

Lima, 4 de julio de 2012

Expediente 272-2011/CPC-INDECOPI
Ingreso en sala: 95-2012/SC2
Presenta amicus curiae

**Al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
Sala de Defensa de la Competencia N° 2**

La Comisión de Derechos Humanos y Derechos de las Personas con Discapacidad de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha elaborado, en el marco de la denuncia seguida por Miguel CÉLIZ contra RÍMAC SEGUROS (Exp. 272-2011/CPC-INDECOPI, ingreso en sala: 95-2012/SC2) el siguiente informe (*amicus curiae*) titulado: “Discriminación de las Personas con Discapacidad en el Acceso a la Prestación de los Seguros de Salud”. Este documento es el resultado de un trabajo conjunto con los alumnos del semestre académico 2012-1.

El objeto de este *amicus* es contribuir en forma precisa a delimitar las consideraciones argumentativas que sostienen el modelo social y el enfoque de derechos humanos en relación a la discapacidad, en la lógica del proceso que es objeto de conocimiento por vuestra Sala. En este sentido, las consideraciones que justifican este documento provienen de la doctrina y de la jurisprudencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al mismo tiempo, su pertinencia y legitimidad tienen su base en el Derecho Constitucional.

Precisamente, la legitimidad de un *amicus curiae* desde la perspectiva del Derecho Constitucional, radica en el derecho al acceso a la justicia; y en el derecho a la participación democrática¹. En cuanto al acceso a la justicia, se debe destacar que una de las manifestaciones de ésta, radica en criticar, colaborar y/o absolver el uso del poder a cargo de los órganos públicos. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el *amicus* refleja una inquietud legítima de parte de un sector de la sociedad civil a fin de que el juzgador tenga a su alcance el mayor número de argumentos posibles a la hora de resolver la causa que motiva la intervención del *amicus*. Éste, a diferencia de los documentos ofrecidos por las partes, carece de fuerza probatoria. De este modo, la legitimidad de un *amicus curiae* no debe ser observada, como ocurre con los alegatos de las partes, de forma *ex ante*, sino *ex post*.

De otro lado, el *amicus* se relaciona con el derecho a la participación democrática pues constituye una forma de participación de la comunidad de intérpretes jurídicos. Ello tendrá mayor relevancia ante casos de interés público, donde el resultado afecta a la sociedad en su conjunto más allá de las partes pues existirá un impacto en el funcionamiento de las instituciones públicas y en el sentido de los derechos ciudadanos.

¹ CLÍNICA JURÍDICA DE ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Informe en Derecho “La autoría mediata por dominio de organización: una perspectiva fáctico normativa”. Lima, agosto de 2008, p. 3-9. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/especiales/nuevos/2008/agosto/28/amicus_pucp.pdf

INFORME

“DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ACCESO A LA PRESTACIÓN DE SEGUROS DE SALUD”

Nombre de la institución: **Comisión de Derechos Humanos y Derechos de las Personas con Discapacidad
Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**

Dirección: Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima 32 – Perú
Oficina de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Responsable: **Carla Villarreal López**
DNI N° 41212151 / CAL N° 52556

I. Hechos

- Octubre del 2010: El Sr. Miguel Ángel Céliz Ocampo, padre de Sandra Paloma Céliz Rossi (24 años en aquel entonces), solicitó la inscripción de sus hijos al seguro de asistencia médica "Red Salud" de Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros (en adelante, Rímac Seguros) comunicando que su hija Sandra tenía Síndrome de Down.
- 4 de noviembre del 2010: Carta EMI-14932/2010 remitida por el Gerente de Formalización de Rímac Seguros indicando que no era posible emitir la póliza técnica solicitada para Sandra Céliz Ocampo "debido a razones técnicas".
- 9 de noviembre del 2010: Correo electrónico de Vansessa Beas de la unidad de Negocios de Salud de Rímac Seguros informa al señor Miguel Ángel Céliz Ocampo (recurrente) que el Síndrome Down es un "riesgo no asegurable por políticas de suscripción". Cabe precisar que la aseguradora en ningún momento habría solicitado ni a él (como titular) ni a su hija (como posible asegurada) someterse a examen médico o clínico alguno.
- 17 de noviembre del 2010: El recurrente presentó ante la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) una comunicación denunciando la presunta discriminación por motivo de discapacidad por parte de Rímac Seguros.
- 24 de noviembre del 2010: Mediante Oficio N° 54989-2010-SBS, la SBS informó al recurrente que la discriminación por parte de las empresas de los sistemas supervisados no se encuentra prevista como infracción sancionable por dicha institución, precisando que tal asunto compete al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). La SBS también informó al Sr. Céliz que no tiene potestad para resolver asuntos de carácter privado entre el denunciante y la entidad supervisada.
- 28 de diciembre del 2010: Mediante Oficio N° 61798-2010-SBS, la SBS informó al recurrente que Rímac Seguros había remitido un informe respecto de los hechos expuestos en su denuncia, en el que señaló:

[...] que en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad con la que cuenta, determina libremente sus políticas de suscripción y contenido de sus productos, en tanto no atente con las normas de orden público. En este sentido, precisó que es política de dicha empresa llevar un manejo técnico conservador en cuanto a la suscripción de riesgos, prefiriendo los de baja siniestralidad con el objetivo de lograr un resultado técnico positivo. Consecuentemente, señaló la aseguradora, que al presentar las personas con Síndrome de Down una probabilidad superior a la de la población general de padecer algunas patologías colaterales, según las políticas de suscripción, tal riesgo no resultaría asegurable.

- 28 de febrero del 2011: El recurrente presentó ante el INDECOPI una denuncia contra Rímac Seguros por presunta infracción a la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (Expediente N° 272-2011/CPC).
- 28 de noviembre del 2011: Informe Oral en el que las partes expusieron sus argumentos y descargos respectivos.
- 13 de diciembre del 2011: Resolución Final N° 3329-2011/CPC mediante la cual la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Miguel Ángel Céliz Ocampo en contra de Rímac Seguros debido a la negativa de la empresa a asegurar a su hija Sandra Céliz Rossi en razón de su condición de persona con Síndrome Down (infracción de los artículos 1.1° literal d) y 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor). Además, ordena como

medida correctiva que en un plazo no mayor a cinco días hábiles contados desde que la resolución quede consentida o, en su caso, confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia N°2, Rímac Seguros atienda la solicitud de afiliación a favor de Sandra Céliz a su seguro “Red Salud”. Por último, sanciona a la empresa con una multa de cincuenta Unidades Impositivas Tributarias.

Frente a los hechos expuestos en el presente caso, la Comisión de Derechos Humanos y Derechos de las Personas con Discapacidad de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha considerado oportuno emitir el presente informe.

II. Análisis del caso

1. La seguridad social como derecho humano

El derecho a la seguridad social ha sido reafirmado categóricamente como derecho humano en Derecho Internacional. En efecto, este derecho está reconocido, entre otros, en los artículos 22° y 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador). Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) destaca en su artículo 9°:

[...] el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social, [...], debido a que este derecho ayuda a garantizar a todas las personas su dignidad cuando se encuentren frente a circunstancias que los puedan privar de ejercer plenamente sus derechos en caso que necesiten acceder a servicios de salud² (el subrayado es nuestro).

El derecho a la seguridad social garantiza que todas las personas accedan a los bienes y servicios mínimamente necesarios para una vida digna, en especial las personas en situación de vulnerabilidad. En esta línea, la seguridad social es un “bien social” y no principalmente una mercancía o un mero instrumento de política económica o financiera³.

De acuerdo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), el derecho a la seguridad social incluye:

[...] el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo⁴ (el subrayado es nuestro).

A efectos de entender mejor el contenido y alcance de protección de este derecho es necesario revisar sus elementos, en concordancia con lo señalado por el mismo Comité DESC⁵:

² El PIDESC fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de Diciembre de 1966.

³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 19. El derecho a la Seguridad Social*, p. 10.

⁴ *Ibid.*, p. 2.

⁵ *Ibid.*, p.11 – 23.

a) Disponibilidad: Sistema de seguridad social

El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate. Debe existir un sistema en el que las autoridades públicas asuman la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz. Precisamente, en caso de ser un servicio prestado por una entidad privada, se debe cumplir con este criterio, ya que es un derecho de disponibilidad inmediata.

b) Riesgos e imprevistos sociales

El sistema de seguridad social debe abarcar en general las siguientes nueve ramas principales de la seguridad social: atención de salud; enfermedad; vejez; desempleo; accidentes laborales; prestaciones familiares; maternidad; discapacidad; sobrevivientes y huérfanos. Al respecto, sólo destacaremos lo siguiente:

- Atención de salud: Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud. Si se trata de planes privados o mixtos, éstos deben ser asequibles.
- Enfermedad: Deben proporcionarse prestaciones en efectivo durante los períodos de pérdidas de ingresos a las personas imposibilitadas de trabajar por razones de salud. Los períodos prolongados de enfermedad deben dar a las personas el derecho a prestaciones de invalidez.
- Discapacidad: En la Observación General N° 5, se resaltó la importancia de prestar apoyo suficiente a los ingresos de las personas con discapacidad que, debido a su condición o a factores relacionados con la discapacidad, hubieran perdido temporalmente o hubieran visto reducidos sus ingresos, se les hubieran denegado oportunidades de empleo o tuvieran una discapacidad permanente. Ese apoyo debe prestarse de una manera digna, y debe reflejar las necesidades especiales de asistencia y otros gastos que suele conllevar la discapacidad. El apoyo prestado debe extenderse también a los familiares y otras personas⁶.

c) Nivel suficiente

Las prestaciones, en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración para garantizar la protección y asistencia familiar, en condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de salud, como se dispone en los artículos 10°, 11° y 12° del PIDESC. Además, los Estados deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana enunciado en el preámbulo del Pacto, y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden.

d) Accesibilidad

- Cobertura: Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidos los grupos en situación de vulnerabilidad, sin discriminación basada en motivos prohibidos (párrafo 2 del artículo 2 del PIDESC).
- Condiciones: Las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes. La supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, basarse en motivos razonables y estar prevista en la legislación nacional.

⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 5: Las personas con discapacidad*, 1994.

- Asequibilidad: Si un plan de seguridad social exige el pago de cotizaciones, éstas deben definirse por adelantado. Los costos relacionados con las cotizaciones deben de ser asequibles.
- Participación e información: Los beneficiarios de los planes de seguridad social deben poder participar en la administración del sistema.
- Acceso físico: Las prestaciones deben concederse oportunamente, y los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social con el fin de obtener las prestaciones y la información, así como hacer las cotizaciones cuando corresponda. Debe prestarse la debida atención a las personas con discapacidad, entre otros colectivos.

En este contexto, debe destacarse que las actividades comerciales desarrolladas por Rímac caen dentro del ámbito de protección de un derecho humano, como es el derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Asimismo, tal como el Comité DESC ha señalado, las empresas privadas que prestan seguros deben respetar los elementos esenciales del derecho a la seguridad social (como es el mandato de no discriminación).⁷ En ese sentido, RÍMAC SEGUROS está vinculado por el mandato de no discriminación.

2. La discapacidad como resultado de la interacción entre una persona con deficiencias y barreras del entorno: discapacidad no es sinónimo de enfermedad

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD) señala:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁸.

Esta definición de persona con discapacidad, enmarcada en el modelo social, afirma que la discapacidad es producto de la interacción de una persona con una o más deficiencias de diverso tipo y barreras del entorno. Este cambio de paradigma supone eliminar la idea de discapacidad como sinónimo de enfermedad, propia del modelo médico. Bajo el nuevo enfoque social y de derechos humanos, la sociedad es la que impone barreras para el libre y efectivo desarrollo de la persona y es la que genera la discapacidad. Por tanto, a pesar de que una persona tenga alguna deficiencia para caminar, esta persona podría gozar de buena salud.

En el caso específico, Rímac Seguros debería diferenciar que la condición de una persona con discapacidad es distinta a la salud que esta persona pueda tener. Recordemos que para justificar sus acciones, la empresa manifestó que:

[...] la exclusión de cobertura de enfermedades y/o defectos congénitos que recogía su Condicionado General se sustentaba técnicamente en la Clasificación Internacional de Enfermedades-Décima Versión (CIE-10) publicada por la Organización Mundial de la Salud que

⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general 19*. E/C.12/GC/19, de 4 de febrero de 2008, párrafos 2 y 5.

⁸ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo del 2008. Al respecto, si bien la vigente Ley General de la Persona con Discapacidad (1999) refleja un modelo médico, la nueva Ley General para el Desarrollo y la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad, aprobada por unanimidad por el Pleno del Congreso el 14 de junio del 2012, adopta el enfoque social y de derechos humanos de acuerdo a la CDPCD.

contiene una relación de malformaciones congénitas y cromosómicas que pueden presentarse en los seres humanos, dentro de las cuales se encontraba el Síndrome de Down⁹.

Argumentar, como lo hace Rímac Seguros, que la empresa no cuenta con un seguro específico para personas con discapacidad, implica equivocadamente, vincular la discapacidad y la enfermedad. De esta forma no sólo se emitió un juicio *a priori*, ya que no se realizó ningún examen a Sandra Céliz sino que también se adoptó la idea de discapacidad como una enfermedad. El Síndrome de Down es una alteración genética con diferentes grados de severidad que si bien represente un riesgo de patologías o enfermedades colaterales, previa evaluación y reajuste de los precios, podría convertirse en un riesgo asegurable para la compañía de seguros. Además, se debe recordar que de acuerdo al artículo 11° literal a) del Condicionamiento General De Rímac, la empresa sí asegura a personas con Síndromes de Down, siempre y cuando hubieran nacido durante la cobertura de una póliza emitida con anterioridad.

Al respecto, Rímac señaló que no contaba con un seguro específico para personas con discapacidad, como podría ser el caso de un seguro para enfermedades oncológicas. Precisamente, al afirmar que se necesita un seguro específico, la empresa reafirmó su idea de tratar la discapacidad como una enfermedad, lo que es incompatible con la CDPCD y nuestro ordenamiento jurídico¹⁰. Por tanto, Rímac Seguros debería realizar los exámenes pertinentes para determinar los riesgos reales de Sandra Céliz y así precisar el tipo de cobertura y/o prima correspondiente.

3. Sobre el principio de igualdad y no discriminación: la discapacidad como motivo prohibido

El principio de igualdad y no discriminación es reconocido tanto en el ámbito internacional como en el nacional. Al respecto, la Convención Americana de Derechos Humanos en virtud de su artículo 1.1 ordena a los Estados garantizar los derechos “sin discriminación alguna”. Se trata pues de una obligación de cumplimiento inmediato. Además, en el Derecho Internacional, se considera que la no discriminación es una norma de *ius cogens*¹¹, es decir, una norma que no admite pacto en contrario y que es de obligatorio cumplimiento. De otro lado, nuestra Constitución Política de 1993 en su artículo 2 numeral 2 señala:

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.

El propio Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 1° reconoce el derecho de los consumidores a elegir libremente entre los productos y servicios idóneos y de calidad así como a ser tratados justa y equitativamente en toda transacción comercial sin discriminación. Además, señala en su artículo VI del Título Preliminar, la especial protección que requieren las personas con discapacidad. En esta línea, el INDECOPI ha señalado anteriormente que:

⁹ Resolución Final N°3329-2011/CPC. F.j 15.

¹⁰ Cabe precisar que de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana, las normas relativas a derechos y libertades reconocidos en ésta se interpretan de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Perú como la CDPCD. Además, según el artículo 55° de la Carta Magna, los tratados ratificados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho interno.

¹¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 269; *Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 79

En orden con la legislación vigente y los tratados internacionales, el Perú cuenta con la obligación, a través de sus órganos públicos de eliminar toda práctica del propio aparato estatal o de los sujetos particulares con la que se restrinja, a las personas que sufren algún grado de discapacidad, el goce o ejercicio de los mismos derechos que cuentan todas las personas en las distintas actividades sociales, culturales, económicas o de cualquier índole que se desarrollan en la sociedad.¹²

Asimismo, es preciso indicar que la noción de igualdad se enmarca en la idea de igual dignidad de toda persona y deviene en el “derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”¹³. De acuerdo al Tribunal Constitucional peruano, este derecho implica:

- a) la abstención de acciones legislativas o jurisdiccionales tendientes a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y
- b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a ofrecer un trato igual, en función de hecho, situaciones y relaciones homólogas¹⁴.

De otro lado, la Corte Interamericana ha determinado que el deber de garantizar los derechos sin discriminación incluye el “abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure o de facto*”¹⁵. Al respecto, en el Derecho Internacional, se ha definido la discriminación como:

[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, 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 personas¹⁶.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo de Perú señala que para que se constituya un acto discriminatorio deberíamos estar ante la ocurrencia de los siguientes hechos:

- Un trato diferenciado o desigual.
- Un motivo prohibido sobre el cual se da ese trato diferenciado, como es la “condición de discapacidad”.
- Un objetivo o resultado, es decir, la búsqueda de la exclusión o el menoscabo de los derechos de la persona que recibe el trato diferente¹⁷.

3.1 El efecto horizontal

En este contexto es importante resaltar que los derechos humanos no solamente tienen eficacia vertical sino también horizontal, es decir, no solamente generan obligaciones del Estado hacia sus ciudadanos sino también entre ellos. Es lo que se denomina el “efecto frente

¹² Resolución N° 0001-2011/SC2-INDECOPI del 5 de enero del 2010, emitida por la Segunda Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI. f. 28.

¹³ Sentencia del TC de 26 de marzo de 2003. Exp 0261-2003-AA.

¹⁴ Sentencia del TC 26 de abril de 2004. Exp 0018-2003-AI

¹⁵ CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 103 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 271

¹⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General No. 18, No discriminación*, párr. 6.

¹⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Documento Defensorial N° 2. Lima: 2007, pp. 28-30; y DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Informe de Adjuntía N° 005-2009-DP/ADHPD. Lima: 2009, pp. 11-14.

a terceros de los derechos humanos” o *Drittwirkung der Grundrechte* por la denominación en alemán creada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Tal efecto cuenta con respaldo en el Derecho Internacional desde la sentencia X e Y vs. Países Bajos¹⁸.

En el ámbito interamericano, se ha establecido el deber de protección de los Estados con respecto a las actuaciones de los terceros “que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”¹⁹.

En el ámbito peruano, esta eficacia está garantizada desde la Constitución. No solamente por la interpretación de la dignidad establecida en el artículo 1 de la Carta Magna, sino también por la posibilidad de que las personas sean sujeto pasivo de los procesos constitucionales. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado:

La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, ‘Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)’. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, (...) En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.” (Fund. Nº 6) (subrayado nuestro)²⁰

Por tanto, la discriminación puede darse en ámbitos privados en tanto es posible que en las relaciones entre privados se impida el ejercicio o goce de derechos humanos como en este caso en el que Seguros Rímac impide el acceso al derecho de Sandra a contar con un seguro de salud.

3.2 Discapacidad como motivo prohibido

Se consideran motivos prohibidos aquellos que los diferentes cuerpos normativos han señalado como sospechosos de discriminación. Tradicionalmente han sido la raza, el sexo, el idioma, la opinión política y la condición socioeconómica. No obstante, por lo general existen cláusulas abiertas en estas disposiciones normativas que permiten incluir nuevas categorías.

Al respecto, los criterios señalados en el artículo 1.1 de la Convención Americana como el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución no son una cláusula cerrada. Bajo la consideración de “otra condición social” se intenta abrir el listado para nuevas categorías sospechosas de discriminación. Haciendo uso de una interpretación evolutiva y *pro persona*, la Corte Interamericana ha determinado que el término “otra condición social” puede incluir categorías

¹⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso X e Y vs. Países Bajos. Sentencia del 26 de marzo de 1985.

¹⁹ CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 269, párr. 271, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 80; y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6

²⁰ Sentencia del TC Exp. 1124-2001-AA/TC.

nuevas²¹. Evidentemente, la discapacidad es una de estas categorías ya que las personas con discapacidad han sido marginadas históricamente y se han visto impedidas de ejercer sus derechos por las barreras que impone la sociedad para su libre desarrollo²².

Es pertinente mencionar que la CDPCD considera como discriminación por motivos de discapacidad a:

(...) cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o 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. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.²³

De otro lado, cabe precisar que el reconocimiento como una categoría prohibida aumenta la intensidad de la intervención en la igualdad como ha señalado el Tribunal Constitucional²⁴ y coloca la carga de la prueba en quien ha realizado la distinción quien debe probar que su distinción es legítima y que se adecúa al test de razonabilidad.

En el caso concreto; si bien Rímac en defensa de su legítimo derecho a lucrar, puede luego de una evaluación, generar exclusiones o aumentar los costos para no perder rentabilidad, no es admisible que deniegue el acceso a un seguro a una persona sólo por su discapacidad. En el caso *subjudice*, no se realizó ninguna evaluación previa a Sandra, por lo que la empresa no ha podido probar la razonabilidad de su exclusión. Se está considerando que una persona con Síndrome de Down no es asegurable porque es riesgosa por naturaleza, es decir, debido a una condición que es intrínseca a ella como sucede con el sexo o la raza. Por tanto, la empresa Rímac Seguros al negar el acceso a un seguro de salud a Sandra Céliz por su discapacidad ha cometido un acto de discriminación por un motivo prohibido.

4. Obligación de las empresas privadas de respetar los derechos de las personas con discapacidad y el rol fiscalizador del Estado

La CDPCD señala en su artículo 4° que “los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”. Para ello, el Estado se compromete a: “Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad”. Por tanto, la obligación del reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad, entre ellos la prohibición de discriminación y la exigencia de realizar ajustes razonables no solo es exigible al Estado, sino también a los proveedores de bienes y servicios privados. Por ejemplo: el caso de la fiscalización a los centros educativos privados en relación a la política pública de educación inclusiva.

En caso no sea el Estado quien preste un determinado servicio, igual tiene la obligación de fiscalizar que dicha prestación sea realizada de tal forma que no afecte o restrinja derechos

²¹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 85

²² Así lo reconoce la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el fundamento k) de su preámbulo: “Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”.

²³ Artículo 2° de la CDPCD.

²⁴ Sentencia del TC. Exp 6089-2006-PA/TC

humanos. Ello ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la cual precisó:

89. En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado²⁵ (El subrayado es nuestro).

Asimismo, la misma sentencia señaló que no cumplir con dicha obligación genera responsabilidad internacional de los Estados:

90. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.”(El subrayado es nuestro)

De otra parte, el Tribunal Constitucional peruano ha afirmado que:

h. El Estado tiene el deber de regular y fiscalizar a las instituciones que prestan servicio de salud mental, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas con discapacidad mental, que abarca a las entidades públicas y privadas que prestan servicios de salud mental [...] el Estado se convierte en garante tanto de la efectiva protección del derecho a la salud mental como de la eficiente prestación del servicio de salud mental, incluso cuando tanto la protección como la prestación del servicio han sido asumidas por particulares.²⁶ (El subrayado es nuestro)

Por su parte, el Comité DESC ha señalado que:

45. La obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceras personas que interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social. Por terceras partes se entienden los particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como los agentes que actúen bajo su autoridad. Esta obligación incluye, entre otras cosas, la de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y eficaces, por ejemplo, para impedir que terceras partes denieguen el acceso en condiciones de igualdad a los planes de seguridad social administrados por ellas o por otros y que impongan condiciones injustificadas de admisibilidad; interfieran arbitraria o injustificadamente en los sistemas de seguridad social consuetudinarios, tradicionales o basados en la autoayuda que sean compatibles con el derecho a la seguridad social; o no paguen al sistema de seguridad social las cotizaciones exigidas por la ley a los empleados u otros beneficiarios del sistema de seguridad social.²⁷ (El subrayado es nuestro)

En tal contexto, es clara la obligación de los privados y también del Estado en relación al respeto y garantía de los derechos humanos. Por un lado, el Estado debe impedir a través de

²⁵ CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopez vs. Brasil*. Sentencia del 04 de julio de 2006. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Exp. N° 02480-2008-PA/TC párr. 16.

²⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 19. El derecho a la seguridad social* (artículo 9). Párr. 45. Pág. 14.

medidas de diversa naturaleza que los privados limiten el acceso a la seguridad social en condiciones de igualdad; así también, constituye una obligación para los privados, puesto que ellos tienen que abstenerse de incurrir en actos que supongan la afectación del derecho a la seguridad social del que gozan todas las personas. De esta forma, no cabría un trato diferenciado en el acceso al derecho a la seguridad social, ya que éste tiene que ser de inmediato cumplimiento y sin que haya discriminación²⁸.

Asimismo, es preciso destacar que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas ha expresado su preocupación por el bajísimo porcentaje de personas con discapacidad que están cubiertas por un programa de seguridad social. Al respecto, ha recomendado que el Estado revise el marco jurídico para garantizar que las compañías de seguros y otras empresas privadas no discriminen a las personas con discapacidad²⁹.

Precisamente, tomando en cuenta la expansión de empresas privadas en la prestación de servicios que involucran derechos humanos, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"³⁰. Este documento establece que los Estados deben proteger a las personas de las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, tales como las empresas; también se ha señalado que:

5. Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos [...] Los Estados no renuncian a sus obligaciones internacionales de derechos humanos por privatizar la prestación de servicios con un posible impacto sobre el disfrute de los derechos humanos [...] Los Estados deben asegurarse de su capacidad de supervisar efectivamente las actividades de las empresas, en particular mediante mecanismos adecuados e independientes de supervisión y de rendición de cuentas³¹ (El subrayado es nuestro).

En efecto, la obligación del Estado no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que además deben establecer mecanismos para la supervisión del cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos por parte de las empresas.

De igual manera, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos señalan que éstas deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros. Para ello deben tomarse medidas de prevención, mitigación o en todo caso medidas para remediar las consecuencias negativas que puedan afectar derechos humanos³². Además, existe una

²⁸ Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su *Observación General 19* (párr. 29 y pág. 10-11) ha sido claro al señalar que el acceso a la seguridad social debe darse no solo sin que medie discriminación (de hecho o de derecho) y en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, sino que además el Estado debe prestar una especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente ha tenido problemas en el acceso a la seguridad social, grupo dentro del cual se encuentran las personas con discapacidad.

²⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Observaciones Finales de Perú*. 12 de Abril de 2012. Párr. 38. Pág. 6.

³⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"* Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.31_sp.pdf

³¹ Ídem. Pág. 7 -11.

³² Ídem. Pág. 15.

responsabilidad de las empresas frente a los derechos humanos. Al respecto, el Consejo de Derechos Humanos, ha sido bastante claro al señalar que:

19. Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas. Para que esa integración sea eficaz es preciso que:

- i) La responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asigne a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa;
- ii) La adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos[...]”³³ (El subrayado es nuestro).

En otras palabras, dentro de las obligaciones de la empresa también se encuentra la de asumir costos extras para garantizar el respeto de los derechos humanos.

En síntesis, existe una obligación de los privados en materia de derechos humanos que supone el respeto de derechos así como el cumplimiento de un estándar especial (como la de asumir costos extras), por la propia naturaleza del servicio que se presta, ya que, de otra forma, podría generarse una situación de exclusión social. En el caso específico, negar el acceso a seguro de salud a una persona basándose únicamente en su discapacidad, es un acto discriminatorio que debe ser corregido y sancionado por el Estado en su obligación de cumplir con el marco jurídico nacional e internacional. Si bien es cierto, las empresas también son titulares de derechos, dentro de los cuales se haya la libertad de contratación o autonomía privada, ello no puede ser un argumento para afectar o desconocer derechos humanos. . En efecto, el mandato antidiscriminatorio contra las personas con discapacidad (reconocido en el ordenamiento jurídico nacional e internacional) constituye un límite al ejercicio del derecho a la libertad de contratación de las empresas de seguros.

5. La no realización de los estudios actuariales discrimina: aplicación del Test de Razonabilidad³⁴

El Reglamento de Pólizas de Seguros y Notas Técnicas establece que las empresas deben sustentar la “prima pura de riesgos” (que son parte del costo de total de la prima)³⁵ sobre bases actuariales y estadísticas, de manera que se garantice el equilibrio técnico y financiero del sistema de beneficios, y el cumplimiento de las obligaciones con los asegurados derivadas de las coberturas contenidas en las pólizas de seguros que se emitan (artículo 13°). Estos documentos que contienen los cálculos actuariales que dan origen a la determinación de la prima pura de riesgo son llamadas “notas técnicas”, y deberían ser accesibles a la persona que contrata el seguro. Las notas técnicas contienen, entre otros puntos, las tasas de riesgo estimadas y el sustento técnico de las mismas. En el caso de los seguros de vida, se deben sustentar también los supuestos demográficos aplicados (tablas de mortalidad) y tasas de interés.³⁶

³³ Ídem. Pág. 21.

³⁴ Para mayor información sobre el conocido “Test de razonabilidad”, se puede consultar: STC 01209-2006-PA/TC. Ver también STC 00045-2004-PI/TC; STC 0007-2006-PI/TC; y STC 01182-2005-PA/TC.

³⁵ La “prima pura de riesgo” es el costo teórico del seguro estimado sobre bases actuariales, cuyo objetivo es cubrir los beneficios de las indemnizaciones que ofrece el seguro. La prima comercial (es decir, el costo final de la prima) incluye la prima pura de riesgo, los recargos por gastos de administración, gastos de producción y redistribución de riesgos (coaseguro y reaseguro), así como el beneficio comercial de la empresa.

³⁶ Artículo 14° literal c) del Reglamento de Pólizas de Seguros y Notas Técnicas.

De este modo, las empresas de seguros están obligadas a contar con cálculos actuariales (sustentados en documentos técnicos) para determinar la prima pura de riesgos (que determinará el costo final de la prima de la póliza de seguros). La existencia de estos cálculos actuariales y estadísticos constituye una “garantía legal” que permite asegurar el cumplimiento de los criterios de razonabilidad y equidad establecidos en la CDPD.³⁷

En este contexto y de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a nuestro propio Tribunal Constitucional, el análisis de razonabilidad supone la evaluación de los siguientes criterios para determinar si una medida diferenciadora y/o restrictiva es razonable: a) Medida prevista en una ley; b) Finalidad u objetivo legítimo de la restricción c) Necesidad de la restricción en una sociedad democrática³⁸. Cabe precisar que existe un consenso en medir la razonabilidad de la diferencia de trato de manera más estricta.

A fin de establecer si la negación de una póliza de seguro para Sandra Céliz por parte de Rímac Seguros constituye una restricción de derechos razonable, procederemos a realizar el análisis ya mencionado:

a) Medida prevista en una ley que permita la restricción

Las restricciones a los derechos deben estar previstas en una ley. Al respecto, la Corte IDH en su Opinión Consultiva N°6 aclara que por ley se alude a una norma jurídica adoptada por un órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento correspondiente.

En efecto, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la superintendencia de Banca, Seguros y AFP – Ley N° 26702 establece que las empresas de seguros y reaseguros pueden realizar todas las operaciones, actos y contratos necesarios para extender coberturas de riesgo o para emitir pólizas de caución relativas a prestaciones de hacer o no hacer³⁹. Por tanto, estas empresas pueden definir los términos en los cuales celebrarán dichos actos y negocios jurídicos. Además, la Constitución también reconoce el derecho a la libertad de contratación⁴⁰.

Por tanto, puede afirmarse que la medida restrictiva planteada por Rímac Seguros (negativa a brindar una póliza de seguros a Sandra Céliz) responde a una ley que permite esta restricción (Ley de Banca y Seguros).

³⁷ De acuerdo con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía (artículo 20°). No se puede pactar en contrario de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de seguros.

³⁸ Véase, por todas, la Sentencia recaída en el caso *Kimel vs Argentina* (Fondo, reparaciones y costas), del 2 de Mayo del 2008, párrafos 59 al 94.

³⁹ Artículo 318° de la Ley de Banca y Seguros.- Operaciones

1. Operaciones de las empresas de seguros y de reaseguros

En general, las empresas de seguros y/o reaseguros pueden realizar todas las operaciones, actos y contratos necesarios para extender coberturas de riesgos o para emitir pólizas de caución vinculadas a prestaciones de hacer o de no hacer, incluyendo las operaciones de cesión o aceptación de reaseguro de ser el caso, así como efectuar inversiones. También podrán otorgar créditos a los asegurados para el pago de sus primas de seguros. [...]

⁴⁰ Artículo 62° de la Constitución peruana.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

b) Finalidad de la restricción⁴¹

La finalidad de la medida restrictiva de derechos debe ser legítima. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado:

Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.⁴²

En efecto, Rímac Seguros al negarse a otorgar la póliza de seguros tiene por finalidad, en última instancia, asegurar la rentabilidad de su empresa. Este objetivo es, sin duda, compatible con nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo a las normas analizadas en el acápite anterior. En consecuencia, la medida adoptada por Rímac Seguros también supera este segundo nivel de análisis.

c) Necesidad de la restricción en una sociedad democrática⁴³

- Medida idónea: Restringir el acceso de una persona con discapacidad a una póliza de seguros es una medida idónea para evadir el riesgo de asegurar a este colectivo que podría elevar los costos de la empresa y generar pérdidas económicas a criterio de la empresa.
- Medida proporcional: Se trata de evaluar si la medida restrictiva de derechos es proporcional al interés que la justifica y se ajusta estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. En el caso, no lo es puesto que implica la exclusión total de las personas con discapacidad del sistema de seguros. Asimismo, Rímac Seguros sostiene que la medida no es proporcional en tanto realizar los estudios actuariales le generaría un costo adicional. No obstante, esta es una interpretación equivocada del estándar de la "proporcionalidad", al querer equipararlo a la gratuidad de la medida. El mandato de no discriminación puede ser respetado de manera inmediata y gratuita, pero también debe ser respetado a través de la implementación de medidas que puedan generar costos adicionales. En el caso de la seguridad social, podría pensarse que las mujeres resultan más caras de ser aseguradas, puesto que generan un sobre costo por embarazo. Asimismo, dado que la expectativa de vida de las mujeres es mayor, podría pensarse que otorgar un seguro de vida a las mujeres resulta más rentable. No obstante, estas diferencias no resulta admisibles bajo los parámetros del mandato de

⁴¹ De acuerdo con la Corte IDH, este requisito implica que esas leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas; significa que deben haber sido adoptadas en función del "bien común", concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad. Ver: Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86, Op. Cit., párrafos 28, 29 y 31.

⁴² STC 01209-2006-PA/TC. Ver también STC 00045-2004-PI/TC; STC 0007-2006-PI/TC; y STC 01182-2005-PA/TC.

⁴³ La Corte IDH, en su Opinión Consultiva N° 5 concluyó que esta necesidad dependerá de que las medidas i) estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo (es decir, resulten adecuadas o conducentes); que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido (es decir, sean la alternativa que menos daño genere); y que la medida no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho (es decir, que la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo). Ver: Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 46).

no discriminación, dado que estamos ante la necesidad de dar tratamiento igualitario a las personas.

- Medida menos gravosa: Se evalúa si existen otras medidas que restrinjan menos los derechos involucrados. Al respecto, es claro que Rímac Seguros tenía medidas alternativas menos gravosas a la negación de la póliza de seguro como realizar los estudios actuariales y establecer exclusiones a la cobertura o incrementos de la prima de acuerdo a la evaluación del estado de salud del solicitante y a los respectivos estudios actuariales actualizados. Es en razón de esto último que la creación de un seguro específico para personas con Síndrome Down resulta igual de discriminatorio y segregacionista, ya que se hace un juicio *a priori* de las condiciones de salud de las personas con Síndrome Down.

Por tanto, la negativa de Rímac Seguros a prestar el servicio de seguro de salud no cumple con el criterio de necesidad de la restricción en una sociedad democrática puesto que existen otras medidas menos gravosas y proporcionales que permitirían que Rímac asegure su rentabilidad y que se garantice el derecho al acceso a un seguro para Sandra Céliz.

III. Conclusiones

1. La discapacidad es un concepto social, resultante de la interacción entre una persona con deficiencias físicas, sensoriales, intelectuales o mentales y de barreras del entorno que limitan su participación en la sociedad.

2. La normativa nacional e internacional de derechos humanos contempla la prohibición de discriminar en razón de la condición de discapacidad de la persona. Asimismo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce el derecho de los consumidores a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial, y a no ser discriminados.

3. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado peruano y vigente desde el 2008, establece la obligación de los Estados de prohibir la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y vida, y de velar por que estos seguros se presten de manera justa y razonable. Además, se precisa que los Estados deben tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad.

4. Por todo lo expuesto, la Comisión de Derechos Humanos y Derechos de las Personas con Discapacidad de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú considera que en el presente caso se ha cometido un acto de discriminación contra Sandra Céliz por motivo de su discapacidad. En tal sentido, exhortamos a la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Tribunal de INDECOPI a que ratifique la Resolución Final N° 3329-2011/CPC del 13 de diciembre del 2011, mediante la cual la Comisión de Protección al Consumidor declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Miguel Ángel Céliz Ocampo en contra de Rímac Seguros.