un vocal expresó que no se habría configurado ilícito alguno.

4.2.1. Sobre la configuración de un acto de discriminación.

Los vocales Carrillo y Quirós se pronunciaron respecto del presente caso, en el sentido que se habría producido un acto de discriminación contra la menor de edad, integrante de la familia Céliz, expresando que ello se encuentra sustentado en la Convención sobre las Personas con Discapacidad, la misma que –en su concepto- obliga a todos (entidades estatales y particulares) a evitar la discriminación contra las personas discapacitadas. (INDECOPI, 2012, p.7).

Posteriormente, se hace referencia a los artículos 1° d), 38° y 39° del Código de Protección y

Defensa del Consumidor.

Al realizar el análisis del caso, ambos integrantes del colegiado de la Sala señalaron que la empresa aseguradora, al momento de manifestar su negativa al contratar, no expresó sustento alguno que la justificara, lo cual recién hizo durante el desarrollo del procedimiento administrativo en su contra (INDECOPI, 2012, p. 16).

Por otro lado, si bien no niegan que las compañías aseguradoras tienen el derecho para administrar el costo financiero de sus riesgos asegurables (originado en la autonomía privada y la libertad de empresa reconocidas por la Constitución Política vigente), manifestaron que “en virtud del marco normativo supranacional y nacional antes señalado, la referida libertad debe ser armonizada con los derechos de los consumidores a no ser discriminados, en este caso particular, de los discapacitados con Síndrome de Down.” (2014,2p. 11)

En este extremo, también se toma lo dicho por la compañía de seguros, en cuanto la empresa de seguros si brindaba cobertura a personas con síndrome de Down:

De manera previa a desarrollar los argumentos que sustentan al Síndrome de Down como un riesgo no asegurable, creemos oportuno mencionar que nuestra compañía sí asegura a personas con dicho síndrome, siempre y cuando éstas nazcan durante la cobertura de una póliza emitida con anterioridad a tal nacimiento (2012, p. 12).

Para los vocales Carrillo y Quirós, no tendría sentido la justificación para negar un seguro a la hija del matrimonio Céliz (consistente en los altos costos que implica para las aseguradoras brindar servicios a personas con enfermedades congénitas), cuando la misma denunciada sí brindaba una cobertura a menores con síndrome de Down cuyos padres eran previamente afiliados a dicha compañía. Más aún, consideran que ello también echaría por tierra la supuesta imposibilidad esgrimida por la empresa denunciada, respecto de poder brindar una cobertura especial para menores como la señorita Céliz:

En nuestra opinión, el hecho de que Rímac en determinados casos haya asegurado a personas con Síndrome de Down demuestra que en realidad no le es materialmente imposible hacer el ajuste señalado en el párrafo anterior y afiliarse al seguro de asistencia médica “Red Salud” a personas con Síndrome de Down. Pese a ello, la denunciada estableció en este caso como política no asegurar a personas con Síndrome de Down al referido seguro (2012, p. 12).

Los vocales antes mencionados consideraron que la negativa de Rímac no cumple con el Test de Razonabilidad, conforme a nuestro máximo tribunal.

En aplicación de este test, cabe señalar que la Constitución reconoce que la iniciativa privada es libre y estimula la libertad de empresa, siendo que la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Ley 26702, establece que las empresas del sistema de seguros determinan libremente las condiciones de las pólizas, sus tarifas y otras comisiones. En tal sentido, el objetivo perseguido con la negativa de la empresa aseguradora en asegurar a personas con Síndrome de Down, esto es, evitar supuestas pérdidas económicas o generar una desmedida alza en las tarifas por asegurar riesgos asociados a personas con esta condición, tendría, en caso de estar así demostrado, en principio, legitimidad constitucional pues se enmarcaría en la libertad de empresa de la denunciada, garantizada por la Constitución.

Por otro lado, en relación con la idoneidad o adecuación la referida negativa, resulta claro que ésta constituye una medida adecuada para evadir los riesgos inherentes al aseguramiento de una persona con dicha condición. Por ello, podría considerarse, en principio, que la conducta de Rímac Seguros cumple con el sub principio de idoneidad o adecuación.

No obstante, aun cuando la referida negativa responda a una ley, cumpla un objetivo legítimo y pueda considerarse idónea, para esclarecer la controversia, debe realizarse el test de necesidad pues el objetivo perseguido podría alcanzarse a través de medidas que no signifiquen la exclusión total de las personas con Síndrome de Down al seguro de asistencia médica "Red Salud" (INDECOPI, 2012, pp. 15-16).

Considerando lo antes dicho, los vocales que votaron de dicha manera fueron de la opinión que la empresa de seguros no quería asumir pérdidas económicas respecto a la señorita Céliz, al tener Síndrome de Down. En esa línea, consideraron que Rímac tenía dos opciones: a) asegurarla, pero realizando exclusiones de riesgos concretos en la póliza, o, b) subir el monto de la prima de seguro. Pero lo que la empresa no podía hacer era negarle la afiliación de plano, tal como se hizo (INDECOPI, 2012, p. 19).

A la vez, se manifiesta en este voto que el hecho que Rímac afilie al seguro de asistencia médica "Red Salud" a personas con Síndrome de Down en casos concretos, no quita el hecho tangible de la discriminación sufrida, ni convierte el presente caso en uno de exclusión o trato diferenciado injustificado. En opinión de los vocales (INDECOPI, 2012)

Al haberse constatado que Rímac dio un trato diferente respecto de la señorita Céliz, quien tiene Síndrome de Down, sin justificación válida alguna, queda acreditada suficientemente la discriminación por los motivos antes señalados. Distinto hubiera sido el caso si la negativa de la aseguradora nunca hubiese estado motivada en la condición de la denunciante, ni en la pertenencia de un grupo constitucionalmente protegido contra la discriminación. En tal negado supuesto, hubiera podido eventualmente evaluarse la exclusión injustificada, pero en el caso concreto materia de autos, ello no resulta pertinente por las razones anteriormente expuestas (p. 21).

Por ello, los alegatos planteados por la aseguradora no fueron considerados como razones que se puedan considerar objetivas y justificadas para negarse a contratar el seguro solicitado, encontrándose –en su opinión- ante un flagrante caso de discriminación.

4.2.2. Sobre la configuración de un trato diferenciado.

Los vocales Mujica y Montoya Alberti se pronunciaron señalando que, en su concepto, se habría producido un trato injustificado, concretamente un caso de selección injustificada de clientela.

La sustentación de la posición de los vocales empieza con precisar que se habría configurado en el presente caso dos tipos de infracciones: (i) selección injustificada de clientela; y (ii) discriminación.

En ahí donde se hace la diferencia entre trato diferenciado y discriminación, precisándose que la discriminación es una forma de trato diferenciado, precisando que es la forma más grave que hay, por cuanto la limitación “no sólo afecta el derecho a acceder o disfrutar los productos y servicios ofertados dentro de la dinámica regular de una economía social de mercado, sino que adicionalmente afecta la dignidad de las personas y socava las condiciones básicas para el desarrollo de una vida en sociedad (INDECOPI, 2012, p. 46).

Ante ello, los vocales antes mencionados expresaron que

las denuncias por infracción del artículo 38° deben ser analizadas cuidadosamente por la Comisión en ejercicio de labor de encauzamiento para determinar si, al margen de que se mencione el término “discriminación”, propiamente se trata de un caso de prácticas discriminatorias, o más bien de selección injustificada de clientela (INDECOPI, 2012, p.

47).

Los vocales llamaron la atención, en pocas palabras, que debe realizarse un análisis más cuidadoso al realizarse la imputación de uno de los tipos infractores mencionados, considerando que “es perfectamente posible que la resolución final declare fundada una imputación y se desestime la otra, a la luz de lo que obre en el expediente” (2012, p.47).

Entrando al análisis del caso, también se procede al análisis del Convenio sobre las personas con discapacidad, señalando que, en su concepto, dicho acuerdo internacional obliga al Estado, más no a los particulares.

En efecto, no existe disposición alguna que obligue expresamente a las compañías de seguros (privadas) a asegurar a las personas con discapacidad. Es importante destacar que los seguros ofrecidos en el mercado por estas compañías, como el que es materia del presente procedimiento, responden a principios y lógicas totalmente distintas a la seguridad social (2012, p. 51).

A la vez, dicho voto precisa que hay que diferenciar entre los seguros privados y el sistema de seguridad social brindado por el Estado, siendo que respecto de las personas con discapacidad este último tiene la responsabilidad de brindar acceso a los servicios de salud:

Los Vocales que suscriben convienen en afirmar que todas las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que el resto de la población para tomar un seguro de salud. Sin embargo, la condición de algunos grupos de discapacitados, lleva implícita un mayor riesgo a ser susceptible de enfermedades una vez contratada la póliza; por lo tanto, no se puede pretender contratar una póliza general de salud, que ha sido creada para asegurados sin discapacidad (2012, p.51).

También se procede a analizar el Oficio 11612-2012-SBS, el cual considera que las aseguradoras son libres de determinar los riesgos que asumen, dentro del contexto de la libertad empresarial y contractual reconocidas constitucionalmente y, por ello, elegir con quienes contratan. Igualmente, precisa que, dentro de la contratación de un seguro, se debe considerar el hecho de que el producto ofrecido no era uno adecuado para personas con discapacidad (INDECOPI, 2012, p.56).

En opinión de los vocales, las empresas tienen que mantener un equilibrio entre los servicios

que prestan con la rentabilidad del mismo, por cuanto es una actividad económica de dichas empresas de seguro, pudiendo limitar la suscripción, concluyendo que ello no implicaría discriminación.

En consecuencia, la negativa a otorgar un seguro general a una persona discapacitada con el Síndrome de Down corresponde en este caso a una causa objetiva y razonable, no habiendo probado la denunciante que esta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias (INDECOPI, 2012, p. 58).

Si bien resulta evidente para los miembros del colegiado que formulan su voto, que no habría discriminación, posteriormente resaltan el hecho de porqué la empresa de seguros brinda la posibilidad de aseguramiento a un grupo de personas con síndrome de Down y a otras no, no encontrándose a su juicio razones que sustenten de forma objetiva y razonable dicha decisión.

Sin perjuicio de lo anterior, surge la pregunta ¿por qué Rímac Seguros asegura en algunos casos a personas con Síndrome de Down y en otros no?

Al respecto, Rímac no dio explicación alguna sobre este trato diferenciado al momento de negarse a asegurar a la señorita Céliz. Asimismo, tampoco justificó dicho trato diferenciado en el marco del procedimiento. Lo anterior, pese a que a la denunciada le correspondía la carga de defenderse y probar conforme al marco legal previamente expuesto que tenía una justificación para negar el seguro (pp. 60 – 61).

Para los vocales que se adhirieron a esta posición no existía discriminación, sino trato diferenciado, por ser una selección injustificada de consumidor, y no un acto de discriminación, al considerar que, con anterioridad, la empresa Rímac si aseguró a personas con Síndrome de Down.

4.2.3. Sobre la inexistencia de infracción alguna.

El vocal Arrús Olivera se pronunció, expresando en su voto que no existía infracción alguna. En primer lugar, señala que “*no todo trato diferenciado implica discriminación*”. Asimismo, expresó que, a pesar de ello, no se puede tomar como elemento único para determinar que hay discriminación. De ahí que exprese que “no es posible equiparar el trato diferenciado o desigual con la noción de discriminación ya que con cierta frecuencia se presentan tratos diferenciados destinados a corregir las desigualdades que existen en la realidad” (INDECOPI, 2012, p. 33).

En opinión del vocal, no se configuraría un acto de discriminación, como los que hace alusión la Defensoría del Pueblo.

Por otro lado, también comparte lo expresado en el voto antes comentado, al manifestar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no obliga a los particulares de forma específica para incluir en sus seguros de salud a personas con discapacidad.

En efecto, no existe disposición alguna que obligue expresamente a las compañías de seguros (privadas) a asegurar a las personas con discapacidad. Es importante destacar que los seguros ofrecidos en el mercado por estas compañías, como el que es materia del presente procedimiento, responden a principios y lógicas totalmente distintas a la seguridad social contenida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (pp. 36 - 37).

De ahí que el vocal antes mencionado considere que no hay una obligación legal para la empresa aseguradora de contratar con personas con discapacidad, con el riesgo de vulnerar, entre otras, la libertad de empresa y libre iniciativa privada (INDECOPI, 2012, p. 36).

Al igual que con el voto anterior, coincide que las aseguradoras son libres de determinar que riesgos y responsabilidades quieren asumir y, en ejercicio pleno de su libertad contractual, de elegir a las personas con las que desean contratar.

De igual forma, se expresa –al igual que en el voto que refiere a la existencia de trato diferenciado- que las compañías de seguros pueden hacer limitaciones respecto de la suscripción de seguros, en base a la selección de riesgos, lo que considera que no implicaría discriminación alguna y, a la vez, no generaría infracción alguna, al haber razones objetivas y justificadas para un trato diferenciado. De ahí que considere que, si existió un trato diferenciado, sustentado en causas objetivas y justificadas (INDECOPI, 2012, p. 42).

Finalmente, respecto a la afiliación, anteriormente realizada por la aseguradora, de personas con Síndrome de Down, a su juicio sólo sería una “discrecionalidad”, sustentada en la libertad de empresa, constitucionalmente reconocido.

Asimismo, debe tenerse en cuenta (...) que no es lo mismo asegurar dentro de un plan

familiar a una persona con Síndrome de Down que permitir que absolutamente todas las personas con dicha condición puedan asegurarse de forma directa, en tanto el referido producto está diseñado para personas con riesgos promedios. Si se obligara a Rímac a esto último, nos encontraríamos frente a un grave problema de selección adversa pues se ahuyentaría a los sujetos de bajo riesgo que no desean asumir los sobrecostos (por ejemplo, un eventual incremento de la prima) ocasionados por el aseguramiento de sujetos de alto riesgo como las personas con Síndrome de Down (INDECOPI, 2012, p. 44).

4.3. Existencia de discriminación o trato diferenciado en el caso Céliz.

Ante la existencia de tres votos, disímiles entre sí, respecto del mismo caso (de supuesta discriminación), resulta algo inmediato preguntarse cuál de los tres tendría la razón o estaría más cercano a la realidad. En nuestra opinión, los tres votos adolecen de falencias o puntos, que procederemos a exponer; posteriormente, formularemos nuestra opinión respecto del caso.

Respecto del voto emitido por los vocales Carrillo y Quirós, debemos manifestar que concordamos con el mismo, respecto de que la Convención sobre las personas con discapacidad no sólo genera una obligación al Estado respecto de brindar un adecuado servicio médico a las personas que tienen alguna discapacidad, sino también dicho instrumento, el mismo que obliga al Estado a tutelar la defensa de las personas con discapacidad cuando se trate de salud, sea mediante un seguro privado o público. Ello fue recogido en el voto de ambos integrantes del Tribunal del INDECOPI, al hacer referencia a los artículos 4° y 25° del referido instrumento internacional (INDECOPI, 2012, pp. 50-51).

En efecto, como es conocido, los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos tienen rango constitucional en nuestro país; por ende, al ser norma con dicho rango, debe ser cumplida por todos los ciudadanos, sin excepción alguna, no sólo por instituciones y funcionarios del Estado.

El Perú es un Estado Constitucional de Derecho y, por ende, su centro es hacer plenos y vigentes los derechos humanos, tal como señala en la Constitución actual, que expresa que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (MINJUS, 2018, p.29); ello se ve reforzado con lo expresado por el artículo 55° del texto constitucional (citado en el presente voto), el mismo que precisa

claramente que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (MINJUS, 2018, p.54).

En esa línea, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente N° 06079-2009-AA, que:

La dignidad de la persona trae consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se negaría el valor normativo del mismo principio de dignidad (Tribunal Constitucional, 2010, p.3).

Por ello, resulta acertado lo señalado por el voto antes mencionado, al señalar que la Convención vincula tanto al Estado como a los particulares, lo cual implica que los actos que realicen deben ser hechos en armonía con el marco constitucional nacional y los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, de los cuales el Perú es parte.

Asimismo, también consideramos acertada la mención referida al test de proporcionalidad, el mismo que es necesario al momento en que la autoridad deba tomar una decisión en el marco del procedimiento administrativo, debiendo considerar que (i) que la medida que se adopte sea la adecuada para el resultado buscado, o sea, que el medio sea legal y que sirva para el fin buscado; (ii) que la medida sea necesaria, al no existir otra forma a disposición de la autoridad, es decir que sea menos lesivo; y (iii) que la medida no sea desproporcionada, lo cual quiere decir que sea proporcional en sentido estricto (Burga Coronel, 2011, p. 260).

Sin embargo, si bien el voto resalta temas sumamente interesantes, como son la obligatoriedad en el cumplimiento del tratado y la referencia al test de proporcionalidad, entramos dos puntos negativos en el primer voto, que están enlazados: el primero, cómo se debe aplicar precisamente al test de proporcionalidad, y en segundo lugar, en lo referido al concepto de discriminación, que no es tomado en cuenta por los integrantes del colegiado.

Respecto del primer punto, consideramos que no se realizó realmente un test de proporcionalidad. En efecto, dicho análisis implicaba sopesar o bascular entre dos derechos que se podrían encontrar “en conflicto” en un caso concreto, para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias concretas, y solucionar una problemática formulada

en particular.

A nuestro juicio, el test de proporcionalidad debió comenzar por analizar tanto el derecho a la salud (considerando el rol del Estado y de los particulares) como el derecho a la libertad contractual, para luego proceder a determinar si es necesario limitar el derecho a contratar a fin de garantizar el acceso a la salud sin discriminación alguna: dicho en otras palabras, ¿Existen límites al derecho que tienen los proveedores para escoger a los consumidores con quienes establecer relaciones jurídico patrimoniales?, lo cual conlleva a realizar un análisis del marco normativo aplicable a personas con discapacidad; en este punto, encontramos que tanto la Constitución como la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como el Código de Protección y Defensa del Consumidor, establecen un marco jurídico que hace necesario proteger por encima de todo los derechos fundamentales de la persona, lo cual da razón y sentido al sistema jurídico.

En el caso materia de análisis, si encontramos un límite, por cuanto garantizar la salud de un menor discapacitado es una obligación de índole legal, sobre la cual ni el Estado ni los particulares pueden obviar, siendo que en el caso del Estado, brindando un marco normativo adecuado y atención en centros de salud, mientras que en el caso de los particulares brindándoles acceso a los servicios de salud privados que puedan ofrecer, teniendo en cuenta como único límite si los padres de dicha menor pueden o no costear el seguro.

De ahí, se pasaría a contestar la segunda pregunta del test, a saber, ¿Es necesario limitar la libertad contractual para garantizar el derecho a la salud, especialmente respecto de las personas con discapacidad? En este punto, somos de la opinión que la respuesta es afirmativa, debido al nivel de desprotección que dichas personas tienen en la realidad, constituyendo un grupo vulnerable, lo cual queda ejemplificado con la serie de casos que se dan en relaciones de consumo, tal como se tuvo oportunidad de apreciar en el capítulo anterior.

Respecto del caso concreto, también resulta evidente que un menor con síndrome de Down forma parte de un grupo vulnerable, que se encuentra en situación vulnerable en sociedades como las latinoamericanas, por lo que existe una normativa especial que regula la materia.

Finalmente, debía responderse a la pregunta ¿La medida adoptada no es desproporcionada con las restricciones que impone a los proveedores?, lo cual en el caso materia de estudio

implica determinar si el contratar con personas con discapacidad sería algo desproporcionado y lesivo para las aseguradoras, lo cual en el caso concreto sería inexistente, teniendo en cuenta que Rímac podía ofrecer un seguro específico para personas con síndrome de Down, el mismo que implicaba –por costos- una prima mayor en el pago de la misma.

Otro punto a analizar es que si bien se hace alusión al test de proporcionalidad (aunque no lo desarrolle a profundidad), no se tiene en cuenta el elemento clave para la existencia de discriminación, a saber: la existencia de una práctica discriminadora por parte de Rímac.

Llegado a este punto, resulta necesario recordar que entendemos como discriminación a toda infracción al principio general de igualdad, motivado en la pertenencia a un grupo o colectivo determinado de la sociedad, haciendo la salvedad que la discriminación se diferencia del trato diferenciado, al concurrir un criterio de diferenciación no permitido o prohibido expresamente por la ley (Huerta, 2016, p.187).

Tal como lo señalan Agüero y Rodríguez (2014), lo que decide la existencia de discriminación es verificar la existencia del “gusto por discriminar” por parte del proveedor, teniendo en cuenta que se habla de “gusto” porque en realidad discriminar tiene un costo, al segregar a un potencial consumidor (p.26). Ello tiene sentido, considerando que un acto de discriminación, tiene dos elementos clave: el primero, que sea un *hecho sistemático o constante de marcar distancia*, dando a entender que distingue a otro como alguien que no es un igual, de forma irracional; el segundo, que *dicho trato va dirigido contra un integrante o varios un grupo o colectivo determinado*, existiendo una asociación mental de negatividad y asimetría frente a ese grupo.

Ante ello, también cabe preguntarse, ¿Se puede hablar de discriminación cuando se aprecia que, en principio, Rímac no se ha negado a contratar seguros de salud para personas con Síndrome de Down? En realidad, la empresa aseguradora si lo ha hecho, bajo determinadas condiciones contractuales plasmadas en documentos expedidos por dicha empresa, las mismas que fueron citadas por el Tribunal en la resolución materia de análisis.

Somos de la opinión que el voto comentado en estas líneas adolece de un error en el manejo del concepto de discriminación, lo cual afectaría seriamente el uso del Test de Proporcionalidad: si no existe una prueba clara de la existencia de prácticas discriminatorias, entonces no podemos hablar de discriminación. Porque, a fin de cuentas, no se niega la

empresa a asegurar de forma total a la menor, sino a no asegurarle en el plan aplicado para las personas en general.

En efecto, si enfocamos la cuestión desde la doctrina de los actos propios -que prohíbe que una persona pueda ir contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra, atentando contra la buena fe- podemos apreciar claramente que la conducta de Rímac resultaría contradictoria, considerando que se expresó en el procedimiento administrativo que dicha aseguradora brindaba cobertura a niños nacidos con Síndrome de Down, para luego –curiosamente- manifestar en que no iba a asegurar a la integrante de la familia Céliz, por cuanto brindarle cobertura implicaba un coste económico elevado, que no podía asumir. Ante ello, resulta inevitable preguntar: ¿Cuál es la diferencia de afiliar a niños recién nacidos respecto de adolescentes que también tienen Síndrome de Down, cuando resulta evidente que los costos económicos serán elevados, supuestamente por la preexistencia del mismo y las secuelas médicas que se generan a lo largo del tiempo? Opinamos que lo antes dicho debió también ser considerado, por cuanto dicha contradicción resulta siendo fundamental al momento de analizar la presunta coherencia en la actuación de Rímac Seguros como aseguradora, respecto de las solicitudes de afiliación de menores con Síndrome de Down.

Respecto del segundo voto, planteado por los vocales Mujica y Montoya Alberti, en el que señalaron que se produjo un caso de selección injustificada de clientela (para nosotros, un trato diferenciado), nuestro parecer es que dicho voto es el más acertado de los tres.

Consideramos ello porque sí consideran relevante el dato referido a la existencia de contratos celebrados por Rímac para brindar servicios de aseguramiento para solicitantes con Síndrome de Down, determinado que por ello no se podía hablar de discriminación, sino de una forma de trato diferenciado, al excluir a personas con dicho síndrome, sin que medie una causa razonable y justificada para ello.

Discrepamos con este voto, en el sentido que señala que el Tratado sobre personas con discapacidad es sólo de obligatorio cumplimiento para los Estados, cuando es evidente que los tratados sobre derechos humanos son, al igual que la Constitución, de obligatorio respeto y cumplimiento para todas las personas, naturales o jurídicas, aparte de la obligatoriedad intrínseca que tiene para los Estados.

En nuestra opinión, el voto bajo comentario debió haber incidido en el hecho que había un trato diferenciado ilegal, por cuanto había una obligación legal expresa, nacida de una norma con rango constitucional, que obligaba al Estado Peruano (involucrando al Gobierno y a los ciudadanos) a adaptar la prestación de servicios de salud para garantizar el acceso a los mismos para las personas con discapacidad, más aún cuando en los hechos, dichas personas padecen de problemas diversos al momento de desenvolverse en su vida cotidiana.

Respecto del voto del vocal Arrús Olivera, referido a que se declare infundada la denuncia, compartimos el criterio que no es lo mismo hablar de discriminación que de trato diferenciado; sin embargo, discrepamos totalmente de que, en este caso, nos encontramos ante un trato diferenciado lícito, sustentando su posición en el hecho que supuestamente que los instrumentos internacionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad no generarían obligaciones a los particulares; es decir, se entendería en una simple lectura, que el único obligado a ello sería el Estado.

Lo dicho resulta siendo, a nuestro juicio, equivocado: de un análisis superficial de los artículos 4° y 25° de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se podría entender –a la luz de una revisión muy sesgada- que dicho convenio solamente genera obligaciones al Estado; sin embargo, al analizarlo en concordancia con lo dispuesto en nuestra Carta Magna y lo manifestado por el Tribunal Constitucional, es evidente que dicho instrumento internacional, como parte del derecho interno con rango constitucional y que versa sobre derechos fundamentales, resulta siendo de obligatorio cumplimiento para todos, no quedando en una obligación dirigida absolutamente al Estado, quedando fuera de lugar la frase esbozada en dicho voto.

Somos de la opinión que, de haberse realizado correctamente el Test de Proporcionalidad en el presente caso -teniendo en cuenta las preguntas arriba presentadas- resultaba claro que es totalmente factible limitar la libertad contractual a fin de favorecer el derecho a la salud, considerando como base, desde el inicio, que lo dispuesto por el marco normativo aplicable al caso concreto (respecto de los derechos de la persona con discapacidad y del consumidor) es de obligatorio cumplimiento, no sólo para el Estado, sino en general para todos los ciudadanos.

Por otro lado, en un segundo nivel, consideramos que si existían medios alternativos para salvaguardar la salud de las personas que tienen alguna discapacidad, en vez de negarse

simplemente a contratar, criterio adoptado por la aseguradora: en este caso, podría haber dejado de lado el criterio automático de celebrar contratos estandarizados, para negociar realmente con la familia Céliz, ofreciéndoles un seguro acorde con las necesidades de la menor, teniendo también en cuenta que ello no implica que se subvencione servicio alguno.

La idea que está detrás es brindar la oportunidad de contratar el servicio, pero teniendo en cuenta que, a diferencia del Estado, el proveedor particular de servicios de salud busca un beneficio económico por el servicio prestado, debiendo por ello la póliza ajustarse al objetivo del proveedor, con lo cual se compensaría; si a la otra parte no está de acuerdo, sencillamente puede desistirse y buscar entre las ofertas que el mercado le brinde.

Finalmente, en un tercer nivel, no se consideró que, al limitarse la libertad contractual de la aseguradora a fin de salvaguardar mínimamente el derecho a la salud de las personas, tengan o no alguna discapacidad, se cautelaba el principio de igualdad de trato, base para una convivencia armónica en la sociedad, garantizada constitucional y normativamente. En nuestro concepto, no pretendemos ni remotamente que los particulares brinden servicios asistenciales, únicamente consideramos que se debe brindar la posibilidad de negociar en casos como el de la familia Céliz, donde debe atenuarse la libertad contractual en aras de brindar mejores oportunidades de vida, en el contexto de una economía de libre mercado.

4.4. La jurisprudencia del INDECOPI luego del caso Céliz.

De forma posterior al caso Céliz, la Sala de Protección al Consumidor ha emitido dos pronunciamientos relevantes: en primer lugar, la Resolución N° 3241-2016/SPC-INDECOPI, en el procedimiento administrativo iniciado por la denuncia interpuesta por David Castillo Hidalgo y Clara Criollo Gálvez contra Clínica San Pablo S.A.C.; y, en segundo lugar, la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, en el procedimiento administrativo de oficio contra el Banco Interamericano de Finanzas S.A. (BIF).

En el primer caso planteado, los denunciantes expresaron que la entidad de salud se negó a asegurar a su menor hijo al Plan Familiar Salud San Pablo, puesto que tenía Trastorno del Espectro Autista (TEA).

La primera instancia administrativa (la Comisión de Protección al Consumidor N° 1) se pronunció declarando fundada la denuncia, al haberse –a su juicio- verificado que la Clínica

negó sin sustento alguno al hijo de los denunciantes el acceso al Plan Familiar Salud San Pablo, en atención a su condición de TEA.

En su defensa, la Clínica alegó que los denunciantes conocían que los que pretendían acceder al Plan antes citado, debían gozar de buen estado de salud y sabían que su solicitud estaba sujeta a la aprobación del centro de salud. Agregó que el hijo de los denunciantes no podía afiliarse al referido Plan, pues padecía de una condición de salud no aceptable, conforme a su Manual de Suscripción.

Asimismo, la Clínica indicó que no se había limitado a rechazar a los denunciantes el acceso al Plan en cuestión, sino que les había ofrecido, en lugar del plan solicitado, la afiliación al llamado Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) – El Plan de Salud Super PEAS, con cobertura completa y acorde a las necesidades del menor, garantizado técnica y financieramente, pero no fue aceptado por los denunciantes (INDECOPI, 2016, p.5).

Añadió que la primera instancia administrativa debió considerar que los planes de salud estaban dirigidos a determinadas y distintas personas, que debían cumplir con los requisitos respectivos, situación que no implicaba discriminación alguna, al ser una distinción objetiva.

En el marco de dicho procedimiento, el Tribunal del INDECOPI confirmó la Resolución N° 2092-2015/CC1, al declarar fundada la denuncia contra la Clínica San Pablo S.A.C., al acreditarse en su opinión que dicho centro de salud negó injustificadamente el acceso del hijo de los denunciantes al Plan Familiar Salud San Pablo, por padecer de Trastorno del Espectro Autista.

Asimismo, se declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 24° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que la denunciada no cumplió con atender el reclamo del 30 de abril de 2014 formulado por los denunciantes.

El Tribunal del INDECOPI expresó que el Código de Protección y Defensa del Consumidor indica el derecho a un trato justo que deben recibir los consumidores, así como el derecho no ser discriminados. Asimismo, precisó que los proveedores no deben seleccionar clientela, sin que medien causas vinculadas a seguridad u otras razones, las mismas que deben ser necesariamente objetivas y justificadas (INDECOPI, 2016, p. 8).

La segunda instancia administrativa indicó que la Ley N° 30150, Ley de protección de las personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA), establece de manera expresa el derecho de las personas con dicho trastorno a no ser discriminados en ningún ámbito de su vida, en especial al contratar un seguro de salud (INDECOPI, 2016, pp. 13-14).

En el caso materia de análisis, la Sala consideró que no resultaba hecho controvertido que la Clínica negó al hijo de los denunciantes la afiliación al Plan Familiar Salud San Pablo, debido a que este presentaba un cuadro de TEA, lo cual, a decir de la denunciada, resultaba acorde a lo dispuesto en su Manual de Suscripción, sino determinar si los motivos del rechazo al Plan Familiar Salud San Pablo por parte de la Clínica califican como un acto discriminatorio en contra del hijo de los denunciantes.

En ese sentido, si bien la Clínica sustentó el rechazo del acceso al Plan Familiar Salud San Pablo al hijo de los denunciantes se dio en base a lo señalado en el Manual de Suscripción, el cual establecía los supuestos denominados “solicitudes no aceptables”, dicho centro de salud no acreditó haber sustentado frente a los denunciantes, de forma oportuna, ni mucho menos técnica, los motivos por los cuales rechazaba la afiliación al plan de salud solicitado (Plan Familiar San Pablo Salud), siendo que – a juicio de la Sala de Protección al Consumidor- la Clínica habría el acceso del hijo de los denunciantes al plan de salud, debido a la condición de discapacidad del menor, sin dar mayores explicaciones al respecto, que el hecho que el referido plan no estaba dirigido para el menor, por lo que en principio - se configuraría una negativa injustificada de acceso a un seguro, por tener una discapacidad.

A la vez, la Sala manifestó que la Clínica no presentó medios probatorios que acreditaran que ofreció a los denunciantes un plan de salud alternativo (Plan Super Peas) al momento en que se denegó el plan de salud solicitado, cuando dicho ofrecimiento fue negado por los denunciantes, quienes sostuvieron que el rechazo rotundo se dio de manera escrita.

También la Sala hizo hincapié en que la Clínica no presentó informes que acreditaran las razones por las cuales personas como el hijo de los denunciantes no podía ser beneficiario del plan de salud, lo cual hubiera permitido aclarar si dicho plan estaba destinado a determinadas personas, que cumplieren con requisitos específicos, tal como fue alegado; pero ello no ocurrió en el caso aquí analizado (2016, p. 15).

Así, el Tribunal del INDECOPI dejó en claro que los proveedores de planes de salud como la

Clínica, a su libre discreción, no pueden denegar el acceso a dichos planes por el hecho de ser una persona con discapacidad (como el TEA), pues ello implicaría establecer (o imponer) una valla irregular al derecho constitucionalmente reconocido a poder recurrir a servicios de salud y, a su vez, implicaría discriminación en agravio de un colectivo de personas, situación que iría en total contravención a las normas antes expuestas y, en general, al ordenamiento legal nacional. Sin embargo, dejó en claro, como se dijo antes, que la empresa asegurante tiene en todos los casos afiliar a las personas con discapacidad; por el contrario, los centros de salud pueden negarse a contratar, como ocurre con el resto del público, siempre y cuando dicho rechazo esté debida y objetivamente sustentado (INDECOPI, 2016, pp. 15-16).

Finalmente, la Sala concluyó que la Clínica San Pablo, al negarse injustificadamente a afiliar al menor en el caso, incurrió en una discriminación, toda vez que la exclusión o el rechazo de acceso al seguro no se dio en base a razones objetivas acreditadas.

En nuestro concepto, en este primer caso consideramos que el Tribunal ha manifestado mayor claridad en esta resolución, en comparación al caso Céliz: en efecto, se ha tomado en cuenta que una variedad de votos genera desconcierto y genera un efecto contrario al no tutelar adecuadamente los derechos de los consumidores.

De otro lado, si bien se sigue la línea adoptada en el caso Céliz, hay más precisión a la hora de realizar el análisis a comparación del mencionado procedimiento, por cuanto se toma en cuenta que, si no se acredita que el trato diferenciado tiene razones objetivas y razonables, se estaría cayendo en discriminación.

Sin embargo, consideramos que debió desarrollarse con mayor amplitud el tema de trato diferenciado en la jurisprudencia, siendo que la discriminación es el trato diferenciado más grave y que, por ende, merece la mayor sanción al ser cometido contra el consumidor. Si bien las resoluciones emitidas marcan el camino, opinamos que los conceptos fundamentales debieron ser precisados.

De otro lado, respecto del segundo caso, la Comisión de Protección al Consumidor encargó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización que supervise a las empresas del sistema financiero, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Así, en base a la información obtenida, la Secretaría Técnica de la Comisión inició un procedimiento administrativo sancionador contra el BIF por

la infracción al artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que habría realizado un trato desigual e injustificado, al impedir el acceso a dos (2) productos de dicho banco (INDECOPI, 2019, pp. 2 y 3).

El Banco denunciado formuló sus descargos manifestando, entre otros temas, que su conducta no es un acto de discriminación, sino una diferenciación razonable, debido a que un crédito hipotecario es un contrato a largo plazo que requiere una cuota inicial muchas veces del 20% y se otorga por un plazo de hasta 20 años (2019, p. 3).

Posteriormente, la Comisión emitió la Resolución N° 0144-2018/CC3, a través de la cual resolvió, entre otros puntos, hallar responsable al Banco por infracción del artículo 38 del Código, por haber realizado un trato desigual, injustificado y basado en la edad de los consumidores, al impedir el acceso a los productos: a) Crédito MiVivienda; y, b) Crédito Hipotecario, sancionándolo con una multa de 50 Unidades Impositivas Tributarias (INDECOPI, 2019, p. 5).

Ante el recurso de apelación interpuesto por el Banco Interamericano de Finanzas, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI emitió la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, a través de la cual confirma la resolución de primera instancia, modificando sus fundamentos, en el extremo que halló responsable al Banco Interamericano de Finanzas, por infracción del artículo 38° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que la entidad financiera incurrió en prácticas discriminatorias etarias, en el acceso a los productos Crédito MiVivienda y Crédito Hipotecario ofrecidos a los consumidores.

Respecto de la resolución antes comentada, marca un cambio en la postura del INDECOPI: si antes se reconocía que existía una diferencia entre la discriminación en el consumo y el trato diferenciado ilícito, ahora ya no se consideran dos conceptos distintos, sino más bien como una misma infracción, que es trato desigual, no justificado objetiva y razonablemente (2019, p.12)

La Sala de Protección al Consumidor expresó que dicha unificación se sustenta en que ni la Constitución ni el Código de Protección y Defensa del Consumidor realizan una diferenciación normativa entre trato diferenciado y discriminación en el consumo, por lo cual se llega a la conclusión que sólo hay una infracción (2019, pp. 12 – 13).

En nuestra opinión, esta resolución resulta siendo exagerada, por cuanto parte, en nuestro concepto, de una errónea lectura de los artículos de las normas antes mencionadas.

En efecto, la Constitución recoge expresamente el derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado, lo que implica que las personas deben ser tratadas de la misma manera por la normativa; de otro lado, el Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce el derecho a un trato justo y equitativo, así como a no ser discriminado, indicándose que está prohibida la exclusión de personas, salvo las excepciones previstas (seguridad, causas objetivas y justificadas) mencionadas anteriormente (INDECOPI, 2019, p. 11).

Así, de la revisión de la normativa, y en concordancia con lo expuesto en el presente trabajo, se aprecia que nuestro ordenamiento es claro en considerar que no toda vulneración a la igualdad ante la ley, o que no todo trato diferenciado, genera un acto de discriminación, lo cual contradice la resolución aquí analizada (errónea en nuestro concepto), la misma que no considera el hecho insoslayable que el trato diferenciado ilícito –no considerado en su análisis- también afecta el derecho de igualdad ante la ley.

Por ello, a continuación formulamos una propuesta normativa, que modifica lo dispuesto en el artículo 38 del Condigo de Protección y Defensa del Consumidor, propuesta que ayudará a mantener la diferencia entre conceptos, la misma que resulta vital al momento de analizar casos en concreto, con la finalidad de uniformizar la jurisprudencia y, a la vez, difundir de manera clara dichos criterios entre los consumidores, a fin de salvaguardar la predictibilidad de la administración, así como cautelar los derechos fundamentales.

4.5. Propuesta normativa sobre discriminación y trato diferenciado

Durante la elaboración de la presente tesis y con la finalidad de responder a las preguntas planteadas y objetivos propuestos en la misma, se presenta un proyecto normativo, que es fruto del análisis teórico y de la jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI.

La presente propuesta normativa, además de la usual fórmula legal presente en todas las

normas, tiene una exposición de motivos, un análisis costo beneficio y los efectos sobre la vigencia de la norma en la legislación nacional. Asimismo, cabe indicar que la referida propuesta no se aleja de la realidad legislativa, al tener como principal finalidad precisar conceptos clave, como son los de discriminación y trato diferenciado, así como alinear el Código de Protección y Defensa del Consumidor con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico nacional (como es la Constitución Política y la jurisprudencia judicial y administrativa).

4.5.1. Fórmula Legal

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CODIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 1.- Modificación del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor aprobado por la Ley N° 29571.

Modifíquese el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por la Ley N° 29571, en los términos siguientes:

«Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores

38.1 Los proveedores deben brindar igualdad de trato a todos los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

38.2. 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.

38.3 El trato diferente de los consumidores no configura discriminación, siempre y cuando obedezca a causas objetivas y razonables, las mismas que no pueden contravenir el interés público.

38.4 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.

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

4.5.2. Exposición de Motivos

La iniciativa legislativa que se propone tiene como principal objetivo precisar los conceptos de discriminación y trato diferenciado que, si bien existen en la teoría y están recogidos en el ordenamiento jurídico, no se encuentran claramente definidos por la normativa en materia de protección al consumidor.

En ese sentido, resulta necesario modificar el artículo 38, con la finalidad de precisar los conceptos antes mencionados, así como también alinear lo dispuesto por la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, con lo consignado en el resto del marco jurídico nacional.

Como es conocido, la igualdad de trato es un principio y, a la vez, un derecho, que conlleva tanto que toda persona es igual ante la ley y, por ende, ante el Estado, pero también que toda persona debe ser tratada por igual por sus semejantes, a fin de garantizar su libre desenvolvimiento, sin trabas que le afecten.

De otro lado, nuestro ordenamiento jurídico reconoce, como parte del principio-derecho a la igualdad, el principio de no discriminación, que expresa que ninguna persona puede ser discriminada o menospreciada por su raza, sexo, condición social o cualquier otro motivo, entendiéndose que la discriminación es una afectación intolerable, sustentada en razones irracionales que, por el hecho de no tener lógica, impiden de manera injusta el desarrollo de los seres humanos, causando secuelas que se mantienen en el tiempo. Por ello, la discriminación no es permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

Es necesario indicar que la normativa señala que es posible que exista un trato diferenciado lícito, entendiéndose por tal a aquel trato basado en razones objetivas y justificadas, las mismas que sustentan la actuación de un proveedor de hacer una distinción en el trato respecto de un consumidor, en comparación con otros.

Lo antes dicho se puede ejemplificar de la siguiente forma: un proveedor niega el ingreso de una persona a un cine porque se encuentra en estado etílico, algo observable a simple vista, al ser notoria una conducta errática e incoherente; por ello, impedir el ingreso al local público de una persona alcoholizada no es discriminación. En ese sentido, para ejercer el derecho como consumidor a acudir a una función de cine, de forma correcta, es necesario encontrarse ecuanime, con la finalidad que no se afecte la función de cine programada y, como

consecuencia de ello, se incomode al resto del auditorio.

Un caso distinto es de una persona a la que se le da un sitio preferente en la cola de ingreso a la sala de cine, considerando su condición de discapacitado; ello resulta siendo algo equitativo, siendo que los discapacitados no tienen las mismas facilidades físicas de las demás personas para permanecer esperando en un mismo sitio; hacer ello implica brindar un trato diferente, a fin de equiparlos con el resto del público, lo cual es -a todas luces- razonable y justificado. Sin embargo, rechazar a alguien por una discapacidad, su color de piel, orientación sexual, u origen social es discriminación, es decir, un trato diferenciado ilegal, por tener carácter irracional.

Ahora bien, el actual texto del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, recoge los conceptos de igualdad, discriminación y trato diferenciado; sin embargo, adolece de una falta de claridad a la hora de vincular dichos conceptos, con el riesgo que ello configura para la defensa de los derechos de la persona, específicamente en el ámbito de una relación de consumo.

De esta manera, se presenta un proyecto de modificatoria del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, con la finalidad el clarificar los conceptos de igualdad de trato, discriminación y trato diferenciado, para que los operadores jurídicos (proveedores, consumidores, autoridad administrativa en materia de consumo, Poder Judicial) tengan clara la vinculación existente entre los conceptos marcados por nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que también sus diferencias, las mismas que, aunque sutiles, deben ser consideradas. Asimismo, se considera la situación de las personas que reciben un trato diferenciado, recogiendo expresamente que ningún trato de ese tipo, en que se busca la equidad, puede ser considerado de carácter discriminatorio; si bien existen normas sobre discapacidad, resulta pertinente incorporar las mismas en la fórmula legal, a fin de que sean uniformes con el resto del ordenamiento sobre la materia.

Para una mejor ilustración, procedemos a presentar un cuadro comparativo entre ambas normas (ver Tabla N° 1):

Tabla N° 1: Cuadro comparativo entre el artículo 38 actual del Código de Protección y Defensa del Consumidor y la propuesta de nuevo artículo.

TEXTO ACTUAL DEL ARTICULO 38 DEL CODIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR	TEXTO PROPUESTO PARA EL ARTICULO 38 DEL CODIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR
<p>Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>	<p>«Artículo 38.- Prohibición de discriminación de consumidores</p> <p>38.1 Los proveedores deben brindar igualdad de trato a todos los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.</p> <p>38.2. 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.</p> <p>38.3 El trato diferente de los consumidores no configura discriminación, siempre y cuando obedezca a causas objetivas y razonables, las mismas que no pueden contravenir los derechos fundamentales. Tampoco configura discriminación el trato diferenciado, siempre y cuando se sustente en razones objetivas y razonables, con la finalidad de garantizar la equidad ante situaciones de desigualdad manifiesta entre los consumidores.</p> <p>38.4 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.</p> <p>38.5 Está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares.»</p>

(Elaboración propia)

En el proyecto de modificación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, se formulan las siguientes modificaciones:

En primer lugar, se incorpora como numeral 38.1 que los proveedores tienen la obligación de brindar igualdad de trato a todos los consumidores. Se hace la precisión, por cuanto el principio-derecho de igualdad es la base sobre la cual se constituye el deber de no discriminación y el trato diferenciado, lo cual no existe en el actual texto del artículo 38 del Código antes mencionado.

Como numeral 38.2, se indica con claridad que está prohibida toda forma de discriminación en el consumo, que en el texto original se encuentra en el numeral 38.1. Dicho orden resulta lógico, teniendo en cuenta que, una vez de tener claro el contenido del derecho base, que es el derecho a la igualdad, se puede hablar del derecho a no ser discriminado.

En los numerales 38.3, 38.4 y 38.5 del proyecto de nuevo texto del artículo 38, se recoge el desarrollo del trato diferenciado. En este caso, se aborda de forma detallada cuatro aspectos de dicho concepto jurídico: a) diferencia el trato diferenciado de la discriminación; b) se señala que el trato diferenciado se sustenta en razones objetivas y justificadas; c) se abordan dos casos particulares de trato diferenciado, como son la atención diferente y la exclusión de locales públicos, que son los casos más comunes en los cuales se han dado controversias por discriminación y trato diferenciado; y, d) se reconoce el trato igualitario, específicamente sustentado en razones de equidad.

Lo plasmado en la propuesta legislativa, recoge lo expuesto en los párrafos precedentes, donde se ha expresado que la normativa en materia de protección al consumidor peruana ha recogido el desarrollo en el derecho de los derechos humanos y en el derecho constitucional, incorporando la no discriminación y el trato diferenciado.

Sin embargo, aunque la normativa sobre consumidor recoge ambos conceptos, ello no quiere decir que el operador jurídico tenga clara su aplicación, tal como se ha podido apreciar en el caso: es por ello que resulta importante la jurisprudencia del INDECOPI, la misma que, a lo largo del tiempo, ha precisado que la discriminación y el trato diferenciado son conceptos íntimamente vinculados, como de género a especie; igualmente, la jurisprudencia administrativa en materia de protección al consumidor resulta siendo importante, debido a que incorpora para el análisis que la discriminación implica un elemento de irracionalidad que debe

ser probado, dirigido contra un grupo o colectivo determinado, lo cual no se configura en todos los casos.

Será precisamente este desarrollo jurisprudencial el que hace necesario que la normativa se adecúe a las situaciones presentadas ante la autoridad administrativa en materia de consumo: por ello, existe la necesidad de que el Código de Protección y Defensa del Consumidor plasme en su articulado, de forma clara y precisa, la distinción entre el trato diferenciado de la discriminación, precisando que el primero de estos conceptos es una excepción que únicamente se sustenta en razones objetivas y justificadas. De ahí que la modificación normativa propuesta dará bases más claras para la resolución de casos que se presenten, tanto a nivel administrativo como judicial.

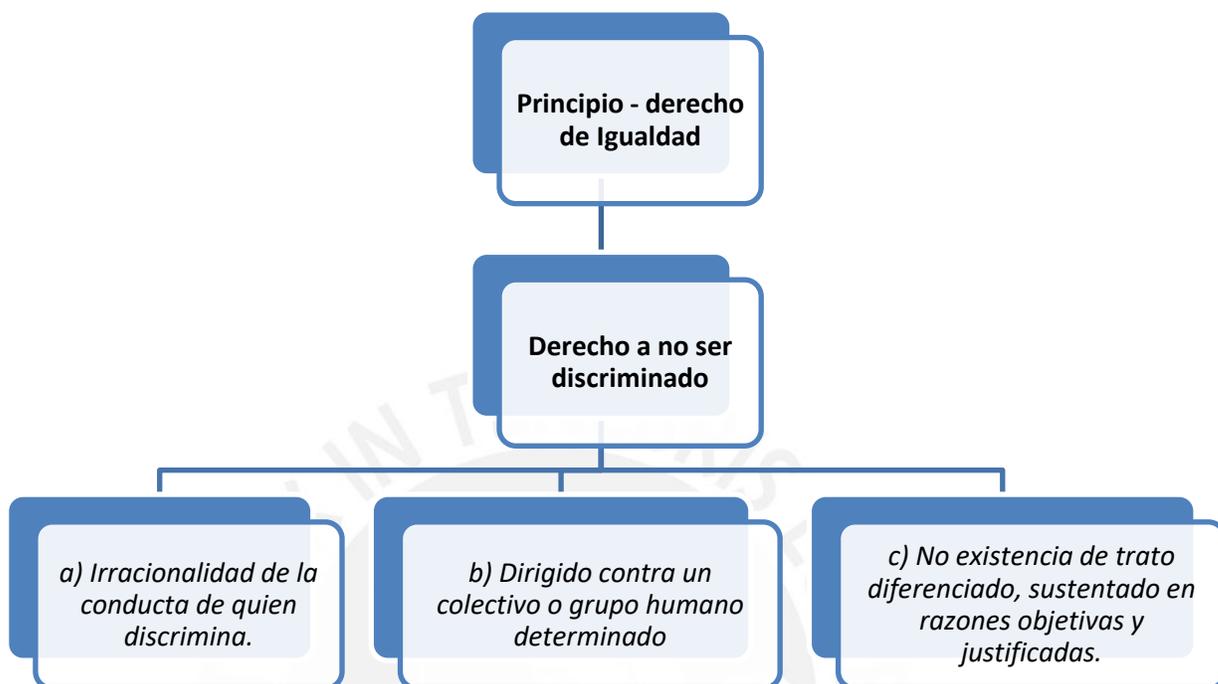
Respecto de los numerales antes mencionados de la propuesta normativa, si bien forman parte de la redacción vigente del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, debe mantenerse dicho contenido, por cuanto, tal como se ha expresado en los párrafos precedentes, el trato diferenciado no es ilegal, siendo que -a diferencia de la discriminación- tiene un sustento lógico, el mismo que dependiendo de cada caso, se sustenta en una base racional, que en muchos casos es privilegiar la protección de un bien jurídico mayor (como puede ser la vida, la salud, la integridad personal, etc).

Por lo expuesto, el adoptar esta propuesta legislativa, únicamente exigirá un agregado en el artículo 38 de la Ley N° 29571, consistente en el concepto de igualdad de trato, toda vez que, para una mejor comprensión de la discriminación y trato diferenciado, se requiere la inclusión de dicho concepto, en concordancia con la norma nacional vigente.

4.5.3. Esquema de aplicación operativa

En el presente caso, proponemos un esquema de aplicación operativa de la propuesta normativa que formulamos, a fin de que se pueda tener en consideración al momento de abordar el análisis de un caso de discriminación (ver Figura N° 1):

Figura N° 1: Aplicación operativa de la propuesta normativa



(Elaboración propia)

El esquema aquí planteado adapta la propuesta normativa esbozada en los párrafos precedentes, como guía para aplicar ante casos de discriminación que se puedan presentar en el futuro.

El primer paso del análisis se encuentra consignado en el numeral 38.1 de la propuesta normativa, al centrar el tema de análisis en el principio – derecho constitucional a la igualdad como fundamento sobre la cual se sustenta el derecho a no ser discriminado, debido a que la igualdad es la base para el desarrollo de los derechos civiles y políticos, colocando a todas las personas, sin distinción alguna, en el mismo plano ante la ley.

Como consecuencia -en negativo- del principio – derecho a la igualdad, se desprende el segundo paso del análisis, referido al derecho a no ser discriminado, que se consigna en el numeral 38.2 de la propuesta normativa antes referida, teniendo en cuenta que nadie puede ser discriminado (es decir, una acción irracional) sea por cuestión de raza, sexo, condición económica, u otro motivo. (lo cual implica estar catalogado en un colectivo o grupo humano

determinado).

Finalmente, considerando el numeral 38.3 de la propuesta, en el análisis del caso deberá apreciarse si no existe un trato diferenciado, es decir, si la acción discriminadora del proveedor de bienes o servicios, se encuentra o no sustentada en razones objetivas y justificadas; de otro lado, se recoge en los numerales 38.4 y 38.5 los actos de discriminación más recurrentes, como son los referidos a la atención preferente en un establecimiento y la exclusión de ingreso en un local.

Considerando lo antes mencionado, podemos apreciar que la propuesta normativa planteada resulta aplicable a los casos de discriminación y trato diferenciado que puedan plantearse en el futuro, al tener en cuenta elementos clave como la igualdad, la no discriminación y el trato diferenciado, posibilitando un análisis integral para el operador del derecho.

4.5.4. Análisis Costo-Beneficio

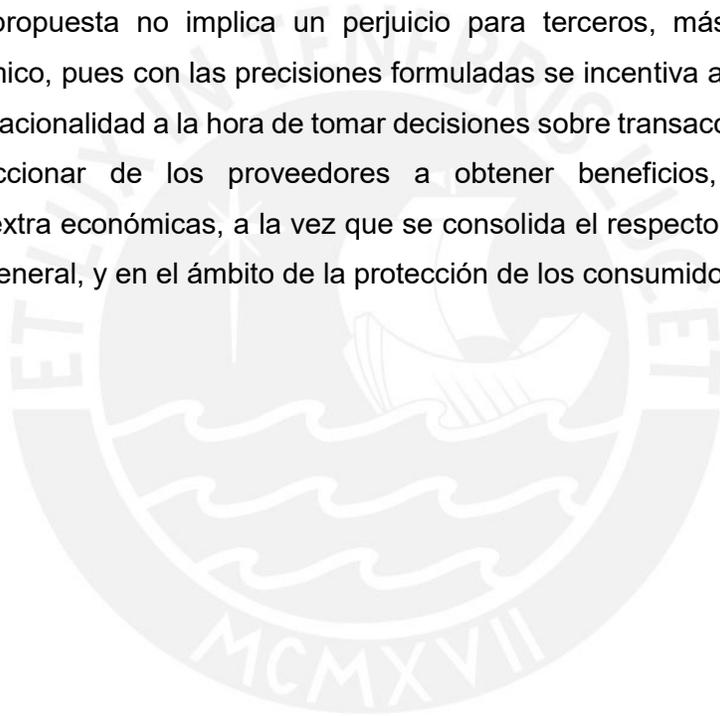
En base a lo señalado en los párrafos precedentes, la modificación del artículo 38 planteada en la propuesta normativa no genera gastos adicionales en el Presupuesto del Sector Público, por cuanto la propuesta se orienta a precisar conceptos existentes en el derecho nacional, los cuales no han sido debidamente precisados en la normativa en materia de protección al consumidor; ello permitirá facilitar a los operadores de derecho la comprensión de la problemática existente sobre el derecho a la igualdad, brindando una mayor claridad al momento de emitirse pronunciamientos administrativos sobre el tema, así como evitando confusiones respecto de la discriminación y el trato diferenciado, lo cual generara una alta rentabilidad social, al promover la igualdad en los distintos ámbitos de la vida económica del país.

4.5.5. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La norma propuesta buscará completar la omisión de la cual adolece la Ley N° 29571, respecto al origen de los conceptos de igualdad, discriminación y trato diferenciado, propios del derecho constitucional y de los derechos humanos, añadiendo claramente la figura de la igualdad como deber de los proveedores, lo cual tiene como consecuencia inmediata una mejor comprensión de los aspectos sustanciales de la discriminación y el trato diferenciado.

La implementación de dicha figura supondrá evitar confusiones a la hora de determinar, casuísticamente hablando, la existencia de casos de discriminación o de trato diferenciado, debido a que se precisa con claridad que la igualdad tiene una doble vertiente: por un lado, que el trato igualitario es la base para una relación de consumo menos asimétrica; de otro lado, que si bien hay una obligación de garantizar la igualdad de trato en el marco de las relaciones de consumo, ello tiene sus límites, los mismos que deben sustentarse únicamente en razones objetivas y justificadas, siendo que, de no existir las mismas, nos encontraríamos ante un caso de discriminación, no permitida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, precisamente porque carece de sustento alguno, o sea, es irracional.

Asimismo, esta propuesta no implica un perjuicio para terceros, más bien favorece el desarrollo económico, pues con las precisiones formuladas se incentiva a poner, por encima de los prejuicios, racionalidad a la hora de tomar decisiones sobre transacciones comerciales, orientando el accionar de los proveedores a obtener beneficios, sin que existan consideraciones extra económicas, a la vez que se consolida el respecto a la igualdad en el marco social en general, y en el ámbito de la protección de los consumidores en general.



Conclusiones

1. Las figuras de discriminación y trato diferenciado son dos conceptos no excluyentes, sino complementarios: en efecto, la discriminación es un tipo de trato diferenciado, el mismo que se produce al no existir razones objetivas y razonables que sustenten dicha actuación del proveedor, a lo que hay que añadir el hecho verificable de que los actos del proveedor van dirigidos hacia consumidores con determinadas características.
2. Un acto de discriminación se diferencia de un trato diferenciado en que debe tener, a nuestro juicio, dos elementos clave: el primero, que sea un hecho sistemático o constante de marcar distancia, ante características que tenga el sujeto que, a ojos del discriminador, lleven a distinguir a otro como alguien que no es un igual.
3. El segundo elemento es que la discriminación va dirigida contra un grupo o colectivo determinado, que tiene las características que el otro (persona y grupo) no tiene, generando una asociación mental de negatividad y asimetría frente a ese grupo.
4. Sin embargo, una vez que se determina si hay discriminación o trato diferenciado que vulnera las normas sobre protección al consumidor, es inevitable la existencia de colisión entre dos derechos: el derecho a no ser discriminado frente a la libertad de contratar, especialmente en temas vinculados a servicios de salud: por ello, existe –desde la óptica del derecho constitucional- el instrumento jurídico del test de proporcionalidad como herramienta para poder delimitar claramente en escenario si se presenta dicha colisión.
5. A nuestro juicio, el test de proporcionalidad debe comenzar por analizar tanto el derecho a la salud (considerando el rol del Estado y de los particulares) como el derecho a la libertad contractual, para luego proceder a determinar si es necesario limitar el derecho a contratar a fin de garantizar el acceso a la salud sin discriminación alguna: dicho en otras palabras, ¿Existen límites al derecho que tienen los proveedores para escoger a los consumidores con quienes establecer relaciones jurídico patrimoniales?, lo cual conlleva a realizar un análisis del marco normativo que cautela los derechos de las personas con discapacidad.
6. Los pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI son importantes, en la medida que se aprecia el desarrollo gradual realizado al analizar casos de discriminación: la distinción

entre dicha figura y trato diferenciado, el marco normativo internacional y la necesidad de probar la existencia de trato diferenciado.

7. En el caso de Rímac y la familia Céliz, nuestra posición es que no existe discriminación, en tanto no se habría probado la existencia de una conducta reiterada en el tiempo respecto a un grupo determinado de la sociedad; la falta de razones que sean objetivas y justificadas que sustenten la posición de la aseguradora Rímac (cuando esta compañía de seguros pudo brindar una alternativa a la familia Céliz), no implicaba necesariamente una afectación a su libertad para contratar, teniendo en cuenta el test de proporcionalidad, donde evidentemente prima la salud de las personas que desean tener acceso a los servicios de atención, debiendo también considerarse los costos que para una aseguradora privada le ocasionen, lo cual ha sido recogido con mayor claridad en la resolución emitida en el año 2016, vinculado a la Clínica San Pablo y el caso de menores con autismo.
8. En el caso del voto emitido por los vocales Carrillo y Quirós, discrepamos del mismo, por cuanto considera equivocadamente que la discriminación debe analizarse en términos individuales, sin considerar que es un hecho irracional y sistemático, que debe ser probado. Por otro lado, consideramos que no se realizó realmente un test de proporcionalidad, que implicara sopesar o bascular entre dos derechos que se podrían encontrar “en conflicto” en un caso concreto, para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias concretas, y solucionar una problemática formulada en particular.
9. Respecto del segundo voto, planteado por los vocales Mujica y Montoya Alberti, en el que señalaron que se produjo un caso de selección injustificada de clientela (para nosotros, un trato diferenciado), consideramos que es el más acertado, por cuanto sí consideramos el dato referido a la existencia de contratos celebrados por Rímac para brindar servicios de aseguramiento dirigidos a personas con la discapacidad bajo comentario, se aprecia que no era posible hablar de discriminación, sino de una forma de trato diferenciado, al excluir a personas sin que medie una causa razonable y justificada para ello.
10. Respecto del voto del vocal Arrús Olivera, referido a que se declare infundada la denuncia, compartimos el criterio que no es lo mismo hablar de discriminación que de trato diferenciado; sin embargo, discrepamos que nos encontramos ante un trato

diferenciado lícito, por cuanto la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad precisa claramente las obligaciones que tienen, tanto para el Estado como para los particulares.

11. Como se ha podido apreciar en el presente trabajo de investigación, la jurisprudencia administrativa esbozada en el caso de Rímac y la familia Céliz, así como lo resuelto recientemente en el caso de Clínica San Pablo marcan un camino que recién se está recorriendo. Los conceptos de “Discriminación” y “Trato diferenciado” son útiles en la medida que se tenga muy en claro la vinculación existente entre ambos, así como no dejar de lado la actuación de los medios probatorios aportados, elemental elemento procesal que se muestra decisivo al momento de discernir si se vulneran o no los derechos del consumidor.
12. En base a todo lo dicho anteriormente, llegamos la conclusión que el problema central para el análisis de casos que versen sobre discriminación y trato diferenciado -y no solo del que es materia de esta investigación- es la falta de claridad de conceptos en la normativa, específicamente la diferencia entre ambos y su vinculación con el principio-derecho a la igualdad; ello hace necesaria una modificación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en lo que concierne a la discriminación en el consumo.
13. Aunque la normativa que regula el derecho del consumidor recoge los conceptos de no discriminación y trato diferenciado, ello no quiere decir que el operador jurídico tenga clara su aplicación, tal como se ha podido apreciar en el caso: es por ello que resulta importante la jurisprudencia del INDECOPI, la misma que, a lo largo del tiempo, ha precisado que la discriminación y el trato diferenciado son conceptos íntimamente vinculados, como de género a especie.
14. Asimismo, la jurisprudencia administrativa en materia de protección al consumidor resulta siendo importante, debido a que incorpora para el análisis que la discriminación implica un elemento de irracionalidad que debe ser probado, dirigido contra un grupo o colectivo determinado, lo cual no se configura en todos los casos. Sin embargo, ante el reciente cambio jurisprudencial -erróneo en nuestro concepto, como desarrollamos en los párrafos precedentes- formulado por el Tribunal del INDECOPI, consideramos que una aclaración en la normativa sobre los conceptos de discriminación y tratado diferenciado resulta en estos momentos vital, teniendo en cuenta que el criterio jurisprudencial esbozado por

INDECOPI sobre el tema de discriminación, parte de una falta de comprensión de los conceptos desarrollados en el presente trabajo.

15. Por ello, tomando en cuenta la casuística administrativa, se ha incorporado una propuesta normativa, concretamente la modificatoria del artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, bajo la premisa que si bien dicha norma incorpora los conceptos de discriminación y trato diferenciado, se requiere también incorporar en la modificación de dicho articulado la distinción entre el trato diferenciado de la discriminación, precisando que el primero de estos conceptos es una excepción que únicamente se sustenta en razones objetivas y justificadas, a fin de brindar mayor claridad en la resolución de casos que se presenten, tanto a nivel administrativo como judicial. Asimismo, se incorpora la figura de trato diferenciado, a fin de garantizar la equidad ante situaciones de desigualdad manifiesta entre los consumidores.



Referencias bibliográficas

AMAYA, L. (2016). *Evaluación de la funcionalidad y efectividad de los procedimientos administrativos conducidos por el INDECOPI para sancionar conductas de trato discriminatorio de índole racial en establecimientos abiertos al público dedicados a actividades de esparcimiento* (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú). Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/>

AGÜERO, M. y G. RODRIGUEZ (2014). *El Derecho y la Economía de la Discriminación en el Consumo*. Lima, Perú: Thomson Reuters.

AGUILERA, A. (2009). Prohibición de discriminación y libertad de contratación. *INDRED – Revista para el Análisis del Derecho*. N° 1, 8-22.

BACA, V. (2013). *Protección al Consumidor*. Lima, Perú: INDECOPI.

BARRÈRE, MA. A. (2003). Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 9, 20-28. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=759143>

BURGA, A. (2011). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional*, 47, 253-267.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE. (2012). *Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2, 13 - 15.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012). *Furlán versus Argentina*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

DE BELAUNDE L. de R., J., & PARODI LUNA, B. (1998). Marco legal del sector privado sin fines de lucro en Perú. *Apuntes. Revista De Ciencias Sociales*, 43, 19-44.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ. (2007). *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes* (Serie Documentos Defensoriales N. 2). Lima: Defensoría del Pueblo. Recuperado de <http://alertacontraelracismo.pe/sites/default/files/La-discriminacio%CC%81n-en-el-Peru%CC%81-problema%CC%81tica-normatividad-y-tareas-pendientes%20%28Harry%20Colchado%27s%20conflicted%20copy%202017-09-08%29.pdf>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ. (2011). *Quinto Reporte de la Defensoría del Pueblo sobre el cumplimiento de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres* (Serie Informes de Adjuntía- Informe N° 004-2012-DP/ADM). Lima: Defensoría del Pueblo.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2004). Contrato y Libertad Contractual. *THEMIS Revista De Derecho*, 49, 15-21.

DULITZKY, A. (2007). El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana. En *Anuario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 3, 15 – 32. Recuperado de <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/13452/13720/>

DURAN, P. (2006). Discriminación Positiva o Acciones Positivas. *Persona y Derecho*, 54, 151 – 164. Recuperado de <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/download/32455/27805>.

EGUIGUREN, F. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Revista Ius et Veritas*, 15, 63 – 71. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/issue/view/1298>

ESPINOZA, J. (2012). *Derecho de los consumidores*. Lima, Perú: Rodhas.

GARCIA, V. (2013). *Los derechos fundamentales*. Arequipa, Perú: Adrus.

GUASTINI, Ricardo. (2007). Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios

constitucionales. En *Palestra del Tribunal Constitucional*; 2 (8), 631 - 637. Recuperado de http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci__n_un_analisis.pdf

HUERTA. L. (2005). El derecho a la igualdad. *Revista Pensamiento Constitucional*, 11(11), 307 - 334.

HUERTA, C. (2006). Estructura Jurídica del Derecho a la No Discriminación. En: C. De la Torre (Coord.), *Derecho a la no discriminación*. Ciudad de México, México: UNAM.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (1998). *El Derecho a No Ser Discriminado en el Consumo*. Recuperado de <http://www.bvindecopi.gob.pe/doctra/1998/d98003.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (17 de mayo de 2006). Resolución N° 0665-2006/TDC-INDECOPI. Recuperado de <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (11 de agosto de 2010). Resolución N° 1731-2010/SC2-INDECOPI. Recuperado de <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (29 de noviembre de 2010). Resolución N° 2713-2010/SC2-INDECOPI. Recuperado de <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (5 de enero de 2011). Resolución N° 0001-2011/SC2-INDECOPI. Recuperado de <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (11 de julio de 2012). Resolución 2135-2012/SC2-

INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (16 de enero de 2013). Resolución N° 0113-2013/SPC-INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (12 de junio de 2013). Resolución N° 1507-2013/SPC-INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (19 de noviembre de 2013). Resolución N° 03128-2013/SPC-INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (13 de marzo de 2014). Resolución N° 0854-2014/SPC-INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (7 de mayo de 2014). Resolución N° 1539-2014/SPC-INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (21 de mayo de 2014). Resolución N° 1666-2014/SPC-INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (29 de setiembre de 2014). Resolución N° 3239-

2014/SPC-INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (2015). *Discriminación en el Consumo y Trato Diferenciado Ilícito*. Lima, Perú: INDECOPI.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (8 de junio de 2016). Resolución N° 2116-2016/SPC-INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (6 de setiembre de 2016). Resolución N° 3241-2016/SPC-INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (24 de julio de 2019). Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI. Recuperado de
<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS - IIDH. (2007). *Derecho de las personas con discapacidad: Módulo 6*. San José, Costa Rica: IIDH.

JUNTA DE EXTREMADURA. (2012). *Guía de formación para la incorporación de la igualdad en la administración pública*. Mérida, España: Escuela de Administración Pública de Extremadura.

LEYVA, J. Autonomía privada y contrato. *Revista Oficial del Poder Judicial del Perú*, 4 – 5 (6-7), 267-290.

MENDOZA, M. (2002). *Derechos fundamentales, autonomía privada y libertad de contratación*. Recuperado de: www.consultariaconstitucional.com

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2012). Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es Parte. Lima, Perú: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Constitución Política del Perú. (2018). Décimo Segunda Edición Oficial.

MINISTERIO DE JUSTICIA DEL PERU. Código de Protección y Defensa del Consumidor. (2018). Segunda Edición Oficial.

MINISTERIO DE SALUD DEL PERÚ (2016). Situación de Salud del Perú. Indicadores Básicos 2016. Recuperado de https://www.dge.gob.pe/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=648

MUÑOZ, A. (2009) El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores. *Revista Temas Laborales*, 101, 321-339.

NOGUEIRA, H. (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 10, 61-100.

PACÍFICO SEGUROS GENERALES. (2012). Información sobre la gestión de El Pacífico Vida Compañía de Seguros y Reaseguros durante el año 2012. (Memoria 2012). Lima: Pacífico Seguros Generales. Recuperado de <https://www.bvl.com.pe/eeff/B60055/20130301131702/MEB600552012AIA01.PDF>

PEREZ, L. (Editor). (2004). La discriminación por discapacidad en la contratación de seguros. Madrid, España: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – CERMI / Ministerio de Sanidad y Consumo.

PRIETO, L. (2002). Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima, Perú: Palestra Editores.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2012). Diccionario práctico del estudiante. Toledo, España: Santillana Ediciones Generales.

RODRIGUEZ, G. y O. SUMAR (2013). La tentación del acceso universal. A propósito de (un) supuesto caso de discriminación resuelto por el Indecopi. *Actualidad Jurídica*, 225, 371-375.

RODRIGUEZ, J. (2006). Un marco teórico para la discriminación. En *Colección Estudios*. Número 2. México D.F., México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

RUBIO, M. (1999). *Para leer la Constitución de 1993*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANTA MARIA, M. y T. VASQUEZ. (2012). *El Sector Salud en Colombia: Riesgo Moral y selección adversa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Recuperado de http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2012/03/El-sector-salud-en-Colombia-Santa-Mar%C3%ADa_M-Garc%C3%ADa-y-V%C3%A1squez-C.-E.-Primer-semestre-2009-1vFINAL1.pdf

SHEPPARD, C. (2003). Social and structural sources of inequality at work: Insights from the Canadian experience. Geneva, Switzerland: International Labor Organization.

SEINFELD, J. (2007). Avanzando hacia el aseguramiento universal: ¿cómo lograr proteger la salud de personas de ingresos medio bajo y bajo? *Documento de Trabajo* N° 80, Lima, Perú: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico / Consorcio de Investigación Económica y Social.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. (11 de julio de 2006). Asunto C-13/05. Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades S.A. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56459&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2355476>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (16 de marzo de 2006). Asunto C-13/05. Sonia Chacón Navas contra Ernest Colectividades, S.A. Conclusiones del Abogado General Sr. L. A. Geelhoed. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid. Recuperado de:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ADDA7F4B381B7D0CCB78B410B382392?text=&docid=57698&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9618030>

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (17 de julio de 2008). Asunto C-303/06. Coleman contra Attridge Law y Steve Law. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-303/06>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (1 de abril de 2005). Expediente N° 0048-2004-PI/TC. Recuperado de www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (9 de noviembre de 2007). Expediente N° 3081-2007-PA/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03081-2007-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (6 de noviembre de 2008). Expediente N° 5652-2007-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU (13 de diciembre de 2011). Expediente N° 02835-2010-PA/TC. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02835-2010-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (16 de abril de 2014). Expediente N° 2437-2013-PA/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2010). Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo, Francia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

VELASCO, J. (2007). Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia. *Daimon. Revista de Filosofía*, 41, 141 – 156.