

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos



Nº 5 | 2022

ISSN-e: 2660-7964

DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5>

EQUIPO EDITORIAL

CONSEJO DE REDACCIÓN

Directora/editora: Ana María Rodríguez Tirado	Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)
Directora adjunta/editora: Isabel Zurita Martín	Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España)
Vocales/editoras: <i>Sección "Estudios"</i> María de la Paz Martín Castro <i>Sección "Análisis"</i> María Josefa Rodríguez Mesa <i>Secciones "Crónicas" y "Resensiones"</i> María José Cervilla Garzón	Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz (España) Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España) Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz (España)
Secretario editorial/editor: Pablo García Molina	Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)
Vocales: Juan Antonio Alberca de Castro Francisco Miguel Carrasco González Emilia Girón Reguera Inmaculada González García Manuel Jesús Rozados Oliva Leticia Cabrera Caro Carlos Varela Gil	Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Cádiz (España) Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz (España) Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz (España) Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España) Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz (España) Profesora Contratada Doctora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz (España) Profesor Contratado Doctor de Derecho Romano de la Universidad de Cádiz (España)
Secretaría de redacción: José Caro Catalán Madelín Cruz García Diego Jesús Maldonado Guzmán	Profesor Sustituto Interino de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España) Investigadora predoctoral de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España) Investigador predoctoral UCA-FPU de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Pedro Jesús Baena Baena	Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla (España)
Vicenzo Barba	Professore Ordinario di Diritto Privato della Sapienza Università di Roma (Italia)
Juan Carlos Campo Moreno	Ex-Ministro de Justicia. Magistrado (España)
Joseph Carby-Hall	Director of International Legal Research en la University of Hull (Reino Unido)
Ana María Carmona Contreras	Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España)
Raquel Castillejo Manzanares	Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela (España)
Jesús Cruz Villalón	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)
José Alejandro del Valle Gálvez	Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)
Francisco Escribano López	Profesor Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla (España)
Manuel Estrella Ruiz	Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz. Magistrado (España)
Liliana Estupiñán Achury	Profesora de Régimen Territorial y Derecho Constitucional en la Universidad Libre (Colombia)
Rocco Favale	Professore Ordinario di Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino (Italia)
Antonio Fernández de Buján y Fernández	Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid (España)
Javier García Oliva	Professor of Law in University of Manchester (Reino Unido)
Juan Francisco Herrero Perezagua	Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza (España)
Simone Marinai	Professore Associato di Diritto Internazionale dell'Università di Pisa (Italia)
Javier Martínez-Torrón	Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid (España)
María Luisa Moreno-Torres Herrera	Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)
Daniele Negri	Professore Ordinario di Diritto processuale penale dell'Università degli Studi di Ferrara (Italia)
María del Carmen Núñez Lozano	Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva (España)
Ana Isabel Pérez Cepeda	Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España)
María José Roca Fernández	Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España)
Andrés Rodríguez Benot	Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide (España)
Cristina Sánchez-Rodas Navarro	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)
Francesco Sidoti	Professore Emérito di Criminologia e Sociologia nell'Università di L'Aquila (Italia)
Virginia Zambrano	Professore ordinario di Diritto Privato Comparato dell'Università di Salerno (Italia)

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos
<https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/index>
ISSN-e: 2660-7964
DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM>

Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho
Avda. de la Universidad, 4
11406 Jerez de la Frontera (Cádiz)
revista.rejucrim@uca.es

Editorial  UCA
REVISTAS | Universidad de Cádiz

SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	7
Presentación	9
ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO	
EDITORIAL	11
El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico.....	13
MARÍA ANGUSTIAS BENITO BENÍTEZ	
ESTUDIOS	23
Inteligencia artificial y ADR: acceso a la justicia con perspectiva de género	25
SELENA TIERNO BARRIOS	
La necesidad de incorporar a la comunidad en el diseño de una política criminal restaurativa y orientada a la prevención	55
LAURA SEVILLA BRENES Y ROSA GALLARDO GARCÍA	
ANÁLISIS.....	83
El Sistema Nacional de Pensiones y la política de endeudamiento en el Perú: financiamiento de las reformas paramétricas en crisis pandémica.....	85
LUIS ALBERTO QUINTANA GARCÍA	
Falsificación, tráfico y comercio ilícito de medicamentos	123
FRANCISCO VEGA AGREDANO	
CRÓNICAS.....	153
Participación ciudadana y TIC: un binomio efectivo	155
DIANELIS ROSADA CASTELLANOS	
RECENSIONES.....	161
ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo (Dir.), <i>Abogacía y proceso contencioso-administrativo</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª ed., 2019, 743 páginas.....	163
CRISTINA ALONSO SALGADO	

CASTAÑOS CASTRO, Paula, *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 1ª ed., 2021, 264 páginas 167

MARÍA LUISA MORENO-TORRES HERRERA

VIVAS TESÓN, Inmaculada, *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos*, Tecnos, Madrid, 1ª ed., 2021, 228 páginas 171

ISABEL ZURITA MARTÍN

PRESENTACIÓN

Presentación

Me corresponde presentar el número 5 de la Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos (REJUCRIM), revista interdisciplinar, para la que el Consejo Editorial ha aceptado la publicación de dos estudios y de dos análisis, tras el correspondiente proceso de revisión por par doble ciego. Se adentra en temas actuales, objeto de debate en la doctrina, como son los relativos a la inteligencia artificial y ADR (Selena TIERNO BARRIOS), a la política criminal restaurativa orientada a la prevención con la incorporación de la comunidad en su diseño (Rosa GALLARDO GARCÍA y Laura SEVILLA BRENES), al tráfico ilícito de medicamentos (Francisco VEGA AGREDANO) o, en el marco internacional, a la política y el endeudamiento en Perú (Luis Alberto QUINTANA GARCÍA).

Junto a estos trabajos de investigación publicados en la Sección de Estudios y Análisis, la Revista principia con un editorial centrado en la discriminación indirecta por razón de sexo en el servicio doméstico a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022. La autora, Angustias BENITO BENÍTEZ, especialista en la materia, realiza un riguroso análisis de la realidad social y un acertado esbozo de la respuesta jurídica presente y futura.

En la Sección de Crónicas, y como apunte internacional, Dianelis ROSADA CASTELLANOS (Cuba) apuesta por dar difusión a la participación ciudadana y las TIC como un binomio efectivo a través de su crónica.

El número 5 de la Revista se completa con tres reseñas de obras recientes, clasificables principalmente en la disciplina procesal -la primera de ellas- y en la disciplina civil -la segunda de ellas-. Cristina ALONSO SALGADO nos acerca al contenido de la obra colectiva *Abogacía y proceso contencioso-administrativo*, dirigida por Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN. Por su parte, María Luisa MORENO-TORRES HERRERA analiza y sintetiza la estructura y contenido de la monografía *La donación obligacional*, cuya autoría corresponde a Paula CASTAÑOS CASTRO. Y, finalmente, Isabel ZURITA MARTÍN nos invita a leer la monografía *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos*, de Inmaculada VIVAS TESÓN, exponiendo el sustrato y contenido de la obra.

Agradecemos a todas y todos los autores su confianza al elegir esta Revista para publicar sus trabajos. Asimismo, nuestro agradecimiento se hace extensivo a las y los editores de

Cómo citar este trabajo: RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, "Presentación", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 5, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 9-10, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.01>

este número por su tiempo y dedicación de manera desinteresada con el objetivo común de consolidar esta Revista en el marco jurídico y criminológico.

El próximo número se publicará en diciembre, por lo que la recepción de los nuevos trabajos estará abierta hasta el 15 de octubre de 2022.

Seguimos apostando por la difusión científica en abierto y online como una de las vías más eficaces de acercar la ciencia jurídica y criminológica a todas y a todos los investigadores y profesionales de cualquier lugar del mundo.

Feliz verano.

Jerez de la Frontera, 1 de junio de 2022

Ana María Rodríguez Tirado
Directora

EDITORIAL

El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico

Resulta indiscutible que la discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo (brecha salarial, sobrerrepresentación femenina en el trabajo a tiempo parcial, en puestos vinculados a los roles tradicionalmente femeninos y en trabajos no remunerado -tareas domésticos y cuidados de familiares-) es uno de los factores que explica la peor posición que ocupan en el sistema de Seguridad Social. Pero no debe pasarse por alto también que ha sido la propia articulación jurídica del sistema la que ha penalizado y penaliza a las mujeres. En virtud del principio de transversalidad de género, el sistema de Seguridad Social debe constituir un instrumento que debe dirigirse a avanzar en la igualdad de oportunidades, dada la importancia que adquiere la protección que dispensa en la garantía de la autonomía económica femenina que implica, en definitiva, la independencia social y el empoderamiento de las mujeres. Desde esta última óptica, el principio de transversalidad de género exige una reformulación de los tratamientos cuestionables que presenta el sistema de Seguridad Social, siendo la regulación recibida por el servicio del hogar familiar un ámbito recurrente en la recreación de discriminaciones sexistas.

Resulta suficiente partir de una premisa cuantitativa, estructural de esta actividad: se trata de una actividad feminizada, en la que las mujeres representan en la actualidad un porcentaje cercano al 90 por ciento¹. Esta presencia masiva, pretérita y actual de mujeres, implica que cualquier debate, análisis doctrinal científico y/o jurisprudencial, o procedimiento de generación legislativo, exija de la aplicación del principio de transversalidad de género, pues toda actuación que se adopte generará un impacto indiscutible sobre las mujeres. No existe en nuestro mercado de trabajo otra actividad laboral legalizada que requiera, sin discusión alguna, de una presencia reforzada del principio de igualdad y no discriminación por razón de género.

Como sabemos, la inclusión del servicio del hogar familiar en las normas de prevención y Seguridad Social tuvo lugar a lo largo de la década de los cuarenta (pese a que no se había asumido el carácter laboral de la relación jurídica), probablemente auspiciada por el contenido del Convenio núm. 24 OIT, de 8 de abril de 1932, relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico que, como expresamente derivaba de su denominación, incluía en su campo de aplicación a los servidores domésticos. La materialización práctica de las previsiones al respecto, no

Cómo citar este trabajo: BENITO BENÍTEZ, María Angustias, “El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 5, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 13-22, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.02>

¹ Si acudimos a la EPA (2022T1), “Ocupados por sexo y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo” estima que, para la categoría de “actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico”, de los 542,6 miles de personas trabajadoras domésticas, 487,1 miles son mujeres y 55,5 son hombres.

tuvo lugar sino hasta la Ley de 19 de julio de 1944, que extendió al personal del servicio doméstico los beneficios de los subsidios y seguros sociales que disfrutaban los demás trabajadores, cuyo desarrollo se dilató en exceso. En efecto, habría que esperar hasta la creación del llamado Montepío Nacional del Servicio Doméstico, por el Decreto 385/1959, de 17 de marzo de 1959, para que se materializaran los primeros intentos por ofrecer un régimen de protección frente a los riesgos sociales.

Posteriormente, la reforma de la Seguridad Social llevada a cabo por la Ley de Bases de 1963, bajo los principios de unidad y homogeneidad, marcaría el desarrollo de su protección social distinguiéndose entre un régimen general y un conjunto de regímenes especiales, entre los que incluía a los servidores domésticos. Reiterada tal previsión en la Ley de Seguridad Social de 1966, se añadió la habilitación al Gobierno para que a través de normas reglamentarias regulase determinados regímenes especiales, entre los que se encontraba el de los servidores domésticos. Se daría cumplimiento al necesario desarrollo por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico. Esta regulación se mantendrá vigente, pese a su depuración constante, hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

Tras la promulgación de la Constitución Española, surgieron con fuerza voces que reclamaban una profunda revisión de los postulados y contenidos del Decreto de 1969, cuyas disparidades, que podrían encontrar justificación en el contexto social en el que fue adoptado, perdía fuerza con los principios y valores que derivaban del Texto Fundamental y desde los postulados de la igualdad de género. Sin embargo, tal actuación se postergaría durante más de cuatro décadas y tuvo lugar, finalmente, con la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, mediante la creación de un sistema especial. En la actualidad este sistema especial se encuentra regulado en los artículos 250 y 251 LGSS. En este proceso de mejora se añadiría la actuación de la OIT que adoptaría en 2011, el Convenio núm. 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, y la Recomendación núm. 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos que lo complementa.

El Sistema Especial de empleadas de hogar, incluyó especialidades en materia de Seguridad Social, pero en su formulación también se decidió por la denegación de la protección dispensada ante una determinada contingencia, específicamente, frente al desempleo. Así lo establece expresamente la letra d) del artículo 251 LGSS, que dispone que la “la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo”. Las empleadas de hogar son las únicas trabajadoras por cuenta ajena que quedaban excluidas del derecho a la protección por desempleo. La ausencia de referencias sobre el planteamiento en términos de igualdad de trato, de una futura extensión a este colectivo, puso de manifiesto la reticencia del legislador de abordar la equiparación en esta materia que, por lo demás, pero no menos importante, implica uno de los principales obstáculos para abordar la ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT que garantiza en su artículo 14 el disfrute de “*condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social*”.

La renovación jurídico normativa en el contexto constitucional, especialmente, por los postulados que derivan del principio de igualdad y no discriminación por razón de género, fortaleció el rechazo por esta exclusión de la protección por desempleo que se basa, esencialmente, en la presunción al fraude que se deriva de la dificultad de controlar este tipo de prestaciones de servicios ante la colisión de derechos fundamentales que se origina y que contribuye a intensificar la economía sumergida (en efecto, la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social²⁶ «si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial», lo que resta eficacia al trabajo de los inspectores). La doctrina ha analizado cómo la cobertura frente al desempleo resulta una posición relativamente dominante en los países de nuestro entorno, ha aportado mecanismos técnicos para prevenir el fraude, y se ha aproximado a cuál sería el coste potencial para el sistema, concluyendo que la extensión de la protección por desempleo a las trabajadoras del hogar resulta viable². Es por ello que se ha concluido que “en el fondo, se trata de un problema de voluntad de decisión de política del Derecho y de alcanzar un acuerdo consensuado que ciertamente establezca este derecho como impone deducir para todo trabajador el art. 41 CE”³.

Exclusión que impide el acceso a la prestación por desempleo, tanto del nivel contributivo como del nivel asistencial. Desde luego que las repercusiones de esta discriminación se trasladan más allá del acceso al disfrute de la protección por desempleo, así por ejemplo, “la no extinción de la prestación y/o el subsidio por desempleo -en puridad la no cotización por esta contingencia (como mínimo seis meses, tres si tienen responsabilidades familiares)- conlleva también el impedimento para participar en el programa de renta activa de inserción (RAI)”⁴.

Todo lo anterior nos llevó a afirmar que la expulsión de las empleadas del hogar en el modelo de la protección por desempleo constituye un tratamiento discriminatorio por razón de sexo⁵.

La necesidad de este colectivo de contar con una adecuada protección en materia de desempleo se puso de manifiesto con ocasión de la COVID19, viéndose obligado el Gobierno español a poner en marcha el subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social, por medio del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico

² PÉREZ DEL PRADO, D., (2020), “El debate en torno a la protección por desempleo en el empleo doméstico”, *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Vitoria-Gasteiz, 2020.

³ MONEREO PÉREZ, J.L., y, LÓPEZ INSUA, B., (2022), “Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad”, *La Ley Unión Europea*, Nº 101, Wolters Kluwer.

⁴ GÓMEZ GARCÍA F.X. (2021), “Empleados de hogar y su protección desde la seguridad social: una situación aún deficitaria”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 11 (2).

⁵ BENITO BENÍTEZ, M.A., (2019), “Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 2.

para hacer frente al COVID-19. El principal inconveniente para la generalización de su disfrute por este colectivo se encontró en la exigencia de alta, pues “este requisito dejó fuera del campo de aplicación a quienes en las fechas previas ya habían sido dadas de baja, por ejemplo, por dedicarse al cuidado de menores que habían visto cerrados ya sus centros escolares antes de esa fecha, pero también a las personas que realizan su desempeño dentro de lo que la OIT llama “economía informal”, en especial a las extracomunitarias que se encuentran en España en situación irregular”⁶.

Esta reivindicación histórica ha sido sometida al TJUE, que ha declarado en su STJUE 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20, que existe una discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso a las prestaciones por desempleo, por lo que la normativa española es contraria al derecho de la Unión Europea:

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

En efecto, en el acervo jurídico europeo la única labor armonizadora que ha llevado a cabo la Unión Europea en materia de Seguridad Social ha tenido lugar, precisamente, en el ámbito de la discriminación por razón de sexo. Se trata de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Esta Directiva ha permitido detectar y superar, en un primer momento, discriminaciones directas y, especialmente ahora, tratamientos constitutivos de discriminaciones indirectas por razón de sexo.

El asunto C-389/20, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo (Pontevedra), donde plantea sus dudas acerca de la compatibilidad de la normativa española con el Derecho de la Unión. A tales efectos, los hechos que originaron el litigio se centraban en la imposibilidad legal de empresa y empleada de cotizar por la contingencia de desempleo con el fin de adquirir el derecho a las prestaciones por desempleo. El órgano judicial tomando como premisa el dato, no controvertido entre las partes, que el colectivo de trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar está integrado casi exclusivamente por personas de sexo femenino, considera que al negar a las trabajadoras pertenecientes a ese colectivo la posibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo, impidiéndoles la cotización para la cobertura de esa contingencia, la normativa nacional constituye una discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso a las prestaciones de seguridad social. A falta de motivación explícita alguna al respecto,

⁶ SANZ SÁEZ, C., (2020), “Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas de hogar en la crisis del COVID-19”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º. 67-68.

dicha discriminación no está justificada y, por lo tanto, podría estar prohibida por la directiva europea.

El Gobierno español alegó que la diferencia de trato consistente en excluir del sistema especial para empleados de hogar la protección frente a la contingencia de desempleo no constituye una discriminación indirecta por razón de sexo. La TGSS no negó la existencia de tal discriminación, pero la consideró justificada y sostiene que la disposición nacional es proporcionada.

La Directiva comunitaria define a la discriminación indirecta como *“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”*. Para verificar el impacto adverso de un tratamiento los datos estadísticos desempeñan un papel fundamental a la hora de constatar la existencia de una desventaja de hecho para las personas de un sexo con respecto a las personas del otro sexo. Al respecto, el órgano jurisdiccional remitente subrayaba que las mujeres representan casi el 100% de los trabajadores sujetos a ese régimen especial; por su parte, la TGSS también señaló, en cuanto atañe a los datos correspondientes a esa misma fecha, que el colectivo de empleados de hogar estaba representado por 17.171 hombres y 366.991 mujeres. Estos datos ponían de manifiesto que, en la fecha en cuestión, este grupo estaba integrado por un 95,53 % de mujeres.

En sus observaciones la TGSS y el Gobierno argumentaron que la diferencia de trato respecto de los empleados de hogar se justifica por objetivos basados en las características específicas de esta categoría de empleados y del estatuto de sus empleadores, así como por objetivos de protección de los trabajadores, de protección del nivel de ocupación en este sector y de lucha contra el trabajo sumergido y el fraude.

El Gobierno indicaba que la rama de actividad de los empleados de hogar es tradicionalmente sensible al gravamen que podrían suponer las cargas administrativas y los costes laborales y de seguridad social para los empleadores (cabezas de familia) y los empleados, y, que se trata de un sector que siempre ha tenido un índice de ocupación elevado. Ello justifica, a su juicio, la exclusión de la cobertura de una contingencia como la de desempleo, que tiene una incidencia mínima para este grupo de trabajadores.

Por su parte, la TGSS invocó como posible justificación de la limitación de la acción protectora de la seguridad social respecto de los empleados de hogar la distinta condición de sus empleadores, que no son empresarios que explotan una unidad productiva tradicional, sino cabezas de familia del hogar. Además, la TGSS considera, que, en la medida en que la actividad de estos empleados exige un bajo grado de cualificación y, por lo tanto, suele retribuirse con el salario mínimo, podría ser «más conveniente» para estos trabajadores acceder a la protección frente a la contingencia de desempleo que seguir prestando sus servicios, o alternar períodos de trabajo efectivo y de descanso en los que percibirían la prestación por desempleo, lo que propiciaría el fraude. Añadió que las particularidades de la relación de trabajo de los empleados de hogar conlleva

dificultades adicionales a la hora de comprobar que se cumplen ciertos requisitos esenciales para acceder a la prestación por desempleo, tales como el carácter involuntario de la finalización de la relación laboral o la dificultad de efectuar controles e inspecciones para verificar la existencia de situaciones de incompatibilidad o fraude, dada la inviolabilidad del domicilio de los empleadores, lugar de trabajo de estos empleados.

El Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, en sus conclusiones presentadas el 30 de septiembre de 2021, se planteaba si cabía admitir que los objetivos examinados son ajenos a toda discriminación por razón de sexo, siendo relevantes sus argumentaciones pues integra la perspectiva de género en sus valoraciones.

En primer lugar, considera que los motivos basados en las características de los empleados de hogar (trabajadores poco cualificados que cobran el salario mínimo) o de sus empleadores (cabezas de familia) parecen estar basados más bien en estereotipos de género y, por lo tanto, son difícilmente ajenos a una discriminación por razón de sexo.

En segundo término, el Gobierno español justifica esta exclusión mediante el objetivo de protección del nivel de ocupación de la categoría de actividad de los empleados de hogar, refiriéndose, por un lado, a la incidencia mínima que, en su opinión, tiene el desempleo sobre este grupo de trabajadores, en su mayoría mujeres, y, por otro, al hecho de que, según su parecer, la eventual inclusión de la protección contra el desempleo en el sistema especial para empleados de hogar conllevaría necesariamente un aumento de las cotizaciones y, en consecuencia, un incremento del trabajo sumergido. Esta exclusión conduce, a su juicio, a reforzar la concepción social tradicional de los roles, permitiendo, además, no solo explotar la posición, estructuralmente más débil, de las personas que integran el sector de los empleados de hogar, sino también infravalorar el trabajo de los empleados de este colectivo, que debería, por el contrario, ser reconocido y valorado por la sociedad.

En tercer lugar, comparte el criterio de la Comisión según el cual conviene examinar la severidad de la medida elegida para luchar contra el trabajo sumergido y el fraude. En efecto, señala que la exclusión absoluta de una categoría de trabajadores, como los empleados de hogar, de la protección frente a la contingencia de desempleo, como medida de «protección social», no parece ser beneficiosa para estos trabajadores. Por lo tanto, cuesta concebir cómo una cláusula de exclusión como la controvertida en el litigio principal, que tiene el objetivo de luchar contra el trabajo sumergido, pero parece agravar la situación de desamparo social de esta categoría de trabajadores, podría considerarse coherente. Distinto sería el caso de una medida de lucha contra el trabajo sumergido destinada a controlar la obtención fraudulenta de las prestaciones de desempleo que fuera coherente con el objetivo de protección social de los empleados de hogar y no penalizase a este colectivo.

En cuarto lugar, por lo que respecta, en particular, a la relación existente, según la TGSS, entre el aumento de las cotizaciones y el trabajo sumergido, de sus observaciones escritas se desprende que la creación del sistema especial para empleados de hogar, integrado en el régimen general en 2012, condujo, por el contrario, a un incremento considerable de la afiliación de estos trabajadores, aflorando así empleo sumergido anterior. Por lo tanto, no

puede deducirse la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las cotizaciones y el trabajo sumergido.

En quinto lugar, se suscita la cuestión de si el hecho de que el lugar de trabajo sea el domicilio del empleador justifica la elección de la medida de exclusión controvertida. Por lo tanto, sería pertinente examinar qué importancia reviste la influencia del lugar de trabajo sobre tal elección. En este sentido, ¿cómo puede conducir el hecho de que la prestación del servicio tenga lugar en el domicilio del empleador a excluir las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas a los empleados de hogar, pero no a excluir otras prestaciones sociales a las que sí tienen derecho estos empleados, tales como las prestaciones por accidente laboral o enfermedad? En esta misma línea, en cuanto a la aplicación sistemática, el órgano jurisdiccional remitente podría comprobar asimismo si, por lo que respecta a las prestaciones por desempleo, el lugar de trabajo incide de igual forma en la situación de otros empleados cuyo lugar de trabajo también es el domicilio del empleador (jardineros, conductores privados, etc.) o su propio domicilio (trabajadores por cuenta propia) que en la situación de los empleados de hogar. A este respecto, cabe preguntarse igualmente cuáles son los requisitos aplicables a la inspección de un domicilio y una empresa.

En sexto y último lugar, considera que podría ser pertinente conocer si existen otras prestaciones sociales reconocidas a los empleados de hogar que pudieran compensar la falta de protección frente a la contingencia de desempleo. Sobre este extremo, sabemos que no existe otras prestaciones que puedan compensar la falta de protección frente a esta contingencia, la exclusión de dicha protección conduce a privar a los empleados de hogar del disfrute de otras prestaciones, como la de incapacidad permanente.

Concluyó el Abogado General que la exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal, que prohíbe en términos absolutos acceder a la prestación por desempleo a todos los empleados de hogar, va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, y que, por ello, concurre una discriminación indirecta por razón de sexo.

Reconocido por el TJUE el tratamiento discriminatorio por razón de sexo que implica la negación de la protección por desempleo, la doctrina advierte que “una cosa es la calificación como discriminatoria de la exclusión de la protección por desempleo, y otra organizar un sistema contributivo/asistencial/mixto para el colectivo; dentro de las reglas generales/ con reglas especiales; con o sin periodos transitorios; con o sin articulación de reglas de cotización por desempleo; con o sin inclusión de cotizaciones por FOGASA y formación profesional”⁷. No cabe duda que la formulación del acceso a la protección por desempleo presenta desafíos que deberá afrontar la esperada reforma legal, la cual, como

⁷ QUINTERO LIMA, M. G. (2022). “El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 468.

se ha anunciado⁸, vendrá de la mano de la ratificación del Convenio núm. 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos.

Tras la sentencia del TJUE, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.2 de Vigo resolvió el asunto que originó la cuestión prejudicial en la sentencia 68/2022, de 17 de marzo. En la resolución judicial se anula y revoca la actuación administrativa que desestimó la solicitud de cotización a la protección por desempleo; y, se declara el derecho de la trabajadora a cotizar como empleada de hogar por la contingencia de desempleo. Ahora bien, en cuanto a la determinación de la efectividad temporal del pronunciamiento precisa que:

Aunque la obligación de cotización a la Seguridad social y el correlativo ámbito de la acción protectora, también respecto de la contingencia de desempleo, cuentan ya con el desarrollo legislativo que las articula, es llano que existe un vacío normativo respecto de situaciones como la enjuiciada y será preciso que el legislador lo aborde considerando las peculiaridades del [sistema especial]. Sin perjuicio de que el reconocimiento del derecho-deber de cotizar por esta contingencia se produzca desde el momento mismo de esta sentencia, tendrá plena efectividad cuando la Ley lo desarrolle, disciplinando su contenido, sin que esta circunstancia suponga que la efectividad de este pronunciamiento sea meramente programática, ya que la estimación de la demanda supone el acogimiento de una pretensión condenatoria de la TGSS, por tanto, susceptible de ejecución forzosa en caso de que no se produzca su cumplimiento voluntario.

Además de la anterior, se apoya en los postulados derivados de la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/201) la STSJ de Cataluña núm. 1754/2022, de 16 de marzo de 2022, que reconoce el subsidio para mayores de 52 años al servicio del hogar familiar indicando que, teniendo en cuenta:

Las pautas interpretativas fijadas por el TJUE en su examen de la conformidad al Derecho Comunitario de la norma interna controvertida (art. 251 d) del TRLGSS), la conclusión que se ofrece no puede razonablemente diferir de la alcanzada por su sentencia de 24 de febrero de 2022, arriba referenciada, partiendo de las circunstancias jurídico fácticas y del hecho de que corresponde al Estado miembro, en su calidad de autor de la norma presuntamente discriminatoria, demostrar que esa norma reúne los requisitos asociados a una justificación objetiva, así como también que el colectivo de trabajadores al que excluye de la protección contra el desempleo se distingue de manera pertinente de otros colectivos de trabajadores que están excluidos de ella, prueba que ni siquiera (indiciariamente) la entidad demandada ha intentado satisfacer.

Finalmente reseñar a la SJS núm.32 de Barcelona núm. 91/2022, de 14 de marzo de 2022, que se pronuncia sobre la exclusión del servicio al hogar familiar del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) por el art. 3.b) R.D. 1620/2011, de 14 de noviembre que dispone: *“expresamente no será de aplicación el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores”*. La

⁸ En abril del 2022 se ha acordado la remisión a las Cortes Generales del Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos y se autoriza la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicho Convenio.

sentencia condena al FOGASA a abonar a una empleada del hogar la cuantía correspondiente a la indemnización por despido improcedente que le fue reconocida en sentencia del Juzgado de lo Social, pero que no pudo ser ejecutada por declaración de insolvencia del deudor. Argumenta la sentencia que:

Ni el R.D. 1620/2011 de 14 de noviembre que regula la relación especial de empleados/as de hogar, ni el R.D. 505/1985 de 14 de 6 de marzo, expresan algún motivo o razón de esta exclusión [...]. Por lo tanto, aunque es cierto que no está prevista esta cobertura para este colectivo, la realidad es que su exclusión no está justificada. Y como quiera que este trato exclusorio implica afectar de forma preponderante al colectivo femenino de trabajadoras (porque son las que integran de forma numéricamente abrumadora ese colectivo), tal previsión u opción legislativa implica una discriminación indirecta [...]. Y como tal, el órgano judicial (al margen de deseables actuaciones legislativas) debe corregirla; y la forma de hacerlo es reconociéndole a la actora la prestación solicitada, cuyo importe el FGS no cuestiona [...]. Y tal solución no puede venir impedida por el hecho de que no se haya cotizado a la protección por el FGS ya que, aun siendo cierto, tal falta de cotización se debe a esa opción legislativa excluyente de esa protección que incurre en las infracciones normativas denunciadas y que, como tal, no puede generar ese efecto denegatorio de la prestación.

Podemos concluir que este avance en justicia social hacia una protección social de las empleadas del hogar en igualdad de condiciones, impulsado por decisiones judiciales, “constituye el más potente objetivo para la consecución de una igualdad y una dignificación en la profesión de las empleadas del hogar”⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- BENITO BENÍTEZ, M.A, (2019), “Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 2.
- GÓMEZ GARCÍA F.X. (2021), “Empleados de hogar y su protección desde la seguridad social: una situación aún deficitaria”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 11 (2).
- MONEREO PÉREZ, J.L., y, LÓPEZ INSUA, B., (2022), “Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad”, *La Ley Unión Europea*, N° 101, Wolters Kluwer.
- PÉREZ DEL PRADO, D., (2020), “El debate en torno a la protección por desempleo en el empleo doméstico”, *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, Vitoria-Gasteiz, 2020.
- QUINTERO LIMA, M. G. (2022). “El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., y, LÓPEZ INSUA, B., *op.cit.*

febrero de 2022 (asunto C-389/20)”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 468.

SANZ SÁEZ, C., (2020), “Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas de hogar en la crisis del COVID-19”, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, Nº. 67-68.

María Angustias Benito Benítez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz (España)

ESTUDIOS

Inteligencia artificial y ADR: acceso a la justicia con perspectiva de género*

Artificial Intelligence and ADR: Access to Justice with Gender Perspective

SELENA TIERNO BARRIOS

Personal Investigador en Formación (FPU) en Derecho Procesal
Universidad de Salamanca (España)

selenatierno@usal.es

 <https://orcid.org/0000-0001-5781-3983>

Resumen: La inteligencia artificial y los medios alternativos de resolución de conflictos se han convertido en los dos grandes ejes sobre los que vertebrar un nuevo modelo de justicia más eficiente, dirigidos a promover un mejor acceso a la justicia. Así pues, teniendo en cuenta que la inteligencia artificial representa ya una realidad en numerosos ámbitos de la vida diaria, al igual que en materia de justicia, donde ha demostrado desarrollar múltiples aplicaciones, e incluso en la esfera de la resolución extrajurisdiccional de conflictos, en este trabajo se propone analizar la compatibilidad de los sistemas de inteligencia artificial con el respeto de los derechos humanos y los derechos y libertades fundamentales, en concreto, con el derecho de acceso a la justicia y, más específicamente, con su ejercicio por parte de la mujer en condiciones de igualdad en la medida en que uno de los factores que se erige como causa principal de vulnerabilidad es precisamente el género. En este orden, el interrogante que se plantea es el relativo al encaje que los nuevos retos

Recepción: 22/03/2022

Aceptación: 01/06/2022

Cómo citar este trabajo: TIERNO BARRIOS, Selena, “Inteligencia artificial y ADR: acceso a la justicia con perspectiva de género”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 5, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 25-53, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.03>

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de una Ayuda para la Formación de Profesorado Universitario (FPU) concedida por el Ministerio de Universidades del Gobierno de España como Personal Investigador en Formación adscrita al Área de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. Asimismo, este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación “Configuración y efectos de los sistemas de gestión del riesgo legal” (PID2019-107743RB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, cuyos Investigadores Principales son el Prof. Dr. Nicolás Rodríguez-García y el Prof. Dr. Fernando Rodríguez-López.

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

ISSN-e: 2345-3456

N.º 5, julio-diciembre, 2022, pp. 25-53

en materia de justicia como la inteligencia artificial —y su desarrollo en los sistemas ADR— pueden llegar a tener en ese desiderátum que representa la igualdad de género.

Abstract: *Artificial intelligence and Alternative Dispute Resolution have become the two main axes whereby to build a new and more efficient model of Justice, aimed at promoting better access to justice. Thus, taking into account that artificial intelligence is already a reality in many areas of daily life, as well as in the field of justice, in which it has been shown to develop multiple applications, and even in the sphere of extrajudicial conflict resolution, this paper proposes to analyse the compatibility between artificial intelligence systems and the respect for human rights and fundamental rights and freedoms, in particular the access to justice right and, more specifically, its exercise by women under equality conditions insofar as one of the factors that stands out as the main cause of vulnerability is precisely gender. In this context, the question that is raised is about the place that new challenges in the field of justice, such as artificial intelligence —and its applications in ADR systems— may have in the desideratum of gender equality.*

Palabras clave: inteligencia artificial, medios alternativos de resolución de conflictos, derecho de acceso a la justicia, discriminación algorítmica, perspectiva de género

Key-words: *artificial intelligence, Alternative Dispute Resolution, access to justice right, algorithmic discrimination, gender perspective*

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN A LOS NUEVOS RETOS EN MATERIA DE JUSTICIA. 2. DE LAS ADR A LOS ODR. 3. LOS ODR DE “SEGUNDA GENERACIÓN”: LA INCORPORACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 4. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ADR Y GÉNERO: ¿JUSTICIA UTÓPICA O DISTÓPICA? 4.1. El funcionamiento de los algoritmos. 4.2. Sesgos y discriminación algorítmica. 4.3. Sesgo de género y acceso igualitario a la justicia. 5. EPÍLOGO: LA AMBIVALENCIA COMO FINAL ABIERTO. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. APROXIMACIÓN A LOS NUEVOS RETOS EN MATERIA DE JUSTICIA

En estos últimos años, es innegable que el incremento en el uso de Internet, la irrupción de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y los continuos avances que se están produciendo a pasos agigantados en robótica e inteligencia artificial han hecho que cada vez más vayan adquiriendo un mayor protagonismo en numerosos ámbitos de nuestras vidas diarias. De esta forma, era cuestión de tiempo que se hicieran notar también en el campo jurídico y, en este sentido, no han pasado desapercibidos para la Administración de Justicia que, sin llegar a experimentar una profunda transformación en lo que a la tecnología se refiere —a diferencia de otros sectores como la industria, el comercio, la medicina, o incluso la propia Administración Pública en la que ya se han implantado sistemas tecnológicos que han permitido aumentos constatables de eficiencia y ahorro de gastos— ha iniciado su propio proceso de modernización encaminado a lograr

una “justicia digital”, o también conocida con el término de *e-justicia*, más acorde con los nuevos tiempos que nos acompañan¹

De hecho, la ausencia de una verdadera digitalización es una de las notas que caracteriza la situación de crisis por la que atraviesa la Administración de Justicia española desde hace décadas, a lo que hay que sumar la insuficiencia de medios materiales y recursos humanos, así como los altos índices de judicialización de los conflictos derivados del incremento de la conflictividad social y de la litigiosidad, lo que se ha visto aún más agravado si cabe con ocasión de la pandemia de COVID-19. En este sentido, no solo se ha pensado en el uso de las nuevas tecnologías para hacer frente a esta situación poco halagüeña, sino que igualmente los medios alternativos de resolución de conflictos —más conocidos a través del acrónimo en inglés ADR (*Alternative Dispute Resolution*)— han cobrado una relevancia máxima².

Así las cosas, son estos dos ejes —la apuesta por la digitalización a través del uso principalmente de sistemas de inteligencia artificial, y el fomento del empleo de las ADR— los que precisamente están marcando hoy día el horizonte próximo y no tan lejano en el ámbito judicial en orden a atender, no solo de una forma ágil y eficaz las demandas de justicia de los ciudadanos —incrementadas en términos cuantitativos y cualitativos— sino de un modo adecuado y ofreciendo además un servicio de calidad³. En esta línea se sitúa el Plan de Trabajo “Justicia 2030” impulsado por el Gobierno español como concreción del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para el Servicio Público de Justicia. Una estrategia de transformación que tiene como fundamento esencial la promoción del Estado de Derecho y el acceso a la justicia en conexión, por tanto, con el Objetivo (ODS) número 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible sobre “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”. Así pues, dentro de los objetivos que articulan dicho Plan de Trabajo, a saber, (i) acceso a derechos y libertades; (ii) contribuir a la sostenibilidad y cohesión; y (iii) eficiencia del Servicio Público de Justicia, es en este último donde se insertan los ejes anteriormente mencionados con carácter previo, en concreto, en el marco de los proyectos dirigidos a la “eficiencia procesal” (fomento de

¹ Sobre la implantación lenta y tardía de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, véase MAGRO SERVET, V., “La aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 9268, 2018, pág. 1; BUENO DE MATA, F., “E-justicia: Hacia una nueva forma de entender la justicia”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2010, pág. 3; y CERRILLO, A., “E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI”, *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 4, 2007, pág. 1.

² En esta línea, ver RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., “Presente y futuro de la mediación penal”, en *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, (coord. Rodríguez Tirado, A. M.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 269-271; BARONA VILAR, S., “Integración de la mediación en el moderno concepto de ‘Access to Justice’. Luces y sombras en Europa”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2014, pág. 4; y SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles”, en *Tratado de Mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, (ed. Blanco García, A. I.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 19-21.

³ En este sentido, véase DELGADO MARTÍN, J., “Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia”, *Diario La Ley*, núm. 9781, 2021, pág. 6.

los medios alternativos de resolución de conflictos) y a la “eficiencia digital” (apuesta por la inteligencia artificial)⁴.

En este sentido, la inteligencia artificial y las ADR se presentan, por tanto, como dos instrumentos dirigidos a la promoción del acceso a la justicia en conexión, tal como hemos señalado en el párrafo inmediatamente previo, con el ODS número 16 de la Agenda 2030. De este modo, lejos de ser una cuestión baladí, debe ponerse de manifiesto la especial relevancia que ostenta el derecho de acceso a la justicia como el derecho humano más básico en el marco de un sistema jurídico que pretenda atribuirse los adjetivos de moderno e igualitario, y cuyo objetivo pretenda ser garantizar, y no únicamente reconocer, los derechos de todas las personas, pues de nada sirve tener reconocido un derecho si no existen instrumentos que permitan su reivindicación efectiva⁵.

⁴ De este modo, el proyecto relativo a la “eficiencia procesal” se articula sobre tres grandes bloques orientados, todo ellos, al fomento de las ADR, a saber, (i) la promulgación de una Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia como respuesta directa a la pandemia de COVID-19, pero encaminada a la agilización de la actividad judicial de una manera estructural, y respecto de la cual se ha procedido a la aprobación del correspondiente Anteproyecto de Ley; (ii) un plan de implantación de los que dicho Anteproyecto denomina “medios adecuados de solución de controversias” (MASC) a través del cual fomentar su empleo bajo una serie de incentivos; y, en conexión con esto último, (iii) el desarrollo de la solución de controversias en línea a través del fomento de las fórmulas que se conocen como *Online Dispute Resolution* (ODR). Asimismo, como hemos indicado, la apuesta por la inteligencia artificial constituye uno de los principales ejes que integran el proyecto de “eficiencia digital” en orden a la consecución de una “Justicia inteligente” y orientada al dato en el sentido de que pueda desplegar la suficiente capacidad para tratar toda la información disponible en las actuaciones y auxiliar a los órganos jurisdiccionales en la resolución de los procesos. En este sentido, se pone de manifiesto que la enorme cantidad de información que obra no solo en el ámbito judicial, sino también en el administrativo, impide que pueda llevarse a cabo una gestión eficaz de la misma, lo que en definitiva supone un obstáculo para la adopción de políticas públicas. De ahí, el papel relevante que está asumiendo la Unión Europea en esta materia a través de la puesta en marcha del Plan de Acción 2019-2023 relativo a la Justicia en Red Europea (2019/C 96/05) que prevé como eje fundamental el avance en la aplicación de la inteligencia artificial en este ámbito, pero también mediante la aprobación de la *Carta Ética Europea sobre el uso de inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, primer texto europeo que establece una serie de principios éticos a este respecto en el ámbito judicial. Más ampliamente, puede verse BUENO DE MATA, F., *Hacia un proceso civil eficiente: transformaciones judiciales en un contexto pandémico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 99 y ss.

⁵ En esta línea se pronuncian CAPPELLETTI, M.; GARTH, B., “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective”, *Buffalo Law Review*, vol. 27, núm. 2, 1978, págs. 184-185. En este sentido, puede verse la definición de AMERICAN BAR ASSOCIATION, “Access to Justice Assessment Tool: a guide to analyzing access to justice for civil society organizations”, *American Bar Association Rule of Law Initiative*, 2012, pág. 1, al entender que “Access to justice means that citizens are able to use justice institutions to obtain solutions to their common justice problems. Unless citizens can do this, the rights enshrined in laws and constitutions are meaningless”. Sobre el acceso a la justicia como derecho fundamental, no solo de carácter instrumental en el sentido de medio necesario para dar soporte a los restantes derechos de los ciudadanos, sino como pieza asimismo esencial del Estado de Derecho en tanto en cuanto dota de contenido material a la igualdad formal, puede verse CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “El acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: un reto pendiente para los derechos humanos”, en *Los Derechos Humanos 70 años después de la Declaración Universal*, (dir. Sanz Mulas, N.; coords. Gorjón Barranco, M. C., Nieto Librero, A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 293; y AÑÓN ROIG, M. J., “El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectivas y alcance”, en *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, (coord. García-Pascual, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 31.

Empero, a pesar de lo anterior, a día de hoy siguen observándose deficiencias en esta materia dentro de los sistemas judiciales traducidas en una falta de respuesta por parte de los Estados a través de la implantación de políticas públicas dirigidas a eliminar los obstáculos y dificultades a los que tradicionalmente se han enfrentado determinados colectivos de población vulnerable, y por tanto, destinadas no solo a facilitar sino también a garantizar que todas las personas puedan acceder a la justicia en condiciones de igualdad sin que ningún tipo de barrera pueda limitar, restringir o vedar el mismo a ciertos grupos que, por situarse en un contexto de especial vulnerabilidad, no pueden disfrutar y ejercer los derechos de los que son titulares⁶.

Así pues, uno de los factores que se erige como causa principal de vulnerabilidad y respecto del cual focalizaremos nuestro trabajo es el género en la medida en que la discriminación de la mujer en determinados ámbitos constituye un impedimento que restringe el derecho de acceso a la justicia, lo cual puede agravarse en mayor forma en aquellos supuestos en que concurra alguna otra causa —lo que se conoce como fenómeno de la interseccionalidad—⁷. De ahí que el objetivo pretendido sea la implantación de políticas públicas y medidas que contribuyan a erradicar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema judicial para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, obteniendo así la igualdad efectiva de condiciones. Un objetivo alineado no solo con el ODS número 16 dirigido a la promoción del acceso a la justicia, sino también con el ODS número 5 relativo a “Igualdad de Género” que persigue “lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas”, contemplándose entre sus metas “poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo”.

De este modo, la Recomendación general núm. 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de Naciones Unidas, de 3 agosto de 2015, destaca como obstáculos limitadores del ejercicio del derecho de acceso a la justicia de las mujeres los estereotipos de género, la estigmatización, las normas culturales patriarcales, la violencia de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales, la práctica de la prueba en sede judicial o la falta de un acceso garantizado a la justicia en su dimensión no solo física y económica, sino también social y cultural. En este sentido, la existencia de estereotipos de género dentro del sistema judicial hace pensar en el mismo como un modelo androcéntrico que resuelve los conflictos desde una visión patriarcal y estereotipada que,

⁶ De esta forma lo expresa CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “El acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: un reto pendiente para los derechos humanos”, *op. cit.*, págs. 295-296. Sobre esta cuestión, debe destacarse el texto de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, recientemente reformuladas en el año 2018, cuya finalidad estriba en garantizar que las personas en condición de vulnerabilidad puedan acceder de forma efectiva a la justicia sin discriminación de ningún tipo a través de la implantación de políticas públicas y medidas que posibiliten el reconocimiento y el disfrute de los derechos humanos. Texto disponible en https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/2019/Reglas_de_Brasilia_Centro_actualizadas.pdf (Fecha de última consulta 19 de marzo de 2022).

⁷ Así puede leerse en la Regla número 17 contenida en el texto de las Reglas de Brasilia anteriormente referenciado.

en definitiva, limita y pone trabas al ejercicio de aquel derecho por parte de la mujer⁸; de ahí, la necesaria formación en perspectiva de género de todos los operadores jurídicos con el objetivo de eliminar todos los estereotipos, prejuicios y sesgos que impiden obtener la tutela pretendida por parte de la mujer⁹.

En este orden, por tanto, el interrogante que planteamos es el relativo al encaje que los nuevos retos en materia de justicia como la inteligencia artificial y las ADR pueden llegar a tener en ese desiderátum que representa la igualdad de género y, más específicamente, el acceso igualitario a la justicia por parte de la mujer, es decir, si efectivamente pueden contribuir a mejorar el ejercicio de este derecho eliminando los obstáculos que lo dificultan como son efectivamente los estereotipos de género.

Este planteamiento responde a la universalidad de la situación de desigualdad estructural que caracteriza la sociedad que durante siglos se ha construido a partir de discursos o narrativas de dominación llegando incluso a permear en instituciones que debieran ser neutrales, tales como el Derecho y, por tanto, en los distintos sistemas judiciales que reflejan los desequilibrios generados por los privilegios e intereses de aquellos que detentan el poder, ya sea en términos de clase social, raza, etnia, religión y, por supuesto, género¹⁰. Las implicaciones que puede llegar a tener la inteligencia artificial —y su desarrollo en los sistemas ADR— en un contexto de desigualdad estructural suscitan cuando menos un interés máximo. Esto es, si se demuestra como un instrumento capaz de coadyuvar a un mejor acceso a la justicia que promueva la exigencia del efectivo cumplimiento de los derechos y evite que las posibles vulneraciones de los mismos queden impunes, o lo que es lo mismo, con virtualidad suficiente para denunciar aquellas dinámicas que lesionan derechos o, si más bien por el contrario, amplificará las desigualdades sociales al reproducir en mayor grado estereotipos y prejuicios, es decir, generando mayores brechas de desigualdad y de género¹¹.

⁸ De esta opinión se muestra MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Análisis de la justicia ‘procesal’ desde la perspectiva de género”, en AA. VV., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 16-17.

⁹ En este sentido, véase GIL, P., “La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género”, en AA. VV., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 229-231.

¹⁰ De este modo se ha expresado el organismo internacional ONU Mujeres en el Informe *El progreso de las mujeres en el mundo 2011-2012: en busca de la justicia*, Entidad de las naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, 2011, p. 11, disponible en <https://mexico.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Mexico/Documentos/Publicaciones/2012/El%20progreso%20de%20las%20mujeres%20en%20el%20mundo%202011-2012/El%20progreso%20de%20las%20mujeres%20en%20el%20mundo%20Completo%20pdf.pdf> (Fecha de última consulta 19 de marzo de 2022). En este sentido, ver SORIANO ARNANZ, A.; SIMÓ SOLER, E., “Machine learning y Derecho: aprendiendo la (des)igualdad”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 184 y 188-189.

¹¹ Sobre esta cuestión, véase MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Justicia e Inteligencia Artificial sin género”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 209 y 219.

2. DE LAS ADR A LOS ODR

Comenzaremos nuestro estudio examinando la evolución que han experimentado las fórmulas ADR en relación con el uso de las TIC, analizando posteriormente el desarrollo que ha tenido la inteligencia artificial en esta materia. Así pues, tal como señalábamos al inicio en las primeras líneas introductorias, las nuevas tecnologías han anegado numerosos y diversos ámbitos de nuestras vidas diarias. Entre ellos, y como trataremos de exponer a lo largo del presente trabajo, también en materia de justicia, pero igualmente y en conexión con el ámbito judicial, el relativo a la resolución alternativa de conflictos ha sido asimismo permeable a los nuevos tiempos dando cabida a partir de la década de los años 90 a una nueva modalidad de ADR, a saber, los ODR o medios alternativos de resolución de conflictos *online*. Nos referimos, por tanto, a la posibilidad de solucionar las controversias a través del empleo de medios electrónicos¹².

En este sentido, uno de los sistemas autocompositivos más destacados dentro del conjunto de las ADR es, sin duda, la mediación y sobre esta fórmula es precisamente respecto de la que de una forma más sobresaliente lleva trabajándose en lo que concierne a la incorporación de las nuevas tecnologías, dando paso a la conocida como “mediación electrónica” en pleno proceso de consolidación en el ámbito del Derecho privado desde hace ya algunos años gracias a la normativa, en primer lugar, promulgada desde las instituciones de la Unión Europea, así como a la propiamente interna como consecuencia del deber de transposición de aquella regulación en el ordenamiento jurídico español. Ello se debe principalmente a las notas que definen un sistema como la mediación, caracterizado por su naturaleza esencialmente voluntaria y por su carácter ampliamente flexible, aparte lógicamente del fundamento consensual que lo sustenta, todo lo cual posibilita un mayor grado de adaptación y permeabilidad a las nuevas tecnologías que los tradicionales y rígidos sistemas judiciales. De este modo, la mediación electrónica se entiende como una modalidad o subtipo de mediación caracterizada por el empleo de mecanismos telemáticos y tecnológicos en el procedimiento, es decir, un sistema de resolución de conflictos *online* dirigido a intentar alcanzar un acuerdo entre las partes

¹² De este modo, siguiendo a MONTESINOS GARCÍA, A., “Inteligencia Artificial y ODR”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 507, se conjuga la eficiencia característica y que frecuentemente se asocia a los mecanismos de resolución alternativa de conflictos como uno de sus puntos fuertes con el poder de Internet y de las TIC, dando como resultado una fuente innumerable de ventajas, sobre todo en un contexto de sociedad globalizada en la medida en que permiten el ahorro de tiempo y de gastos, evitan la necesidad de desplazarse, y coadyuvan a la eliminación de barreras lingüísticas y geográficas en los litigios con dimensión transfronteriza. En el mismo sentido se pronuncia MARTÍN DIZ, F., “Disecionando la mediación: ¿un futuro en términos electrónicos?”, en *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, (coord. Rodríguez Tirado, A. M.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 251, quien ve en los ODR una adecuada combinación entre, por un lado, la eficiencia de las ADR como fórmulas dirigidas a la resolución de los litigios de un modo eficaz frente al modelo de Administración de Justicia exclusivamente conectado con los órganos jurisdiccionales y el proceso judicial —inmerso desde hace varios lustros en una profunda crisis— y, por otro, las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías en conexión con la evolución de la sociedad.

implicadas en la controversia con la ayuda de la intervención de un tercero ajeno imparcial cuyo desarrollo tiene lugar, total o parcialmente, a través del uso de las TIC¹³.

En este orden de cosas, la regulación actual de la mediación electrónica en España tiene su origen en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, único ámbito por el momento en el que se contempla una regulación específica en materia de mediación¹⁴. Así pues, en conexión con la previsión contenida en la Directiva 2008/52/CE, que en su *Considerando* 9 se muestra proclive a la posibilidad de recurrir al empleo de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación, la Ley 5/2012 permite a las instituciones de mediación implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, refiriéndose particularmente a aquellos litigios que versen sobre reclamaciones dinerarias, *ex art.* 5.2. De este modo, el artículo 24 del mismo texto legal da la posibilidad a las partes para acordar que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento de mediación, tales como la sesión constitutiva y las siguientes que tengan lugar, puedan desarrollarse a través de medios electrónicos, o bien por videoconferencia o cualquier otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, pero siempre y en todo caso que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto de los principios informadores que rigen el sistema de mediación, expresamente contemplados en la Ley 5/2012. No obstante, a pesar de la posibilidad anterior, el segundo párrafo de dicho precepto sí prevé que la mediación que consista en una reclamación de cantidad no superior a 600 euros se llevará a cabo de forma preferente por medios electrónicos, excepto cuando el empleo de dichos medios no fuese posible para alguna de las partes intervinientes en el procedimiento¹⁵.

¹³ En esta línea, véase BUENO DE MATA, F., “Mediación electrónica e inteligencia artificial”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2015, págs. 1-2; MARTÍN DÍZ, F., “Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación”, *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 98/99, 2012, págs. 4-5; y SUBIZA PÉREZ, I., “La posibilidad de la mediación por medios electrónicos en el procedimiento civil”, *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2016, pág. 3.

¹⁴ Asimismo, a parte de la Directiva 2008/52/CE («DOUE» L 136/3, de 24 de mayo de 2008) deben destacarse en materia de ADR en el ámbito de consumo la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE («DOUE» L 165/63, de 18 de junio de 2013), y el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE («DOUE» L 165/1, de 18 de junio de 2013), así como a nivel interno, la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE («BOE» núm. 268, de 4 de noviembre de 2017). Sobre esta cuestión, cabe hacer alusión a la Plataforma ODR desarrollada por la Comisión Europea para la resolución extrajudicial de litigios en línea en el ámbito de consumo a través de la cual las controversias surgidas en relación con esta materia pueden intentar resolverse a través de mediación o arbitraje.

¹⁵ De igual forma, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje («BOE» núm. 309, de 26/12/2003) permite a las partes, de conformidad con el artículo 25, convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones, lo que no excluye, por tanto, el uso de medios electrónicos o telemáticos.

Sobre esta última cuestión, la Disposición Final Séptima de la Ley 5/2012 dispuso que el Gobierno promovería la resolución de los conflictos en materia de reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollaría exclusivamente por medios electrónicos. De este modo, dicho mandato se materializó en el vigente Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el que se contempla la regulación del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. Un procedimiento sobre el que, lejos de ofrecer una definición que nos ayude a comprender de mejor forma su naturaleza, únicamente se establece como marco general que su ámbito de aplicación estará conformado por aquellas reclamaciones de cantidad no superior a 600 euros, o bien aquellas que versen sobre cualquier otro interés, pero siempre y cuando no excedan de dicha cuantía. A ello se suma el requisito de que las pretensiones de las partes no se fundamenten en argumentos de confrontación de derecho, siendo en todo caso un sistema de utilización preferente salvo que el empleo de los medios electrónicos no sea posible para alguna de las partes, o bien que estas últimas acordaran un procedimiento distinto¹⁶.

No obstante, el Borrador preliminar del Proyecto de Real Decreto, de 27 de noviembre de 2012, por el que se regulaba la mediación en asuntos civiles y mercantiles a través de medios electrónicos, que finalmente no vio la luz, sí contenía una mejor descripción de este procedimiento simplificado de mediación, vinculándolo con los sistemas de inteligencia artificial al disponer que, en virtud del mismo, tendría lugar una negociación automática que ofrecería una respuesta también de manera automática a las partes. De este modo, una vez manifestadas las posiciones de cada una, en el caso de que llegara a alcanzarse un acuerdo sobre la cantidad reclamada, el sistema electrónico les ofrecería una propuesta de acuerdo final que tendría que ser aceptado por ambas partes. Atendiendo, por tanto, a la descripción contemplada en dicho Proyecto de Real Decreto y que, a pesar de optar por la eliminación de todas las referencias hechas a la negociación automática, en la legislación vigente se mantiene actualmente la regulación del mismo procedimiento, ello nos permite hablar de sistemas automatizados de resolución de conflictos a través de inteligencia artificial. En definitiva, nos referimos, por ende, a la sustitución de la función asistencial y de orientación del mediador convencional por una solución automática emitida a través de un *software* informático con base en una serie de casos resueltos con carácter previo mediante un procedimiento de mediación sobre lo que profundizaremos a continuación en epígrafes sucesivos¹⁷.

¹⁶ Véase, de este modo, el Capítulo V del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles («BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013), a través del cual se da efectivo cumplimiento a la Disposición Final Séptima de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles («BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2012).

¹⁷ En este sentido, BUENO DE MATA, F., “Mediación electrónica e inteligencia artificial”, *op. cit.*, págs. 4-6, defiende que la regulación contenida en el Real Decreto 980/2013 demuestra la existencia de una normativa en materia de inteligencia artificial en el ámbito de la resolución alternativa de conflictos, en concreto, referida a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pero por temor a las impresiones que

3. LOS ODR DE “SEGUNDA GENERACIÓN”: LA INCORPORACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Una vez admitida sin reparo alguno la posibilidad del empleo de las nuevas tecnologías en el ámbito de las ADR en orden a facilitar la comunicación e interactividad de las partes, así como la gestión del procedimiento, el siguiente interrogante que surge es el relativo a la posibilidad de recurrir a sistemas de inteligencia artificial para resolver las controversias a través de fórmulas como la mediación o el arbitraje¹⁸. Así pues, en conexión con lo apuntado en el párrafo inmediatamente anterior, dada la existencia de una normativa que, aunque en cierto modo eclipsada, da soporte a dicha posibilidad, debemos examinar a continuación qué alcance puede llegar a tener la inteligencia artificial en este ámbito y, por tanto, en qué estado de desarrollo se encuentra actualmente y qué cabe esperar de su utilización.

No obstante, antes de dar paso al análisis que proponemos, conviene matizar en primer lugar qué se entiende por inteligencia artificial y qué aplicaciones tiene actualmente en el ámbito jurídico. De este modo, ante la falta de una definición autónoma y uniforme, la Real Academia Española la conceptúa como una disciplina científica dedicada a la creación de programas informáticos capaces de ejecutar operaciones que son comparables a las realizadas por la mente humana, verbigracia, el aprendizaje y el razonamiento lógico¹⁹. En este sentido, para la Comisión Europea se trata de una “*combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática*”²⁰, dando lugar a sistemas “*capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos*”²¹.

podiera causar la utilización de ciertos términos como pudiera ser, verbigracia, “automatizado”, la posibilidad de emplear sistemas de inteligencia artificial en este ámbito se introduce disimuladamente.

¹⁸ De este modo, dado que la existencia de algoritmos y sistemas computacionales en lo que concierne al asesoramiento, predicción, e incluso, a la toma de decisiones judiciales, es una realidad en el campo jurídico, MONTESINOS GARCÍA, A., “Inteligencia Artificial y ODR”, *op. cit.*, pág. 510, plantea que el impacto de la inteligencia artificial en el ámbito de los ODR puede llegar a ser mayor que en el propio proceso judicial atendiendo, como ya vimos, a que se trata de mecanismos más flexibles y que pueden desplegar una mayor capacidad de adaptación que el sistema judicial.

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª. ed., 2014. Disponible en <https://dle.rae.es/inteligencia> (Fecha de última consulta 7 de marzo de 2022).

²⁰ En estos términos puede verse el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* [COM(2020) 65 final], pág. 2. Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (Fecha de última consulta 19 de marzo de 2022). En esta línea, ver el análisis llevado a cabo por DE HOYOS SANCHO, M., “Premisas y finalidades del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: perspectiva procesal del nuevo marco regulador”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 129 y ss.

²¹ En este sentido, véase la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Inteligencia artificial para Europa”* [COM(2018) 237 final], pág. 1. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=ES> (Fecha de última consulta 19 de marzo de 2022). Más específicamente, puede verse la definición de inteligencia artificial contenida en *Libro Blanco* (pág. 20) ofrecida por el Grupo de expertos de alto nivel como “*programas informáticos (y posiblemente también equipos informáticos) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la*

Partiendo de esta noción, en lo que concierne de modo concreto al ámbito jurídico y, de forma más específica, a la resolución de conflictos —ora judicial, ora extrajudicial—, la inteligencia artificial se ha demostrado como un instrumento con virtualidad para cumplir esencialmente dos tipos de funciones, de un lado, una función de carácter asistencial como elemento de apoyo a aquellos sujetos que se ven involucrados en el litigio, es decir, tanto a las partes como al tercero ajeno imparcial que ha de resolverlo, ya sea el juez, mediador o árbitro. Todo ello a través de datos, informaciones y predicciones que pueden resultar de utilidad de cara a ayudar y orientar en el desarrollo de las actuaciones y en la toma de decisiones que, en su caso, se adopten tanto en la vía jurisdiccional del proceso como en alguna de las ADR. De otro lado, puede cumplir una función de naturaleza decisoria sirviendo como elemento sustitutorio del ser humano que hace de juez, mediador o árbitro, de forma que las funciones que dichos operadores tienen encomendadas serían llevadas a cabo por el propio sistema de inteligencia artificial, algo que por el momento todavía no ha sucedido —a salvo las negociaciones automatizadas sobre lo que profundizaremos más adelante— y que es precisamente lo que hace suscitar mayor recelo acerca de la aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico en la medida en que los derechos fundamentales de los ciudadanos podrían verse gravemente afectados²².

dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno mediante la adquisición de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados, el razonamiento sobre el conocimiento o el tratamiento de la información, fruto de estos datos y la decisión de las mejores acciones que se llevarán a cabo para alcanzar el objetivo fijado”.

²² Sobre esta cuestión, señala MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (Covid-19)”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 2, 2020, págs. 4-5, que la labor asistencial que puede desarrollar la inteligencia artificial en el ámbito jurídico es aquella que se sitúa más en línea con las posibilidades no solo legales, sino particularmente reales en el momento actual en lo que concierne a la resolución de conflictos, de modo que su utilidad hoy día estriba en su capacidad de asistencia a las funciones judicial, mediadora y arbitral como instrumento de apoyo para facilitar y mejorar el procesamiento, comprensión y análisis de los asuntos. Del mismo parecer se muestra GUZMÁN FLUJA, V. C., “Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de los conflictos”, en *Justicia civil y penal en la era global*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 78-79, para quien hablar de sistemas de inteligencia artificial en términos de “soporte de la decisión legal” o como instrumentos “consultivos legales” es una cosa, y otra bien distinta es hablar de lo que podría ser el “juez robot” o “decisor robot”. En este sentido, aunque técnicamente se presenta como algo perfectamente factible, las dudas y controversias derivan no solo del encaje de las normas y garantías jurídico-legales, sino también de las cuestiones éticas y morales. Sobre la incidencia de la inteligencia artificial en las garantías procesales previstas constitucionalmente, se pronuncian MARTÍN DIZ, F., “Aplicaciones de inteligencia artificial en procesos penales por delitos relacionados con la corrupción”, en *Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos*, (eds. Rodríguez-García, N., Carrizo González-Castell, A., Rodríguez-López, F.; coords. Sánchez Bernal, J., Carrillo del Teso, A. E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 546-548; REIFARTH MUÑOZ, W., “El uso de la inteligencia artificial en el proceso judicial y los derechos fundamentales”, en *El impacto de las tecnologías disruptivas en el Derecho Procesal*, (dir. Bueno de Mata, F.), Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2022, págs. 203 y ss; PÉREZ ESTRADA, M. J., “El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías”, en *Claves de la Justicia Penal. Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 247 y ss; y GARCÍA SÁNCHEZ, M. D., “Retos del uso de la inteligencia artificial en el proceso: impugnaciones con fundamentación algorítmica y derecho a la tutela judicial efectiva”, en *FODERTICS 9.0. Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, (dir. Bueno de Mata, F.; coord. González Pulido, I.), Granada, Comares, 2021, págs. 241-244.

En este sentido, podemos hablar en términos de *Artificial Legal Intelligence* para referirnos a la aplicación de la inteligencia artificial en el mundo del Derecho en la medida en que su fundamento básico radica en el desarrollo de la automatización de razonamientos jurídicos, así como en su aplicación en sistemas computacionales de argumentación jurídica. De ahí que pueda ejercer, por un lado, funciones de apoyo, asesoramiento legal y asistencia en la toma de decisiones; y por otro, funciones decisorias en relación con la resolución tanto jurisdiccional como extrajurisdiccional de conflictos²³.

Así pues, es la primera función asistencial, a la que hemos aludido, la que viene observándose amplia y generalmente en el ámbito jurídico, especialmente, en el marco del cauce jurisdiccional para llevar a cabo tareas de muy diversa índole como, por ejemplo, el desarrollo de trámites procesales (notificaciones, señalamientos, etc.), la redacción de escritos, el análisis de textos, la elaboración de predicciones de riesgos, o la realización de actividades de prevención, entre otras. Destacan, a modo de ejemplo, *Watson*, *Prometea* o *Ross*, este último en el ámbito del ejercicio profesional de la Abogacía. En este sentido, hoy en día existen diversos sistemas de inteligencia artificial que están siendo empleados no solo en el ámbito internacional, sino también en nuestro país en el seno del proceso judicial para auxiliar en distintos ámbitos, tales como la valoración del riesgo, la valoración de la prueba, o la calificación jurídica²⁴.

De este modo, destacan particularmente los sistemas predictivos y de detección de riesgos dirigidos a la prevención de comisión de hechos delictivos, verbigracia, *VioGén*, *VeriPol* y *Predictive Police Profiling* (P3-DSS) en España; *PredPol*, *Compstat* y *COMPAS* (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) en Estados Unidos; *HART* (*Harm Assessment Risk Tool*) y *NDAS* (*National Data Analytics Solution*) en Reino Unido; y *Sweetie* y *VALCRI* (*Visual Analytics for Sense-making in Criminal Intelligence Analysis*) en Países Bajos²⁵.

²³ De este modo lo expresa MARTÍN DIZ, F., “Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020, pág. 63.

²⁴ En este sentido, véase CASTILLEJO MANZANARES, R., “Las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial como retos post-covid19”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 56, 2022, págs. 12 y ss.

²⁵ Más ampliamente, ver CALAZA LÓPEZ, S., “Extrajudicial & Judicial Tech”, en *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, (dirs. Calaza López, S., Muínelo Cobo, J. C.; coord. De Prada Rodríguez, M.), Madrid, Iustel, 2021, pág. 60; ESTÉVEZ MENDOZA, L., “Prevención e investigación de delitos en España: ¿un nuevo terreno para la IA?”, en *FODERTICS 8. Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, (dir. Bueno de Mata, F.; coord. González Pulido, I.), Granada, Comares, 2020, págs. 261 y ss; y de la misma autora, “Algoritmos policiales basados en IA y derechos fundamentales a la luz de HART y VALCR: garantías versus eficacia”, en *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, (dirs. Jiménez Conde, F., Bellido Penadés, R.; coords. Llopis Nadal, P., De Luis García, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 668 y ss; MONTESINOS GARCÍA, A., “Justicia penal predictiva”, en *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 427 y ss; y TIERNO BARRIOS, S., “La Administración de Justicia bajo el prisma de la inteligencia artificial”, en *FODERTICS 8. Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, (dir. Bueno de Mata, F.; coord. González Pulido, I.), Granada, Comares, 2020, págs. 90 y ss.

Por otro lado, una segunda aplicación también destacada de la inteligencia artificial en el seno del proceso judicial es aquella que opera en el ámbito de la valoración de la prueba, en el cual encontramos sistemas como STEVIE para la reconstrucción de hechos, ECHO que permite diseñar estrategias de acusación y defensa, ALIBI que posibilita la elaboración de coartadas, ADVOKATE con funciones en materia de credibilidad de testigos, o *iBorderCtrl* sobre tecnología de reconocimiento biométrico utilizado en el monitoreo y control de fronteras en la Unión Europea²⁶.

No obstante, sin perjuicio de todo lo dicho hasta el momento, si bien es cierto que la aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico —en concreto, en el marco del proceso judicial— se limita por ahora a una función meramente asistencial, el alcance de estos sistemas se amplía en mayor medida en materia de ODR, donde ya es posible observar modelos dirigidos al desarrollo de funciones decisorias en el ámbito de la negociación electrónica y que representan el precedente y el paradigma de la inteligencia artificial en el marco de los ODR, es decir, la sustitución de las funciones atribuidas a mediadores y árbitros profesionales por sistemas automatizados sin intervención humana para la resolución de controversias²⁷.

Así pues, contamos ya con un tipo de negociación electrónica denominada “negociación automatizada”, basada en un procedimiento de subasta a ciegas o “*blind-bidding*” aplicable a conflictos relacionados con reclamaciones económicas en el que cada una de las partes propone sucesivas ofertas secretas por las que estaría dispuesta a solucionar el litigio sin conocer, por tanto, las ofertas propuestas por la parte contraria. De este modo, cuando el sistema detecta a través de los algoritmos que ambas ofertas se hallan dentro de un determinado rango o franja que se estima aceptable para poder alcanzar un posible acuerdo, se lleva a cabo un cálculo de la media de aquellas y el litigio finaliza con una transacción que representa el punto medio de ambas. Todo ello conecta, por tanto, con la regulación que analizamos con anterioridad contenida en el Real Decreto 980/2013 acerca del procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. En este sentido, cabe destacar como ejemplos de sistemas de negociación automatizada *Cybersettle*, orientada a la negociación de reclamaciones dinerarias de cualquier tipo, y *Clicknsettle*, vinculada a la negociación en materia de litigios bancarios y de seguros. No obstante, existe otro tipo de negociación electrónica que recibe el nombre de “negociación asistida” en la que el sitio web ofrece a las partes una plataforma de comunicación en la que se contiene además todo tipo de informaciones, pasos y consejos para ayudar a los individuos a realizar transacciones sin ninguna clase de intervención humana, únicamente a través de un *software*. Este tipo de negociación posibilita cualquier modalidad transaccional no necesariamente vinculada a una reclamación económica, sino que se ha

²⁶ En esta materia, ver CASTILLEJO MANZANARES, R., “Las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial como retos post-covid19”, *op. cit.*, págs. 21-24; y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Prueba e inteligencia artificial ¿buen maridaje?”, en *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 496 y ss.

²⁷ En esta línea, véase MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (Covid-19)”, *op. cit.*, pág. 11.

demostrado especialmente útil y habitual en materia de consumo. A este respecto, destaca, por un lado, el sistema *Smartsettle*, un programa inteligente que ofrece el soporte para llevar a cabo una negociación entre las partes implicadas en una controversia a través del análisis, gestión y optimización de las posiciones planteadas por los sujetos con el fin de hacer una selección de aquellas propuestas de solución que mayor satisfacción generan para ambas partes en conflicto. Por otro lado, puede igualmente mencionarse el sistema *Modria*, un *software* inicialmente destinado para auxiliar a *Ebay* y *PayPal* en la resolución de reclamaciones por medio de computadoras sin tener que recurrir a un representante, pero actualmente orientado a la solución financiera de litigios a través del desarrollo de un “módulo de diagnóstico” que actúa en primer lugar almacenando información relevante, y de un “módulo de negociación” que sintetiza los ámbitos de acuerdo y desacuerdo, y propone soluciones para resolver la controversia. En caso de no alcanzar un acuerdo, se pasaría a un tercer “módulo de mediación” con intervención humana de un tercero neutral, y finalmente, en el supuesto de que esto último resultara infructuoso, se recurriría al arbitraje²⁸.

4. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ADR Y GÉNERO: ¿JUSTICIA UTÓPICA O DISTÓPICA?

Una vez examinadas algunas de las principales aplicaciones que los sistemas de inteligencia artificial pueden desplegar en el ámbito judicial, así como el alcance —en cierto grado, mayor— que actualmente tienen en materia de ODR, el debate que surge a continuación no puede ser otro que el relativo al planteamiento de los retos que se presentan al hablar del binomio entre inteligencia artificial y justicia. Todo ello porque anudar estos dos términos supone no solo traer a colación las clásicas cuestiones de carácter ético y moral, sino cuestionar la posible afectación de derechos y libertades fundamentales y, por tanto, la posible discriminación y estigmatización de las personas con la consiguiente ampliación de la brecha de la desigualdad social, lo que conecta de lleno con el propósito del presente trabajo y que pasamos a abordar a continuación²⁹.

4.1. El funcionamiento de los algoritmos

No obstante, antes de seguir adelante, adviértase que dicho planteamiento encierra en realidad un debate más amplio, a saber, qué hay detrás de la inteligencia artificial, es decir, qué significa realmente hablar de inteligencia artificial. Lejos de ser una cuestión fútil, debe reflexionarse en torno a los mitos y falsas creencias que se esconden en relación con esta materia. En verdad, la inteligencia artificial no es aquello que la ciencia ficción ha tratado de “vendernos”, no es un robot cuyo único propósito es rebelarse en contra de

²⁸ Ver MONTESINOS GARCÍA, A., “Inteligencia Artificial y ODR”, *op. cit.*, págs. 515-519; y MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (Covid-19)”, *op. cit.*, pp. 12-13.

²⁹ Sobre la dicotomía entre las ventajas y funcionalidades de la inteligencia artificial, por un lado, y los riesgos que plantea en materia de ética y vulneración de derechos, por otro, se pronuncia MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Justicia e Inteligencia Artificial sin género”, *op. cit.*, pág. 209.

la humanidad e intentar que desaparezca de la faz de la Tierra. En definitiva, no es *The Terminator*. Volvamos, entonces, sobre la definición de inteligencia artificial. A pesar de que, como señalamos, no existe una concepción unánime al respecto, un sistema de inteligencia artificial se nutre principalmente de datos y algoritmos para analizar su entorno y emprender un conjunto de acciones en orden a alcanzar objetivos específicos, ya sea realizar recomendaciones, predicciones, o incluso, tomar decisiones. De este modo, los sistemas de inteligencia artificial pueden consistir en un *software* o programa informático, verbigracia, asistentes de voz, motores de búsqueda o sistemas de reconocimiento, o bien, integrarse en un dispositivo de *hardware* como, por ejemplo, drones o aplicaciones del “Internet de las cosas”³⁰.

Así pues, a pesar de que los sistemas de inteligencia artificial disponen de autonomía para actuar a partir de su percepción del entorno, tanto su comportamiento como sus objetivos se hallan definidos, programados y delimitados por las personas con carácter previo, es decir, su actuación se basa en una serie de premisas lógicas que han sido proporcionadas por el ser humano. De este modo, hablamos de modelos matemáticos cuyo único punto de similitud con la mente humana es su capacidad de cálculo, no pudiendo, por el contrario, introducir autónomamente nuevas variables ni interpretar conceptos complejos, es decir, capacidad de cálculo sí —y mucho mayor—, pero aún no tienen conciencia³¹.

Así las cosas, un sistema de inteligencia artificial, entendido en sus propios términos, sería en puridad una máquina que pudiera pensar por sí misma, aun cuando se enfrentara a una situación nueva o desconocida, es decir, no solo que pudiera analizar datos e informaciones, sino que pudiera imitar la intuición humana. Sin embargo, los algoritmos de los que se nutren estos sistemas únicamente representan “*un conjunto finito de reglas/comandos, generalmente en la forma de una lógica matemática, que permite obtener un resultado a partir de elementos de entrada*”³², algo semejante, por tanto, a un conjunto de instrucciones dadas que pueden seguirse con el objetivo de resolver un problema, es decir, operaciones mecánicas, al fin y al cabo. De este modo, un sistema nutrido de algoritmos no es en sí mismo inteligente, ya que únicamente desarrolla las operaciones que se contienen en tales algoritmos de un modo mecánico sin recabar en la actuación que realmente se está desarrollando. Esta afirmación requiere, empero, ser

³⁰ Compartimos, en este sentido, el parecer de BORGES BLÁZQUEZ, R., “El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal”, *IUS ET SCIENTIA*, vol. 6, núm. 2, 2020, págs. 55-56, quien se refiere a la inteligencia artificial como una mezcla de eufemismo, en tanto en cuanto más que inteligencia debería denominarse “*sistema para el tratamiento y análisis automático de información*”, pero ello, claramente, no resulta atractivo; y desiderátum porque, en verdad, la voluntad es pretender que sean realmente sistemas “*inteligentes*” que puedan desarrollar o imitar procesos cognitivos de la misma manera que el ser humano.

³¹ *Ídem*. Véase también DE HOYOS SANCHO, M., “Premisas y finalidades del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: perspectiva procesal del nuevo marco regulador”, *op. cit.*, págs. 130-131.

³² En estos mismos términos se expresa Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights*, 2019, pág. 24. Disponible en <https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64> (Fecha de última consulta 19 de marzo de 2022).

matizada en la medida en que existen algoritmos más avanzados, los algoritmos de aprendizaje o lo que generalmente se conoce como *machine learning*, que permite al sistema informático aprender de sus propias experiencias y resolver problemas complejos. Se trata de un algoritmo que es capaz de crear otros nuevos a través de la identificación de patrones y similitudes que ya se contienen en la base de datos, con lo que puede modificarse a sí mismo con el objetivo de adaptarse a los nuevos datos que procesa y resolver problemas por su propia cuenta. Así pues, cuanto mayor es la información de la que se alimentan, mayor es su autonomía³³.

4.2. Sesgos y discriminación algorítmica

En este orden de cosas, si por algo suscita interés la tecnología *machine learning* es porque dichos algoritmos de aprendizaje son más eficaces, pero su funcionamiento también es mucho más complejo y, por ende, absolutamente incomprensible para el razonamiento humano, lo que impide dar legitimidad a las decisiones que adoptan. En este sentido, esta clase de algoritmos predicen, pero en ningún caso ofrecen una explicación motivada de las razones que les han conducido a adoptar una decisión y no otra, es decir, pueden reorganizar sus propias variables e incluso pueden hallar relaciones entre el resultado final que se pretende medir y otra serie de datos como, por ejemplo, la edad, la nacionalidad, las creencias religiosas, la ideología o el género, llegando incluso a hacer uso de ellos sin haberlos solicitado, por lo que no generan cadenas de causalidad, sino más bien correlaciones entre los datos que procesan. En otras palabras, nos encontramos ante lo que se conoce como el “sesgo” de los algoritmos, y ello porque ha de advertirse que los algoritmos pueden emplear datos sensibles como los previamente mencionados sin haberse proporcionado de manera directa al sistema, lo que se conoce como “datos inferidos”³⁴. Así pues, este escenario refleja la distopía en la que el ser humano pierde el control sobre el sistema y es imposible, por tanto, saber a ciencia cierta por qué la máquina ha tomado una determinada decisión y no otra y, en definitiva, poder hallar una explicación al resultado que ha arrojado³⁵.

En este sentido, conviene detenerse en la diferenciación entre las dos principales clases de sesgos que pueden observarse en los algoritmos, a saber, por un lado, los sesgos en los datos de entrenamiento y, por otro, los sesgos por una distribución desigual real de las variables. En cuanto a los primeros, nos referimos a los datos de muestra a través de los cuales los algoritmos de aprendizaje o *machine learning* crean nuevos algoritmos mediante la identificación de patrones que se contienen en dicha base de datos de entrenamiento, por lo que van aprendiendo sucesivamente con nuevos datos y ejemplos. En este caso, el riesgo de sesgo puede venir determinado por tres factores, perpetuándose

³³ En este sentido, ver CASTILLEJO MANZANARES, R., “Las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial como retos post-covid19”, *op. cit.*, pág. 7.

³⁴ Sobre esta cuestión, ver PÉREZ ESTRADA, M. J., “El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías”, *op. cit.*, págs. 239-240.

³⁵ De esta opinión se muestra BORGES BLÁZQUEZ, R., “El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal”, *op. cit.*, pág. 59.

además debido al autoaprendizaje del algoritmo. Dichos factores son (i) que el programador proporcione directamente al sistema datos erróneamente calificados, por lo que el aprendizaje nace ya viciado; (ii) que la muestra de datos de entrenamiento inicial constituya un muestreo no representativo, con lo que se reduce su validez y aumenta la probabilidad de fallo en la interpretación de los resultados; y, finalmente, (iii) que los parámetros de aprendizaje se lleven a cabo sobre intervalos temporales limitados. De este modo, el desconocimiento de tales consideraciones puede conducir a perpetuar la discriminación algorítmica respecto de los grupos menos representados, llegando incluso a vulnerar derechos fundamentales. De ahí, la necesidad de exigir la publicidad de los algoritmos, así como la posibilidad de desarrollar evaluaciones técnicas con el fin de cuestionar sus resultados en el marco del proceso penal como ejercicio del derecho de defensa en orden a eliminar de forma efectiva cualquier tipo de sesgo. En segundo lugar, los sesgos por una distribución desigual real de las variables se refieren a factores, en apariencia, neutrales que son recogidos por el sistema y que no guardan relación con el actuar particular de la persona en cuestión, sino más bien con el actuar pasado de aquellos con los que comparte edad, género, etnia, etc., es decir, caracteres que pueden calificarse como inmutables en tanto en cuanto el sujeto no puede renunciar a ellos. Sobre esta cuestión surge, por tanto, el interrogante acerca de si convendría retirar este tipo de variables de los sistemas orientados a la valoración del riesgo en la medida en que, por un lado, se consideran necesarias para llevar a cabo una predicción exacta y válida, pero por otro, su utilización parece ir en contra de la exigencia de equidad, también necesaria³⁶.

El ejemplo paradigmático en el que el riesgo de sesgo dentro de los algoritmos predictivos puede verse plasmado en la práctica es el sistema COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), al que se hizo referencia con anterioridad en párrafos previos, a propósito de la sentencia del caso *State v. Loomis* del Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin, de 13 de julio de 2016. Se trata de un sistema de inteligencia artificial creado por la empresa Northpointe que está siendo empleado en Estados Unidos en materia de reincidencia delictiva a través de un algoritmo no público y protegido por derechos de propiedad intelectual que es capaz de predecir el riesgo de que una persona cometa en el futuro un hecho delictivo, para lo cual tiene en cuenta información tan dispar como el círculo social en el que se mueve dicha persona, el nivel de estudios, dedicación profesional o sus antecedentes delictivos. De este modo, su aplicación sirve para ayudar al juzgador a determinar no solo la adopción de medidas cautelares como la prisión provisional, sino también la sanción penal a imponer. Así pues, dicho sistema ya se ha puesto en práctica en los órganos jurisdiccionales estadounidenses en un asunto que fue conocido por el Tribunal Supremo de Wisconsin, el cual impuso una condena de pena privativa de libertad al que se consideró autor de cinco delitos en relación con un tiroteo efectuado desde un vehículo, basándose para ello en pruebas entre las que se incluyó como indicio el resultado obtenido por este sistema de inteligencia artificial, cuyo algoritmo indicó que existía un riesgo elevado de reincidencia delictiva por parte

³⁶ En esta línea se expresa MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 20, 2018, pág. 122-125.

del sospechoso. Pero lo más llamativo es que el Tribunal Supremo Federal ratificó el fallo confirmando la primera resolución y desestimando el argumento esgrimido por la defensa de que se trataba de un sistema que no contaba con una transparencia adecuada, ya que el creador del algoritmo se negaba a revelar el mismo aduciendo derechos de propiedad intelectual y, por tanto, rechazando que el uso de dicho sistema hubiera vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías³⁷.

No obstante, y a pesar del riesgo existente respecto de la posible vulneración de derechos y garantías procesales, tras la utilización de dicho sistema se demostró que el algoritmo había actuado de forma sesgada, concluyendo que variaba la atribución del riesgo de reincidencia delictiva haciendo discriminaciones por motivos raciales, es decir, el algoritmo arrojaba una puntuación mayor en el riesgo de reincidencia a personas negras que a personas blancas. En definitiva, el sistema parecía realizar una discriminación de forma sistemática en relación con un grupo de población, de ahí el cuestionamiento de su equidad³⁸.

En este orden de cosas, puede deducirse fácilmente que si los algoritmos de aprendizaje empleados en sistemas orientados a la justicia predictiva se basan en el conjunto de datos de entrenamiento a partir de los cuales elaboran modelos y realizan predicciones —datos que, recordemos, son suministrados por el ser humano—, el algoritmo no solo utilizará y reproducirá dichos datos sesgados, en la medida en que representan un reflejo fiel de nuestro mundo y, por tanto, también de nuestros propios prejuicios, sino que igualmente proyectará los datos del pasado en el futuro, es decir, las predicciones se realizarán teniendo en cuenta los antecedentes que obran en las bases de datos, tendiendo por ende a reproducir desigualdades y discriminaciones pasadas. Así pues, al utilizar datos históricos para entrenar a los sistemas de aprendizaje automático, los algoritmos no solo actuarían con los mismos sesgos que las personas, es decir, reafirmando los sesgos estructurales existentes en la sociedad, sino que podrían amplificarlos debido a la técnica y metodología que caracteriza su funcionamiento. En este sentido, desde las propias ciencias de la computación se ha cuestionado la capacidad del aprendizaje automático para el desarrollo de funciones predictivas sin riesgo de que se produzcan discriminaciones de grupos vulnerables. Es más, todo parece indicar que el sesgo del ser humano podría no solo perpetuarse en el tiempo por esa mirada al pasado de la que

³⁷ Sobre esta cuestión, ver MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v Loomis*”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 20, 2018, págs. 490-491; NIEVA FENOLL, J., “Prueba científica. Cuestiones de futuro: neurociencia e inteligencia artificial”, en AA. VV., *La prueba en el proceso*, Barcelona, Atelier, 2018, págs. 489-490; BORGES BLÁZQUEZ, R., “La inteligencia artificial en el proceso penal y el ¿regreso? de Lombroso”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 164-169; DE HOYOS SANCHO, M., “Premisas y finalidades del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: perspectiva procesal del nuevo marco regulador”, *op. cit.*, págs. 143-144; y TIerno BARRIOS, S., “La Administración de Justicia bajo el prisma de la inteligencia artificial”, *op. cit.*, pp. 93-94.

³⁸ LARSON, J.; MATTU, S.; KIRCHNER, L.; ANGWIN, J., “Machine bias: There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks”, *ProPublica* [en línea], 23 de mayo de 2016. Disponible en <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (Fecha de consulta 19 de marzo de 2022).

hablamos, sino que podría incluso incrementarse. Todo ello porque, si bien es cierto que objetivamente la información proporcionada por un algoritmo no está sesgada por prejuicios inconscientes presentes en el ser humano, es decir, no tiene sesgos personales (de clase, raciales o de género) —carece, por tanto, de creencias y sesgos propios—, sí tiene, en cambio, “sesgos sistémicos” en tanto en cuanto incorporan, perpetúan e incrementan las discriminaciones existentes de manera estructural en el sistema en el que actúan y del cual se nutren ya que, como se ha tenido oportunidad de señalar con anterioridad, el resultado arrojado por el algoritmo como consecuencia del tratamiento automatizado de datos sí puede incorporar sesgos que, bien ya se contenían en los mismos datos analizados —procedentes, por ende, de una acción humana previa en el momento de elaborarlos—, bien han sido introducidos por el programador de un modo consciente o inconsciente. En esta línea, pensar en una inteligencia artificial imparcial representa por el momento una utopía debido al poder de reproducción que tiene el mundo digital capaz de amplificar reglas discriminatorias preexistentes en la sociedad, y ello porque el problema no estriba en los datos, que son neutros técnica y estadísticamente hablando, sino en la propia sociedad que es donde observamos situaciones desiguales y discriminatorias³⁹.

A ello debe sumarse el riesgo que plantea la alta dosis de confianza que generalmente se deposita en las máquinas y en los resultados ofrecidos en la medida en que existe una percepción de notas de objetividad y fiabilidad de las que no dispone el ser humano a la hora de tomar decisiones por cuanto el sistema no adolece de sesgos subjetivos, lo que conduce a confiar sin mayor género de duda en la decisión adoptada por el sistema, o bien a llevar a cabo dicha actuación por el ser humano de una manera mucho más cómoda y relajada si su intuición es ratificada y corroborada por el sistema de inteligencia artificial. Todo lo cual supone, en definitiva, una perpetuación de los “sesgos sistémicos” de la máquina en lo que se conoce como “sesgo de anclaje”, es decir, dada esa confianza *ciega* que se tiene en la capacidad de la herramienta para ofrecer resultados de un modo objetivo puede llevar al operador jurídico —véase, verbigracia, el juez en marco de un proceso penal siguiendo el supuesto descrito en el asunto *State v. Loomis*— a elaborar su razonamiento jurídico sobre la base del resultado arrojado por el algoritmo, y ello de

³⁹ De esta opinión se muestran MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *op. cit.*, pág. 40; BORGES BLÁZQUEZ, R., “El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal”, *op. cit.*, págs. 65-66; MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v. Loomis*”, *op. cit.*, págs. 496-497; GUZMÁN FLUJA, V. C., “Automated Justice. La preocupante tendencia hacia la justicia penal automatizada”, en *Derecho Procesal: retos y transformaciones*, (dir. Bujosa Vadell, L. M.; coords. González Pulido, I., Reifarth Muñoz, W.), Barcelona, Atelier, 2021, pág. 371; RAMOS MARTÍNEZ, P.C., “¿Discriminación 4.0? La inteligencia artificial frente a los derechos humanos y la igualdad de género”, en *FODERTICS 9.0. Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, (dir. Bueno de Mata, F.; coord. González Pulido, I.), Granada, Comares, 2021, pág. 327; y LAZCOZ MORATINO, G., “Modelos algorítmicos, sesgos y discriminación”, en *FODERTICS 9.0. Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, (dir. Bueno de Mata, F.; coord. González Pulido, I.), Granada, Comares, 2021, pág. 296.

forma inconsciente, por lo que intentará ajustar su propia valoración del resto de circunstancias concurrentes a dicho resultado⁴⁰.

En este sentido, trasladando este escenario que hemos descrito a la resolución extrajudicial de conflictos a través de los ODR, dado el mayor alcance que la inteligencia artificial puede desplegar en este ámbito, debe desecharse cualquier posibilidad que permitiera el recurso a un sistema que condujera a la discriminación de una de las partes intervinientes en el procedimiento, ya fuese a título individual, o bien como sujeto perteneciente a algún colectivo vulnerable. En otras palabras, no podría emplearse un sistema de inteligencia artificial en el marco de un procedimiento de ODR que permitiera crear perfiles marginales o excluyentes. En este sentido, se ha de garantizar el debido respeto de la exigencia de no discriminación con el fin de impedir la existencia de sesgos que pudieran frustrar el correcto y adecuado desarrollo del procedimiento, así como conducir a un resultado injusto, para lo que se hace necesario el control de los datos utilizados por los sistemas de inteligencia artificial. De este modo, en materia de ODR, serían las propias partes implicadas en el litigio quienes fueran responsables de comprobar a través de profesionales del sistema de justicia, con arreglo a códigos deontológicos y principios que determinan el adecuado uso de la inteligencia artificial en el ámbito judicial, que el sistema y el algoritmo empleado no actúa de manera sesgada y discriminatoria⁴¹.

En esta línea, la actuación sesgada por parte de los algoritmos va en contra de uno de los requisitos que se considera imprescindible para lograr una inteligencia artificial fiable como es la diversidad, pero del mismo modo, la no discriminación y la equidad a la que previamente hacíamos referencia⁴².

No obstante, si admitimos como punto de partida que los sesgos siempre van a existir, con o sin inteligencia artificial, dado que los estereotipos y prejuicios son inherentes al ser humano y, por tanto, a cualquier actividad económica y social, podría emplearse la inteligencia artificial como un instrumento orientado precisamente a la identificación de

⁴⁰ De este modo lo argumentan MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v Loomis*”, *op. cit.*, pág. 496; y GUZMÁN FLUJA, V. C., “Automated Justice. La preocupante tendencia hacia la justicia penal automatizada”, *op. cit.*, pág. 371.

⁴¹ De este parecer se muestra MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (Covid-19)”, *op. cit.*, págs. 10 y 17. Sobre esta cuestión, debe traerse a colación los cinco grandes principios que establece la *Carta Ética Europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, aprobada por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa en 2018: (i) el respeto de los derechos fundamentales; (ii) la no discriminación; (iii) la calidad y seguridad; (iv) la transparencia, imparcialidad y justicia; y (v) el control del usuario. Disponible en <https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf> (Fecha de consulta 19 de marzo de 2022).

⁴² Dicho requisito, entre un total de siete, puede verse contemplado en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones* “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano” [COM(2019) 168 final], pág. 4. Disponible en

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168&from=ES> (Fecha de última consulta 19 de marzo de 2022).

dichos sesgos con el fin de corregirlos, o incluso, eliminarlos. De este modo, nos estamos refiriendo a la posibilidad de introducir voluntariamente, y de forma directa, en el sistema de inteligencia artificial un conjunto determinado de sesgos —sesgos estadísticos— a través de los cuales poder corregir las posibles discriminaciones algorítmicas que otros sesgos pudieran producir —sesgos sociales—, es decir, obligando al algoritmo a considerar de manera expresa determinadas variables, como pudiera ser el género o la raza. El problema asociado a dicha práctica sería, empero, que a través de los sesgos introducidos en el sistema de forma directa y consciente para corregir las discriminaciones algorítmicas que, en su caso, pudieran producirse sobre categorías preestablecidas (sexo, género, raza, etnia, etc.), los algoritmos de aprendizaje automático crearan nuevos sesgos sobre categorías actualmente no contempladas —sobre las que la legislación (el Derecho antidiscriminatorio) no ampara una posible discriminación indirecta⁴³— que deberían de nuevo ser identificados y corregidos, con el riesgo de crear, por tanto, nuevos colectivos de población vulnerable⁴⁴.

4.3. Sesgo de género y acceso igualitario a la justicia

Una vez admitido el hecho de que los sistemas de inteligencia artificial pueden efectivamente —y, de hecho, así lo hacen—, tal como se ha tenido oportunidad de señalar, reproducir los mismos sesgos que existen en la sociedad, igualmente reflejarán los estereotipos de género, pues ninguna herramienta puede por sí misma cambiar los prejuicios y desigualdades presentes. Conviene tener en cuenta que aquellas lógicas de carácter opresivo que se reproducen no solo en las relaciones sociales, sino también en las jurídicas, van a permear cualquier programa informático en la medida en que la inteligencia artificial se nutre de los mismos sesgos ya preexistentes en la sociedad⁴⁵.

A partir de esta premisa, debemos poner de manifiesto, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico —el Derecho como institución neutral que debiera ser— no es en modo alguno ajeno a los estereotipos de género y, por tanto, tampoco el proceso judicial. Pensemos que el Derecho es naturalmente contextual y, como construcción social que es, refleja las mismas lógicas de carácter opresivo que estructuran la vida social. Es por ello por lo que pueden identificarse normas en las que el sujeto adoptado como modelo de comportamiento y referente político-jurídico para su interpretación y posterior aplicación

⁴³ Véase, en este sentido, el artículo 2.2 b) de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico («DOUE» L 180/22, de 19 de julio de 2000), que prevé que existirá discriminación indirecta “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”.

⁴⁴ De esta opinión se muestran CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “Inteligencia artificial y acceso a la justicia de la población migrante”, en *El impacto de las tecnologías disruptivas en el Derecho Procesal*, (dir. Bueno de Mata, F.), Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2022, págs. 80-81; y LAZCOZ MORATINO, G., “Modelos algorítmicos, sesgos y discriminación”, *op. cit.*, págs. 289-291.

⁴⁵ SORIANO ARNANZ, A.; SIMÓ SOLER, E., “Machine learning Derecho: aprendiendo la (des)igualdad”, *op. cit.*, pág. 184.

ha sido el varón, cisgénero, heterosexual, blanco, con recursos económicos y sin discapacidad. De este modo, la exclusión en los ámbitos de promulgación y aplicación de las leyes de todos aquellos colectivos que no respondieran a dicho perfil por razones de género, diversidad sexual o racial, ha conducido a cuestionar las tradicionales notas de universalidad, objetividad y racionalidad que caracterizan el Derecho, siendo susceptible de ofrecer respuestas sesgadas. Así pues, los prejuicios y estereotipos de género, en particular, han sido heredados de legislaciones sucesivas sin aplicación de una perspectiva de género. En el mismo sentido, el diseño de las instituciones jurídico-procesales se ha configurado sobre la base de que el hombre era el único protagonista de los conflictos cuya resolución se sometía ante aquellas, por lo que las singularidades de la mujer han permanecido ajenas a dicha configuración y diseño. Todo ello ha conducido a la creación de un sistema judicial androcéntrico que resuelve los litigios desde una visión patriarcal y estereotipada que, en definitiva, limita y pone trabas al ejercicio del derecho de acceso a la justicia por parte de la mujer, de ahí que uno de los retos y desafíos del modelo de justicia del siglo XXI sea precisamente su feminización⁴⁶.

Es por esta razón por la que se entiende absoluta y completamente necesaria la formación en perspectiva de género de todos los operadores jurídicos con el objetivo de eliminar todos los estereotipos, prejuicios y sesgos que impiden obtener la tutela pretendida por parte de las mujeres. Nos referimos, por tanto, a la perspectiva de género como discurso jurídico basado en la igualdad que pretende la deconstrucción de lo jurídico, así como de la norma y, en general, de cualquier visión masculinizada y ajena a la realidad de la mujer. La perspectiva de género, como tal, constituye *“un proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros”*⁴⁷. En este sentido, las normas deben ser interpretadas, por tanto, con perspectiva de género. Esto es, razonar con arreglo a una lógica que no es la que se corresponde con épocas pasadas, sino con aquella que resulte útil para eliminar los obstáculos que dificulten la igualdad efectiva. Así pues, la aplicación de la perspectiva de género se produce cuando el juzgador tiene la capacidad de detectar singularidades

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 191-192. Véase también MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Análisis de la justicia ‘procesal’ desde la perspectiva de género”, *op. cit.*, págs. 16-17. Sobre la feminización de la justicia puede consultarse BARONA VILAR, S., “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia”, en AA. VV., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 32.

⁴⁷ En estos términos se define la perspectiva de género en las *Conclusiones convenidas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 1997*, texto disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/205/53/IMG/N0020553.pdf?OpenElement> (Fecha de consulta 19 de marzo de 2022).

propias de las mujeres generadas en el marco del sistema heteropatriarcal y, una vez detectadas dichas particularidades, interpreta y aplica la ley⁴⁸.

Es en este contexto de concepción jerarquizada y adversarial del Derecho y del sistema judicial, fuertemente influenciados por esa visión androcéntrica que mencionábamos con anterioridad, donde debemos situar la existencia de otras fórmulas distintas del tradicional cauce jurisdiccional para la solución de las controversias que se presentan como vías adecuadas para dar respuesta a las críticas planteadas y para mejorar el acceso a la justicia de la mujer en la medida en que el recurso a las mismas evita el temible fenómeno de la victimización secundaria, toma en consideración sus intereses y necesidades reales, y promueve su autonomía y capacidad de decisión y, en definitiva, su empoderamiento. Estamos haciendo referencia a los medios alternativos de resolución de conflictos o ADR entre los que la mediación como sistema autocompositivo ha sido concebido por una parte de la doctrina especializada anglosajona, en el marco del pensamiento feminista del Derecho, como una manifestación de la necesaria feminización de la justicia, amén por parte de otras voces como una respuesta feminista al modelo de justicia patriarcal y androcéntrico⁴⁹. Todo ello, atendiendo a su capacidad para ofrecer un mayor protagonismo y participación a las partes en la solución del conflicto en el marco de un margen amplio de flexibilidad a través de una técnica fundamental como es el diálogo desde el ejercicio mismo de la libertad⁵⁰.

En este orden de cosas, si la perspectiva de género deviene un elemento indispensable a integrar dentro de la función jurisdiccional, va de suyo que también deberá aplicarse en el uso de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito de la justicia. De este modo, el Derecho, a pesar de ser un producto contextual que se ha visto permeado por las estructuras de opresión existentes en la sociedad, puede efectivamente constituir un instrumento de transformación social al visibilizar, reconocer y reparar los efectos perjudiciales de las normas a colectivos vulnerables a través de un enfoque interseccional que tuviera en cuenta dichos factores de vulnerabilidad, verbigracia, la incorporación de una perspectiva de género como elemento corrector en el acceso a la justicia de las mujeres. Si ello es así, el mismo planteamiento puede trasladarse a los sistemas de inteligencia artificial —con aplicación también, como hemos visto, en los sistemas ODR— en la medida en que también pueden llegar a convertirse en instrumentos capaces de coadyuvar a un mejor acceso a la justicia, dando visibilidad a realidades injustas y permitiendo denunciar aquellas dinámicas que lesionan derechos, de ahí la necesaria

⁴⁸ En este sentido, ver BORGES BLÁZQUE, R., “Inteligencia artificial y perspectiva de género: programar, investigar y juzgar con *filtro morado*”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 55, 2021, págs. 24 y 29; y MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Justicia e Inteligencia Artificial sin género”, *op. cit.*, pág. 221.

⁴⁹ En esta línea se pronuncia HERNÁNDEZ MOURA, B., “Una lectura feminista desde la búsqueda de soluciones dialogadas en el proceso”, en *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, (dirs. Etxebarria Estankona, K., Ordeñana Gezuraga, I., Otazua Zabala, G.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 236 y 238.

⁵⁰ GONZÁLEZ CANO, M. I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, (coords. Soleto Muñoz, H., Otero Parga, M.), Madrid, Tecnos, 2007, págs. 137-141.

incorporación de la perspectiva de género también en el ámbito de la tecnología disruptiva como es la inteligencia artificial⁵¹.

5. EPÍLOGO: LA AMBIVALENCIA COMO FINAL ABIERTO

La inteligencia artificial y los medios alternativos de resolución de conflictos se han convertido en los dos grandes ejes sobre los que vertebrar un nuevo modelo de justicia más eficiente. La eficiencia procesal y la eficiencia digital se han erigido, por tanto, en la hoja de ruta a seguir para alcanzar un Servicio Público de Justicia de calidad y contribuir a paliar los males que desde hace varios lustros viene sufriendo la Administración de Justicia. En este sentido, ambos instrumentos se presentan como elementos transformadores, dando respuesta a las demandas de agilidad y eficacia que plantean los ciudadanos en relación con la solución de los conflictos y, por ende, dirigidos a promover un mejor acceso a la justicia. Ello entra en conexión de forma indiscutible con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en concreto, con uno de sus objetivos específicos, cual es el ODS número 16 sobre “*Paz, Justicia e Instituciones Sólidas*” que persigue la promoción del Estado de Derecho y el acceso igualitario a la justicia.

Así pues, la inteligencia artificial representa ya una realidad en numerosos ámbitos de la vida diaria, habiendo conducido a la obtención de grandes avances sociales, e igualmente también lo es en materia de justicia, e incluso en la esfera de la resolución extrajudicial de conflictos. De hecho, algunas de sus aplicaciones más destacadas —desarrolladas por el momento tanto a nivel internacional como en el plano interno a través de la puesta en marcha de algunos sistemas pioneros—, desde la detección de riesgos y la prevención de comisión de hechos delictivos en el marco de la justicia predictiva hasta la obtención de acuerdos en el ámbito de los ODR, demuestran ampliamente las facilidades y ventajas que su empleo puede conllevar en el ámbito judicial.

Frente a ello, empero, surge el interrogante relativo a la compatibilidad de los sistemas de inteligencia artificial con el respeto de los derechos humanos y los derechos y libertades fundamentales, en concreto, con el derecho de acceso a la justicia y, más específicamente, con su ejercicio por parte de la mujer en condiciones de igualdad. En este orden de cosas, dada la especial trascendencia que ostenta el derecho de acceso a la justicia, el objetivo que planteamos en este trabajo fue el de determinar la posible virtualidad de esta tecnología para contribuir de forma efectiva a mejorar el ejercicio de aquel derecho y contribuir a la consecución del desiderátum de la igualdad de género, o

⁵¹ Sobre esta cuestión se pronuncian SORIANO ARNANZ, A.; SIMÓ SOLER, E., “Machine learning Derecho: aprendiendo la (des)igualdad”, *op. cit.*, págs. 193 y 203; y CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “Inteligencia artificial y acceso a la justicia de la población migrante”, *op. cit.*, págs. 95 y ss, quien defiende que la inteligencia artificial puede constituir un instrumento con potencialidad para mejorar el derecho de acceso a la justicia —en particular, de la población migrante— contribuyendo con ello a alcanzar una mayor efectividad en lo que concierne al cumplimiento de los derechos humanos, para lo que de forma muy ilustrada hace referencia a algunas de las posibles aplicaciones que dicha tecnología podría llegar a tener en este ámbito, por ejemplo y en conexión con nuestro trabajo, la promoción de la protección de mujeres migrantes de violencia de género.

si, por el contrario, concluir que únicamente constituye un instrumento que abre la puerta a amplificar las desigualdades sociales, generando mayores brechas de desigualdad y de género, es decir, analizar si con ello nos encontramos ante una justicia utópica o distópica.

La clave a dicha cuestión radica esencialmente en uno de los principales riesgos que se atribuye a la inteligencia artificial, cual es la existencia de sesgos en la toma de decisiones y la posibilidad de realizar discriminaciones algorítmicas en la medida en que la utilización de dichos sistemas ha demostrado que los algoritmos reflejan la realidad humana y, por tanto, también los estereotipos y prejuicios que existen en la sociedad incluidos, por supuesto, los de género.

En este sentido, la transgresión del principio de igualdad y no discriminación consagrado no solo en nuestro texto constitucional, sino ampliamente reconocido también a nivel supranacional, así como la limitación del ejercicio del derecho de acceso a la justicia no es una opción. Sin embargo, de la misma forma que el Derecho constituye una construcción social y refleja las mismas lógicas de carácter opresivo que estructuran la vida social, pero con la necesaria incorporación de una perspectiva de género como elemento corrector en el acceso a la justicia de las mujeres representa un instrumento de transformación social al visibilizar, reconocer y reparar efectos perjudiciales de las normas; pensamos que la inteligencia artificial, dada sus capacidades técnicas, ostenta asimismo una naturaleza ambivalente para favorecer un mejor acceso a la justicia por parte de los colectivos vulnerables, promover la exigencia del efectivo cumplimiento de los derechos y evitar que las posibles vulneraciones de los mismos queden impunes. De este modo, puede constituir un instrumento con virtualidad para eliminar los obstáculos que dificultan el acceso igualitario a la justicia por parte de la mujer contribuyendo, por tanto, a hacer realidad el desiderátum que representa la igualdad de género en conexión con el ODS número 5 de la Agenda 2030.

Ello requerirá, no obstante, un arduo esfuerzo que pasa por una necesaria y exquisita regulación que asegure no solo la formación en perspectiva de género de todos los operadores que intervengan en el proceso de utilización de cualquier sistema de inteligencia artificial con el fin de corregir toda desviación, sesgo o discriminación que pudiera implicar la restricción del acceso a la justicia por parte de la mujer —lo que, desde luego, exige supervisión humana—, sino que igualmente garantice la transparencia de los algoritmos en orden a evitar una vulneración de los derechos fundamentales, así como la responsabilidad por el empleo y los resultados del sistema.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION, “Access to Justice Assessment Tool: a guide to analyzing access to justice for civil society organizations”, *American Bar Association Rule of Law Initiative*, 2012.

AÑÓN ROIG, M. J., “El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectivas y alcance”, en *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis*:

- de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, (coord. García-Pascual, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BARONA VILAR, S., “Integración de la mediación en el moderno concepto de ‘Access to Justice’. Luces y sombras en Europa”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2014.
- BARONA VILAR, S., “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia”, en AA. VV., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- BORGES BLÁZQUEZ, R., “El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal”, *IUS ET SCIENTIA*, vol. 6, núm. 2, 2020.
- BORGES BLÁZQUEZ, R., “Inteligencia artificial y perspectiva de género: programar, investigar y juzgar con *filtro morado*”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 55, 2021.
- BORGES BLÁZQUEZ, R., “La inteligencia artificial en el proceso penal y el ¿regreso? de Lombroso”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- BUENO DE MATA, F., “E-justicia: Hacia una nueva forma de entender la justicia”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2010.
- BUENO DE MATA, F., “Mediación electrónica e inteligencia artificial”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2015.
- BUENO DE MATA, F., *Hacia un proceso civil eficiente: transformaciones judiciales en un contexto pandémico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Extrajudicial & Judicial Tech”, en *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos: estudios y diálogos*, (dirs. Calaza López, S., Muínelo Cobo, J. C.; coord. De Prada Rodríguez, M.), Madrid, Iustel, 2021.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B., “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective”, *Buffalo Law Review*, vol. 27, núm. 2, 1978.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “El acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: un reto pendiente para los derechos humanos”, en *Los Derechos Humanos 70 años después de la Declaración Universal*, (dir. Sanz Mulas, N.; coords. Gorjón Barranco, M. C., Nieto Librero, A. B.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “Inteligencia artificial y acceso a la justicia de la población migrante”, en *El impacto de las tecnologías disruptivas en el Derecho Procesal*, (dir. Bueno de Mata, F.), Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2022.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “Las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial como retos post-covid19”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 56, 2022.

- CERRILLO, A., “E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI”, *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 4, 2007.
- DE HOYOS SANCHO, M., “Premisas y finalidades del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: perspectiva procesal del nuevo marco regulador”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- DELGADO MARTÍN, J., “Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia”, *Diario La Ley*, núm. 9781, 2021.
- ESTÉVEZ MENDOZA, E., “Algoritmos policiales basados en IA y derechos fundamentales a la luz de HART y VALCR: garantías *versus* eficacia”, en *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?*, (dirs. Jiménez Conde, F., Bellido Penadés, R.; coords. Llopis Nadal, P., De Luis García, E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- ESTÉVEZ MENDOZA, L., “Prevención e investigación de delitos en España: ¿un nuevo terreno para la IA?”, en *FODERTICS 8. Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, (dir. Bueno de Mata, F.; coord. González Pulido, I.), Granada, Comares, 2020.
- GARCÍA SÁNCHEZ, M. D., “Retos del uso de la inteligencia artificial en el proceso: impugnaciones con fundamentación algorítmica y derecho a la tutela judicial efectiva”, en *FODERTICS 9.0. Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, (dir. Bueno de Mata, F.; coord. González Pulido, I.), Granada, Comares, 2021.
- GIL, P., “La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género”, en AA. VV., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- GONZÁLEZ CANO, M. I., “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, (coords. Soleto Muñoz, H., Otero Parga, M.), Madrid, Tecnos, 2007.
- GUZMÁN FLUJA, V. C., “Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de los conflictos”, en *Justicia civil y penal en la era global*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- GUZMÁN FLUJA, V. C., “Automated Justice. La preocupante tendencia hacia la justicia penal automatizada”, en *Derecho Procesal: retos y transformaciones*, (dir. Bujosa Vadell, L. M.; coords. González Pulido, I., Reifarth Muñoz, W.), Barcelona, Atelier, 2021.
- HERNÁNDEZ MOURA, B., “Una lectura feminista desde la búsqueda de soluciones dialogadas en el proceso”, en *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, (dirs. Etxebarria Estankona, K., Ordeñana Gezuraga, I., Otazua Zabala, G.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

- LAZCOZ MORATINO, G., “Modelos algorítmicos, sesgos y discriminación”, en *FODERTICS 9.0. Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, (dir. Bueno de Mata, F.; coord. González Pulido, I.), Granada, Comares, 2021.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Prueba e inteligencia artificial ¿buen maridaje?”, en *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- MAGRO SERVET, V., “La aplicación de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 9268, 2018.
- MARTÍN DIZ, F., “Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación”, *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 98/99, 2012.
- MARTÍN DIZ, F., “Disecionando la mediación: ¿un futuro en términos electrónicos?”, en *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, (coord. Rodríguez Tirado, A. M.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (Covid-19)”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 2, 2020.
- MARTÍN DIZ, F., “Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020.
- MARTÍN DIZ, F., “Aplicaciones de inteligencia artificial en procesos penales por delitos relacionados con la corrupción”, en *Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos*, (eds. Rodríguez-García, N., Carrizo González-Castell, A., Rodríguez-López, F.; coords. Sánchez Bernal, J., Carrillo del Teso, A. E.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- MARTÍNEZ GARAY, L., “Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v Loomis*”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 20, 2018.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Análisis de la justicia ‘procesal’ desde la perspectiva de género”, en AA. VV., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Justicia e Inteligencia Artificial sin género”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- MIRÓ LLINARES, F., “Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 20, 2018.

- MONTESINOS GARCÍA, A., “Inteligencia Artificial y ODR”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- MONTESINOS GARCÍA, A., “Justicia penal predictiva”, en *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- NIEVA FENOLL, J., “Prueba científica. Cuestiones de futuro: neurociencia e inteligencia artificial”, en AA. VV., *La prueba en el proceso*, Barcelona, Atelier, 2018.
- PÉREZ ESTRADA, M. J., “El uso de algoritmos en el proceso penal y el derecho a un proceso con todas las garantías”, en *Claves de la Justicia Penal. Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- RAMOS MARTÍNEZ, P.C., “¿Discriminación 4.0? La inteligencia artificial frente a los derechos humanos y la igualdad de género”, en *FODERTICS 9.0. Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, (dir. Bueno de Mata, F.; coord. González Pulido, I.), Granada, Comares, 2021.
- REIFARTH MUÑOZ, W., “El uso de la inteligencia artificial en el proceso judicial y los derechos fundamentales”, en *El impacto de las tecnologías disruptivas en el Derecho Procesal*, (dir. Bueno de Mata, F.), Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2022.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., “Presente y futuro de la mediación penal”, en *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, (coord. Rodríguez Tirado, A. M.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles”, en *Tratado de Mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, (ed. Blanco García, A. I.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SORIANO ARNANZ, A.; SIMÓ SOLER, E., “Machine learning y Derecho: aprendiendo la (des)igualdad”, en *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- SUBIZA PÉREZ, I., “La posibilidad de la mediación por medios electrónicos en el procedimiento civil”, *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2016.
- TIERNO BARRIOS, S., “La Administración de Justicia bajo el prisma de la inteligencia artificial”, en *FODERTICS 8. Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, (dir. Bueno de Mata, F.; coord. González Pulido, I.), Granada, Comares, 2020.

La necesidad de incorporar a la comunidad en el diseño de una política criminal restaurativa y orientada a la prevención

The need to incorporate the community in the design of a restorative and prevention-oriented criminal policy

LAURA SEVILLA BRENES

Profesora Sustituta Interina de Trabajo Social
Universidad de Cádiz (España)

laura.sevilla@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0003-0496-9209>

ROSA GALLARDO GARCÍA

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Cádiz (España)

rosa.gallardo@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0002-7868-6829>

Resumen: La política criminal debe responder en clave preventiva a los problemas derivados de la criminalidad. La delincuencia no deja de ser un problema social, que se define y se origina en el seno de la comunidad, de ahí que cualquier propuesta que pretenda intervenir en este ámbito deba tener en cuenta cómo reducir deliberadamente este tipo de conflictos. El modelo restaurativo de justicia penal ofrece un conjunto de herramientas con capacidad de proporcionar una respuesta apropiada desde la propia sociedad.

Este nuevo enfoque social en la política criminal precisa de un importante impulso institucional y legal, para que pueda desplegar todo su potencial preventivo. Las herramientas de justicia restaurativa cada vez tienen más protagonismo, se conforman como una respuesta idónea y eficaz

Recepción: 07/04/2022

Aceptación: 09/06/2022

Cómo citar este trabajo: SEVILLA BRENES, Laura y GALLARDO GARCÍA, Rosa. “La necesidad de incorporar a la comunidad una política criminal restaurativa y orientada a la prevención”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 5, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 55-82, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.04>

para lograr la prevención del delito y contribuir al fortalecimiento de los lazos sociales comunitarios.

Abstract: *Crime policy must respond to crime-related problems in a preventive manner. Crime is a social problem, which is defined and originates in the heart of the community, hence any proposal that intends to intervene in this area must consider how to deliberately reduce this type of conflict. The restorative model of criminal justice offers a set of tools with the capacity to provide an appropriate response from society itself.*

This new social approach to criminal policy needs a strong institutional and legal impetus to realize its full preventive potential. The tools of restorative justice are becoming more and more important and are becoming a suitable and effective response to achieve crime prevention and contribute to the strengthening of social community ties.

Palabras claves: Política criminal, Justicia restaurativa, comunidad, prevención

Key words: *Criminal policy, restorative justice, community, prevention*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NATURALEZA SOCIAL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA. 2.1. Las herramientas restaurativas y la representatividad de la comunidad. 3. LA PREVENCIÓN DESDE LA COMUNIDAD. 3.1. Algunas consideraciones sobre la prevención restaurativa desde la comunidad. 3.2. Los vínculos y el sentido de pertenencia en la construcción de la convivencia comunitaria. 3.3. La convivencia y la seguridad en los barrios en desventaja social. 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS: UNA POLÍTICA CRIMINAL SOCIAL Y RESTAURATIVA.

1. INTRODUCCIÓN

La política criminal define la especial atención que se le presta a la criminalidad como problema social. En un primer momento, el objeto de esta se reducía al Derecho penal, es decir, se entendía que la única herramienta de prevención y control del delito se limitaba a la configuración de una herramienta punitiva sólida. Con el tiempo se comienza a evidenciar que el Derecho penal aparecía cuando ya el delito se había cometido, por lo que esas altas expectativas no las podía asumir, en exclusividad, una herramienta jurídica cuyo principal método de prevención se funda en la coacción del castigo. Además, la sanción más reconocida del Derecho penal es la prisión, a la que se le encomienda la función social de la reinserción, misión de naturaleza contradictoria ya que supone la reintegración a una sociedad libre en un contexto de encierro.

De esta forma, comienzan a tomar protagonismo en el discurso político-criminal otras fórmulas de naturaleza no punitivas. Las raíces sociales de las propuestas restaurativas nos han permitido reconocer la eficacia de una intervención que cede protagonismo a la comunidad. Por esta razón los postulados de la justicia restaurativa se conforman como un marco idóneo para comenzar a proyectar estrategias con una importante capacidad preventiva.

El modelo punitivo actual apenas cede protagonismo a la sociedad, al encontrarse ésta alejada del proceso, o al delincuente igualmente apartado en cárceles que ya se ubican fuera de las ciudades, de forma que nos encontramos con una política criminal excluyente. La sociedad no participa y desconoce la dimensión completa y compleja de un problema social tan cercano como el de la delincuencia. Ante esta realidad, el binomio miedo e ignorancia acaban conformándose, alimentando una alarma social nada reintegrativa.

De ahí, la necesidad de incorporar la dimensión social del delito en el proceso de prevención que permita a los distintos grupos sociales tomar parte. El apoyo social y el sentido de pertenencia a la comunidad, basados en relaciones de proximidad, contribuirá a desmontar el discurso basado en la alarma social.

La importancia de integrar a la comunidad en el diseño de una política criminal restaurativa y orientada a la prevención se convierte en el objeto de esta investigación. Como objetivo general para abordar esta compleja materia proponemos reflexionar sobre la necesidad de incorporar la dimensión social a la política criminal. A este se le suman otros objetivos específicos: estudiar la oportunidad que ofrece la justicia restaurativa a la política criminal y analizar la prevención de base comunitaria en el marco de la justicia restaurativa.

La metodología de esta investigación se basa en una revisión teórica, y se sustenta, al mismo tiempo, en una reflexión basada en la experiencia de más de una década como investigadoras en el campo de la política criminal de naturaleza restaurativa, así como, en la intervención social comunitaria. La motivación y orientación del análisis, que se presenta a continuación, pretende aportar al debate que se ha suscitado en torno a la justicia restaurativa una visión social y una propuesta comunitaria a las necesidades de prevención. El diálogo interdisciplinar, entre el trabajo social y la criminología, nos permite una visión más completa y adecuada.

2. LA NATURALEZA SOCIAL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El sistema de justicia penal tradicional no siempre satisface a las partes del conflicto ni tampoco a la sociedad. Esta crisis del modelo ha determinado la necesidad de diseñar nuevas herramientas, que nos proporcionen un nuevo paradigma. La denominada justicia restaurativa ofrece una serie de fórmulas, presentes desde épocas pasadas, y que se vuelven a poner en práctica, adaptándose a las necesidades actuales. Las propuestas restaurativas asumieron el papel de conformarse como mecanismos de prevención y de control de aquellas conductas que generan reproche social¹. Estos han tenido diferente naturaleza, y no se formalizaron hasta que la sociedad no se conformó como Estado,

¹ Sobre el origen de las prácticas restaurativas: MENKEL-MEADOW, C., "Restorative Justice: What is it and Does it Work?", en *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 583, 2007, págs. 164 y ss.; ORDÓÑEZ-VARGAS L., y RODRÍGUEZ HEREDIA, D., "Más allá del Castigo Penal: un diálogo entre la justicia restaurativa y algunos escenarios de transición en Colombia", en *Análisis político*, 96, 2019, págs. 40 y ss.

asumiendo en exclusividad el *ius puniendi*. La razón de esta revivificación de los instrumentos basados en el diálogo, la encontramos en los postulados victimológicos y restaurativos, que muestran la necesidad de otorgar cada vez más protagonismo a la víctima y a la comunidad.

Lo cierto es que la delincuencia se origina y tiene lugar en la misma sociedad, es decir, la naturaleza penal del conflicto no elimina la social. La configuración formal del delito no debe suponer una limitación para una mayor participación social en el proceso de diálogo, al contrario, si se ha considerado que esa conducta es tan grave como para tipificarla en la norma penal es porque se trata de un ataque grave a bienes jurídicos de gran relevancia y, por tanto, merece la atención de los miembros de la comunidad. La justicia restaurativa se conforma como un modelo que pone el énfasis en la dimensión social del delito, de ahí que aparezca como la respuesta adecuada al déficit de participación social detectado en el sistema de justicia actual. La definición de justicia restaurativa nos permitirá abundar en ese aspecto social.

En la historia de este nuevo paradigma, la teoría apareció tras la práctica². Esta construcción teórica posterior permitió una definición amplia del modelo restaurativo. Respecto al concepto, aunque las bases están claras, no existe uniformidad doctrinal en cuanto a su contenido³. En este sentido, existe cierto consenso en lo referente a los mínimos, que supone entender a la justicia restaurativa como la respuesta ante el delito que pone el foco en el diálogo entre los actores: la víctima, el victimario y la comunidad⁴.

En estas líneas, debemos avanzar y aportar contenido a estos elementos, así como, al papel social de las partes. Por esta razón, nos interesa la definición que realizan McCOLD y WATCHEL, en la medida en que ponen el énfasis en cuestiones como la tipología de las herramientas restaurativas, la ventana de la disciplina social y el rol de las partes⁵. En este apartado nos acercaremos a la función de la disciplina social, para así poder asociar el rol de las partes junto a la tipología de las herramientas, que se desarrollará en el siguiente apartado, y de esta forma, nos permitirá conocer el papel de la comunidad en las diferentes propuestas restaurativas.

La teoría de la ventana de disciplina social exige que previamente definamos control y apoyo. Esta definición de control se torna más complicada dado que la extensa atención que la sociología o la criminología le han prestado lo han convertido en una especie de

² McCOLD, P., “La historia reciente de la justicia restaurativa: mediación, círculos y conferencias”, en *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales*, núm. 36, 2013, pág. 11.

³ ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Estados Unidos, Good Books, 2010, págs. 11 y ss.

⁴ RÍOS MARTÍN, J.C., y OLALDE ALTAREJOS, A.J., “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, en *Revista de Mediación*, núm. 8, 2011, págs. 11 y ss.

⁵ McCOLD, P., & WACHTEL, T., *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*, Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro, sin paginar.

cajón de sastre y un comodín que con su uso fue perdiendo la forma y diluyendo sus contornos⁶. Lo cierto es que en los últimos años se ha asociado a la idea punitiva y al castigo formal, aunque “*el control social, según su enfoque primigenio, es el resultado de la acción de la sociedad a través de las normas informales que regulan las relaciones interpersonales, las cuales, al interactuar con un Estado que precisamente se pretende poco intervencionista y escasamente controlador, generan la autorregulación del orden social*”⁷. En cualquier caso, estemos ante un control social formal o bien informal, este se conforma como una herramienta que restringe con intención de controlar o influir en el seno de una sociedad. De ahí, que los autores en esta teoría de la ventana de la disciplina social definan el control como la forma de “*imponer limitaciones o ejercer influencias sobre otros*”⁸. Esta fórmula sencilla permite que la discusión se centre en la funcionalidad de la propuesta, y no en otros aspectos.

La otra faceta para estudiar es el apoyo social, dada la capacidad que tiene de afectar al bienestar social, y a la salud física, psicológica y, por ende, social. KAHN Y ANTONUCCI describieron, mediante la alusión al convoy social, la necesidad que tenemos como individuos a disfrutar de ese apoyo social que nos permite crecer en sociedad. Además, estos autores explican como este apoyo se trasforma atendiendo a las diferentes etapas de nuestras vidas, juventud y vejez; así como, al protagonismo que van asumiendo en nuestras narrativas espacios como la escuela o el trabajo⁹. Esta teoría adquiere una gran importancia en un modelo restaurativo, que define el apoyo, como ese proceso de “*enseñar, estimular o asistir a otros*”¹⁰.

Así pues, apoyo y control aparecen como categorías contrarias, que se ubican en los extremos de un modelo de intervención. De forma que, se suelen identificar en un *iter* de intervención ante la criminalidad, con un modelo que va desde lo punitivo a lo permisivo¹¹. Como indica WATCHEL el espectro punitivo y permisivo supone una visión popular y limitada¹², y es que efectivamente, con ese binomio no se está planteando una real alternativa al castigo como reacción al delito. En la actualidad predomina una política criminal punitivista, alimentada por la mediatizada alarma social, y esta misma tendencia

⁶ OLIVER OLMO, P., “El concepto de control social en la historia social. Estructuración del orden y respuestas al desorden”, en *Historia social*, núm. 51, 2005, págs. 75 y ss.

⁷ OLIVER OLMO, P., “El concepto de control social en la historia social. Estructuración del orden y respuestas al desorden”, *op. cit.*, pág. 79.

⁸ McCOLD, P., & WACHTEL, T., *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*, *op. cit.*, sin paginar.

⁹ KAHN, R.L., & ANTONUCCI, T.C., “Convoys over the life course: Attachment, roles, and social support”, en *Life-span Development and Behavior*, (vol. 3), (Edits./ Baltes, P.B. & Brim, O.,) New York, Academic, 1980, págs. 260 y ss.

¹⁰ McCOLD, P., & WACHTEL, T., *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*, *op. cit.*, sin paginar.

¹¹ WATCHEL, T., “Definiendo qué es restaurativo”, en *IIRP Graduate School*, 2013, pág.1.

¹² WATCHEL, T., “Definiendo qué es restaurativo”, *op. cit.*, pág.1.

confunde las prácticas restaurativas con permisivas. De modo que, *“el modo punitivo y autoritario de hacerlo contra y el modo permisivo y paternalista de hacerlo para no son tan efectivos como el modo restaurativo, participativo, de involucrarse con”*¹³.

Lo cierto es que las técnicas de intervención basadas en el apoyo social y el diálogo pueden llegar a ser bastante invasivas con el individuo, ya que priorizan lo colectivo. De hecho, la naturaleza social de las propuestas restaurativas ni obvia ni elimina el carácter intervencionista, por lo que debemos tomar precauciones para no incorporar instrumentos propios de una sociedad orweliana y de control, con la excusa de enfatizar en el apoyo social.

2.1. Las herramientas restaurativas: la importancia de la comunidad

La definición de la que se parte en estas líneas nos permite distinguir a los sujetos que intervienen o pueden hacerlo, como son: víctima, victimario y comunidad. Sin embargo, no siempre es necesario que participen todos, de hecho, es posible que la herramienta se encuentre configurada para intervenir en una de las partes, o bien para que participen dos o tres de ellas. Por esta razón, es posible clasificar el elenco de instrumentos existentes en atención a la mayor o menor participación de cada uno de los implicados en un delito. Con esta intención, McCOLD y WATCHEL catalogan las múltiples técnicas que surgen de este modelo atendiendo al protagonismo de las partes, como se puede apreciar en la figura confeccionada por estos autores:

¹³ WATCHEL, T., “Definiendo qué es restaurativo”, *op. cit.*, pág. 3.



Figura 1. Fuente: McCOLD & WACHTEL, 2003¹⁴

Este esquema gráfico nos permite identificar las técnicas que se incorporan en un modelo restaurativo, que pone en valor una práctica integradora de todas las partes del conflicto, aunque no sea necesario que la totalidad de herramientas confluyan en una misma fórmula. Eso sí la concurrencia de una, dos o las tres partes llamadas a sumarse, podrá determinar que reciba la calificación de: completamente restaurativa, si están todos; mayormente restaurativa, cuando son dos; y, parcialmente restaurativas, si solo se interviene en una de las partes. Esto quiere decir que el nivel de participación permitirá determinar si la herramienta es más o menos restaurativa¹⁵.

Aquellas fórmulas, calificadas como parcialmente restaurativas, contienen medidas enfocadas en el victimario, como los servicios comunitarios; o bien a la víctima, en la que podemos encontrar la creación de servicios de apoyo; y, por último, las referidas a la comunidad, entre las que distinguimos, la asistencia a las familias. La intervención sobre solo una de las partes no las despoja de la categoría restaurativa, para ello se debe tener en cuenta que la esencia se encontrará en la necesidad de que la herramienta ponga el foco en la dimensión social. Lo cierto es que estas fórmulas se explican en un modelo de

¹⁴ McCOLD, P., & WACHTEL, T., *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*, op. cit., sin paginar.

¹⁵ McCOLD, P., & WACHTEL, T., *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*, op. cit., sin paginar.

justicia orientado a las propuestas reparadora. A pesar de su necesaria inclusión, estas prácticas han sido calificadas como de prácticas “menores”¹⁶.

El siguiente grupo integra, bajo el paraguas de las mayormente restaurativas, las medidas en la que intervienen dos de los sujetos posibles. Estas serán diferentes atendiendo a las partes que coincidan, es decir, si el binomio es víctima-victimario, víctima-comunidad o, victimario-comunidad. De entre la amplia gama de herramientas, la más conocida es la mediación¹⁷, que apenas otorga protagonismo a la comunidad, al contrario, tiende a ignorarla. Aunque en sus orígenes, la literatura se esforzaba por encontrar un hueco a la comunidad en estas dinámicas, y es que no podemos obviar que la implementación de estas herramientas se conforma como un proceso de aprendizaje, por lo que la forma en la que se representa a la comunidad ha evolucionado con la experiencia, y en “*los primeros modelos sólo incluyeron a la víctima y al ofensor, con la comunidad representada por el mediador voluntario*”¹⁸. Lo cierto es que, en la actualidad, el mediador, tal y como se ha configurado en la práctica, se conforma como un vehículo neutral que ayuda a las partes, pero no representa a la comunidad.

Y, por último, encontramos las completamente restaurativas, en las que se integran las tres partes del conflicto definido como delito. La implicación de la comunidad, junto a la víctima y victimario, ha determinado que se considere la representación máxima del modelo restaurativo. Ya en estas herramientas no existe discusión alguna entre el facilitador y mediador, se reconoce quien asume el papel de comunidad en las mismas¹⁹. En estas líneas, nos interesa detenernos en aquellas en la que se encuentran integradas todas las partes, para poder profundizar en el papel de la comunidad y la capacidad de prevención. Como se observa en la figura encontramos diferentes referencias que se identifican con los modelos más representativos, como son: círculos y conferencias.

La justicia restaurativa proporciona un marco de referencia para la intervención social estratégica en la que abordar, tanto las causas como el impacto de los delitos, en la

¹⁶ McCOLD, P., “La historia reciente de la justicia restaurativa: mediación, círculos y conferencias”, *op. cit.*, pág. 10.

¹⁷ Precisamente dado que se trata del instrumento más conocido, en ocasiones, desde diferentes sectores, ambos términos -justicia restaurativa y mediación penal- se han usado como si fueran sinónimos. De hecho, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, comete ese error. En el artículo 15 de esta norma, el legislador usa el término justicia restaurativa como sinónimo de mediación penal, simplificando y cercenando el potencial de la primera. GALLARDO GARCÍA, R.M., “Mediación penal: clases y consecuencias jurídicas”, en *Mediación y Derecho*, (Coords./ Álvarez Alarcón, A., y García Molina, P.), Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 481.

¹⁸ McCOLD, P., “La historia reciente de la justicia restaurativa: mediación, círculos y conferencias”, *op. cit.*, pág. 24.

¹⁹ “*Los modelos de conferencia y círculo distinguen entre el papel del facilitador y el de la representación de la “comunidad” y reconocen explícitamente a las familias y a los que dan apoyo personal a las víctimas y a los ofensores como una importante micro-comunidad de personas preocupadas por la situación. Los modelos de círculo y algunos modelos de conferencia alientan a las personas a representar a la comunidad ampliada*”. McCOLD, P., “La historia reciente de la justicia restaurativa: mediación, círculos y conferencias”, *op. cit.*, pág. 24.

comunidad. Se trata de una modalidad para la resolución de los conflictos sustentada en los conocimientos y en las prácticas de grupos etnoculturales no hegemónicos²⁰. Este modelo tiene profundas raíces culturales, lo que ha determinado que en aquellas zonas en las que ha habido más tradición se haya desarrollado más. De ahí el mayor o menor arraigo, como las “reuniones de restauración” de origen maorí, que son fórmulas alternativas al proceso, aunque se incluye cierto control institucional a través de la policía y el servicio de menores. Estos círculos ceden el protagonismo a la familia del joven o menor que ha cometido algún delito, a fin de que ésta decidiera, con la participación de la víctima y otros grupos de apoyo de la comunidad, la sanción apropiada para el menor. Similar a esta, podemos encontrar los “círculos de sanación” propios de las culturas nativas de Estados Unidos y Canadá y que se conforman como un modo útil de abordar el daño causado por el delincuente, de sanar a la víctima y de restaurar la comunidad. Estas son consideradas las técnicas más restaurativas de todas las herramientas que conforman este modelo, dado que son las que otorgan mayor protagonismo a la comunidad en el proceso de conseguir una solución pactada²¹.

En definitiva, la justicia restaurativa la conforman algunas herramientas arraigadas a la costumbre y tradición de un pueblo, por lo que hay que tener en cuenta que el elemento cultural predispondrá su futura aceptación social e implementación, y, por ende, su eficacia. En el concreto caso tendrá mayor peso la aceptación social y la cultura jurídica, determinada por la voluntad política²². En esta reflexión podemos encontrar la respuesta a por qué en España no ha tenido apenas protagonismo, si bien es cierto, que se comienza a vislumbrar un cambio y una importante orientación restaurativa y paulatina incorporación de estas fórmulas en los diferentes ámbitos en los que transita la política criminal.

Sin ánimo de exhaustividad, presentaremos en estas líneas las prácticas completamente restaurativas que se han integrado en nuestro sistema penal. Uno de los modelos más reconocido lo conforman los denominados círculos. Este reconocimiento ha originado que algunos países europeos han formado parte de un movimiento de impulso de estos²³, aunque su uso solo se ha incorporado en Cataluña a través del sistema penitenciario²⁴.

²⁰ GUMZ, E. J., & GRANT, C.L., “Restorative justice: A systematic review of the social work literature”, en *Families in Society*, 90(1), 2009, págs. 123.

²¹ GALLARDO GARCÍA, R.M., “El objeto de la mediación penal: especial referencia al ámbito familiar”, en *Mediación y Derecho*, (Coords./ Álvarez Alarcón, A., y García Molina, P.), Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 461 y ss.

²² GALLARDO GARCÍA, R.M., y SEVILLA BRENES, L., “Conferencias comunitarias: una herramienta restaurativa desde la comunidad”, en *International E-Journal of Criminal Science*, núm. 27, 2022, pág. 21.

²³ GALLARDO GARCÍA, R.M., “La intervención en el delincuente sexual en clave restaurativa: los círculos de apoyo”, en *Pederastía. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, (Dir./ Mesa Rodríguez, M.J.), Aranzadi, Pamplona, 2019, págs. 569- 596.

²⁴ Las competencias en el ámbito penitenciario son de carácter estatal, de conformidad con el artículo 149.1.6. de la Constitución, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación penitenciaria. Esta exclusividad permite traspasar esta importante competencia a las comunidades autónomas que asumieran ese compromiso, a través de los Estatutos de Autonomía (El artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para

Los círculos de apoyo surgen en Canadá con la finalidad de construir una red comunitaria en forma de círculos alrededor de un delincuente sexual al final de su condena o tras su cumplimiento. Esta herramienta tiene como objetivo principal la reinserción del victimario en la comunidad, proporcionando habilidades sociales para que éste aprenda a generar lazos de nuevo que le permitan reintegrarse. Al mismo tiempo, con esta fórmula de participación comunitaria se consigue integrar el elemento social del delito en el proceso, y como consecuencia crear una conciencia colectiva restaurativa.

Los efectos positivos concretos de los círculos se han estudiado desde su puesta en funcionamiento. El primer beneficio se evidencia desde diferentes investigaciones en las que se señala cómo reducen los índices de reincidencia, ya que mediante el apoyo y la rendición de cuentas se abordan factores modificables de riesgo de reincidencia, logrando el desistimiento del delincuente²⁵. Otra de las consecuencias positivas es que se constata un aumento de la seguridad en la comunidad, coincidiendo con uno de los objetivos de este instrumento²⁶. Y, por último, también se pone en valor la capacidad de reducir el gasto en justicia penal²⁷.

Además de los círculos, encontramos en las conferencias un modelo que integra de forma activa a las tres partes del conflicto penal. Las conferencias comunitarias se definen como una herramienta en el marco de la justicia restaurativa, que sitúa el conflicto en el entorno comunitario, con el fin de procurar la reparación del perjuicio ocasionado a la sociedad²⁸.

Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, establece que corresponden a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado en materia penitenciaria y posteriormente se aprueba el Real Decreto 3482/1983, de 28 de diciembre, sobre traspasos de servicios del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de Administración Penitenciaria).

²⁵ Entre otros, HÖING, M., VOGELVANG, B., & BOGAERTS, S., “I Am a Different Man Now”—Sex Offenders in Circles of Support and Accountability: A Prospective Study”, en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 61, 2017, págs. 751 y ss. Esta investigación se realiza mediante una metodología mixta, cuantitativa y cualitativa.

CLARKE, M., BROWN, S., & VÖLLM, B., “Circles of Support and Accountability for Sex Offenders: A Systematic Review of Outcomes”, en *Sexual Abuse*, Vol. 29, 2017, págs. 446 y ss. Estos autores realizan un estudio consistente en una revisión sistemática de los estudios cuantitativos que han evaluado la efectividad de los Círculos. Y confirman que estos han ayudado a los delincuentes sexuales a adaptarse a su puesta en libertad en la comunidad, reduciendo la reincidencia.

²⁶ CLARKE, M., BROWN, S., & VÖLLM, B., “Circles of Support and Accountability for Sex Offenders: A Systematic Review of Outcomes”, *op. cit.*, págs. 446 y ss. Los resultados de su estudio confirman que, tanto el apoyo como la rendición de cuentas han dotado a los Círculos de un papel más allá de la supervisión legal en la medida en que abordan factores de riesgo conocidos de reincidencia y proporcionan una capa adicional de vigilancia.

²⁷ ELLIOTT, I.A., & BEECH, A.R., “A U.K. Cost-Benefit Analysis of Circles of Support and Accountability Interventions”, en *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 2012, págs. 211 y ss. A partir del análisis del estudio, el coste medio de un Círculo se estimó en 11.303 £ por año y parece producir una reducción del 50% en la reincidencia en la delincuencia. El costo estimado de la reincidencia se estimaba en 147.161 £ por persona por año.

²⁸ McCOLD, P., “La historia reciente de la justicia restaurativa: mediación, círculos y conferencias”, *op. cit.*, págs. 19 y ss.

Se trata de una de las primeras formas institucionalizadas de las prácticas restaurativas que orientan su acción al restablecimiento del tejido social con participación policial²⁹.

Las experiencias internacionales basadas en las conferencias restaurativas comunitarias cuentan con un amplio recorrido en diversos ámbitos como son las infracciones cometidas por menores de edad, los delitos medioambientales o la delincuencia económica³⁰. Lo que nos permite apreciar la capacidad de adaptación de esta herramienta. A esta versatilidad, se le une, además, que se trata de una técnica flexible y transversal que se puede adaptar a las distintas etapas del sistema de justicia penal. Estas pueden ser utilizadas como sustituto del enjuiciamiento, tras el fallo, antes del pronunciamiento judicial, como parte de una condena o después de un período de encarcelamiento y antes de salir de prisión³¹.

Esta flexibilidad y dinamismo se les atribuye a todos los mecanismos, aunque no siempre con la misma intensidad. Y se convierten en un valor en aquellas completamente restaurativas. Las herramientas restaurativas que incluyen de forma activa a la comunidad se sostienen en el supuesto de una acción comunitaria legítima en el manejo de las emociones como mecanismo de control en base a los vínculos y el sentido de pertenencia del infractor. La consideración de la emoción y la moral como elementos excluidos de los procesos de la justicia penal se recuperan en la formulación teórica, en los estudios empíricos y en las prácticas con base en la justicia restaurativa. La utilidad social de esta dinámica se sustenta en una concepción del control social y de la prevención del delito mediante el manejo de las emociones. La vergüenza como mecanismo de reintegración y la reprobación social como control social en sustitución del control punitivo³². En aras de configurar estrategias útiles, en este ámbito el referente es la microcomunidad. En las mismas, se pueden identificar las redes que actúan cohesionando el grupo al que pertenecen. De esta forma, se consigue determinar los miembros responsables y preocupados por el conflicto a intervenir, así como el camino a recorrer. En definitiva, resulta conveniente en este ámbito *“diferenciar entre comunidad y sociedad. La justicia reparadora ha tendido a centrarse en las microcomunidades de lugar o de relación que*

²⁹ Ver de forma genérica: AYLLÓN GARCÍA, J.D., “La Justicia Restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos”, en *Ars Boni et Aequi*, núm. 2, 2019, págs. 16 y ss. Consultar de forma concreta: GALLARDO GARCÍA, R.M., y SEVILLA BRENES, L., “Conferencias comunitarias: una herramienta restaurativa desde la comunidad”, *op. cit.*, pág. 11.

³⁰ Respecto a las experiencias educativas, ver: FRONIUS, T., et al., *Restorative Justice in US Schools: A Research Review*, WestEd, 2016; para conocer estas prácticas en el ámbito medioambiental, consultar: PALI, B., & BIFFI, E., *Environmental Justice: Restoring the Future*. Leuven: European Forum for Restorative Justice, 2019; Finalmente, sobre las posibilidades en el campo de la delincuencia económica, extensamente: RODRÍGUEZ PUERTAS, M.J., “El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (22), 14, 2020.

³¹ SHERMAN, L., & STRANG, H., *Restorative justice: The evidence*. London: Smith Institute, 2007, págs. 32 y ss.

³² BRAITHWAITE, J., “Delito, vergüenza y reintegración. Delito y Sociedad”, en *Revista de Ciencias Sociales*, 2(32), 2011, págs. 10 y ss.

se ven directamente afectadas por un delito, pero que a menudo son ignoradas por la "justicia estatal"”³³.

La creciente alarma social por la delincuencia aviva una postura de venganza que deja poco margen a las propuestas que ofrece este modelo restaurativo, y que en consecuencia puede afectar a la posibilidad de aplicación de algunas de estas medidas. En tanto en cuanto las herramientas restaurativas exigen de la participación de la ciudadanía y sin ella es imposible su aplicación y desarrollo, hay que buscar vías, para incentivar la incorporación de los grupos de forma representativa. De ahí, la necesidad de estudiar las fórmulas adecuadas para informar a la comunidad con el fin de lograr su aceptación e involucración³⁴. Al mismo tiempo, el modelo restaurativo señala la necesidad de un cambio en el discurso político-criminal y que este se enfoque menos en el castigo y más en el apoyo.

3. LA PREVENCIÓN DESDE LA COMUNIDAD

Desde el inicio de la crisis sociosanitaria, se ha renovado el interés por comprender la dinámica económica y social de las pandemias y cómo estos eventos pueden dar lugar al conflicto social. Estos estudios plantean los impactos significativos en la interacción entre la pobreza y la cohesión social, es decir, cómo los diferentes grupos de la sociedad interactúan y cooperan en su caso para sobrevivir y prosperar³⁵. Pero también se apunta como raíz de los conflictos que alteran el orden público al anterior malestar social. Y si bien, la disminución del bienestar era patente de manera previa al inicio de la crisis sociosanitaria³⁶, lo cierto, es que tal y como señala el estudio genealógico de los periodos posteriores a las grandes pandemias, estas han dado paso a múltiples escenarios de estallido social³⁷. Los investigadores sustentan en este trabajo para el Fondo Monetario Internacional que una vez que, se diluyen las preocupaciones inmediatas por la

³³ ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Good Books, Estados Unidos, 2010., pág. 26.

³⁴ RICHARDS, K., & MCCARTAN K., “Public Views About Reintegrating Child Sex Offenders via Circles of Support and Accountability (COSA): A Qualitative Analysis”, en *Deviant Behavior*, 2017. Este estudio aborda esta brecha mediante el análisis de los comentarios realizados en cuatro foros en línea después del anuncio del primer programa de Círculos en Australia. Los resultados sugieren que la información y formación comunitaria debería centrarse en una serie de mensajes clave sobre los Círculos para aprovechar el apoyo público para este programa. Se hacen recomendaciones sobre el contenido y la entrega de estos mensajes.

HÖING, M., BOGAERTS, S., & VOGELVANG, B., “Volunteers in Circles of Support and Accountability Job Demands, Job Resources, and Outcome”, *op. cit.*, 2017, págs. 541 y ss., se realizó un análisis de los efectos de la participación en Círculos de apoyo de los voluntarios, y abundar en estas cuestiones permite explicar el crecimiento personal y comunitario tras la participación en un programa de estas características.

³⁵ JEDWAB, R., et al., “Epidemics, pandemics, and social conflict: Lessons from the past and possible scenarios for COVID-19”, en *World Development*, vol. 147, 2021, pág. 3.

³⁶ Cfr. PIKETTY, T., *La economía de las desigualdades: cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2019.

³⁷ BARRETT, P. & SOPHIA, C., “Social Repercussions of Pandemics”, en *IMF Working Papers* 2021/021, International Monetary Fund, 2021, págs. 11-12.

emergencia sanitaria, así como las restricciones impuestas, los problemas sociales no resueltos permanecen y la probabilidad de disturbios se incrementa. A esto se añade que, esta distribución del malestar en el territorio y entre los grupos sociales es desigual. Ante este escenario la prevención del delito es un asunto limitado por las cisuras ya existentes en la sociedad debido entre otros a las insuficiencias de los sistemas de protección social, la desconfianza en las instituciones o la percepción de incompetencia gubernamental.

Por estas razones, entre otras, entendemos necesarias la discusión y las propuestas sobre las actuaciones de base comunitaria como un método de trabajo amplio y organizado. Ya que nos permite analizar desde una dimensión colectiva las condiciones en las que tiene lugar la prevención, pues sus aportes dependen en buena medida de los éxitos en otras facetas, tanto políticas como sociales. Además, la prevención y la organización de la comunidad requieren de plazos temporales de medio y largo recorrido alejados de la urgencia, de la reacción o de la represión. En consecuencia, entendemos que es contraproducente un planteamiento de la prevención de la criminalidad basada en estrategias alarmistas, que generan incertidumbres. Estos discursos en aras de promover la seguridad pueden correr el riesgo de sobredimensionar la criminalidad, centrarse en la desconfianza e intensificar el papel de la delación³⁸, dejando a un lado, las actuaciones preventivas que mejoran ese entramado comunitario creando un capital y un apoyo social más robusto.

Por ello es importante tener en cuenta tanto el modo de gestión de las competencias administrativas en la anticipación al crimen cómo en las fórmulas en las que el Estado ensaya la colaboración con la sociedad. La prevención del delito es un propósito específico de la política pública criminal, en este sentido se evidencia una tendencia a la externalización de esta función del Estado a la sociedad, que se viene consolidando mediante la privatización a través de la delegación de la gestión de las competencias a las entidades sociales, ya sean mercantiles o sin ánimo de lucro. Además, se puede identificar un desplazamiento de esta atribución de algunos espacios propios a la política social que a su vez pone en manos de la sociedad civil organizada las intervenciones preventivas³⁹. Si bien, esta extensión de la prevención del delito a otras funciones del Estado es aún apreciada como escasa, se trata de un asunto insuficientemente estudiado, en parte debido a la dificultad de levantar el rastro de la forma en las que se materializa la política pública. En cualquier caso, no deja de ser un tema polémico al atribuir a los ciudadanos competencias de control con el riesgo de caer en excesos sobre los que, a su vez, hay que

³⁸ LOUDERBACK, E.R., & SEN ROY, S., “Integrating social disorganization and routine activity theories and testing the effectiveness of neighbourhood crime watch programs: Case study of Miami-Dade County, 2007–15”, en *The British Journal of Criminology*, 2018, vol. 58, núm. 4, pág. 970.

³⁹ Este movimiento se puede observar en la reforma de 2013 de la convocatoria anual de subvenciones del IRPF para servicios sociales. No se puede pasar por alto la fecha en la que tiene lugar, precisamente cuando el impacto social de la Gran Recesión muestra su mayor crudeza, fue entonces cuando se reorganizan las líneas de financiación de oenegés incluyendo como actividades de interés general y social, el fomento de la seguridad ciudadana y prevención de la delincuencia. Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación.

poner atención para que no suponga un incremento de recortes o disminución en las libertades o en los derechos⁴⁰. Esta práctica apunta a la cuestión identificada por la doctrina penal y criminológica sobre la prevención del delito y el rol desarrollado por la comunidad, que se transforma de agente de inclusión a la de promotor de la exclusión social de la delincuencia⁴¹. Lo cierto es que esta relación entre el Estado y la sociedad para abordar un asunto como es la prevención del crimen debe ser objeto de revisión. La actuación preventiva en todos sus niveles requiere de la colaboración entre instituciones, de hecho, los procesos de reinserción social son un claro ejemplo de este asunto⁴². Y, sin embargo, la incorporación de las diversas entidades sociales a este propósito nos muestra un contexto en el que se intuye una organización marcada por la dispersión y fragmentación de las fuerzas con las que se suman el potencial de estos recursos. En tal sentido, el tratamiento penitenciario, como herramienta de reinserción y reducción de la reincidencia, genera un contexto de desigualdad de oportunidades atendiendo a los diferentes recursos, los modos de hacer y las redes de las organizaciones colaboradoras, que, entre otras cuestiones, determinará un diferente camino al desistimiento.

La prevención de la criminalidad, la violencia y la inseguridad nos sitúa en un ámbito de afrontamiento de los conflictos sociales que se basa en el principio de que es factible reducir deliberadamente importantes problemas. En tal sentido, nos parece oportuno recordar la delimitación propuesta por VAN DIJK al entender la prevención como *“todas las políticas, medidas y técnicas, fuera de los límites de sistema de justicia penal, dirigidas a la reducción de las diversas clases de daños producidos por actos definidos como delitos por el estado”*⁴³. En estas líneas partimos de una concepción amplia y útil en relación con los propósitos de este trabajo.

Nos interesa recuperar, ante la diversidad de estrategias para la reducción del riesgo delictivo, las que muestran un mayor vínculo con los miembros del grupo social en relación con una zona, como son las actuaciones de naturaleza comunitaria, con el propósito de disminuir los conflictos penales. Una prevención, en definitiva, que aborde las situaciones contextuales que debe definirse junto con las partes interesadas para equilibrar la seguridad pública, los derechos individuales, las preocupaciones de la

⁴⁰ BERNAL-DEL CASTILLO, J., “Prevención y seguridad ciudadana. La recepción en España de las teorías criminológicas de la prevención situacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 09, 2013, pág. 286.

⁴¹ Por todos, DIEZ RIPOLLÉS DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 22, 2005, pág. 34.

⁴² Esta colaboración se ha concretado con la subvención de programa de tratamiento a oenegés cuya labor en los 69 Centros Penitenciarios complementa la actividad realizada por la administración, un mecanismo de colaboración que no ha dejado de crecer, pues si bien, en 1996 las oenegés en centros penitenciarios fueron en total 170, en 2020 incrementó este número de colaboraciones hasta 628 entidades, tal y como recoge, el Informe General de la Secretaría de Estado de Instituciones Penitenciarias para cada uno de estos años (SGIIPP, *Informe General*, 1996 a 2020).

⁴³ VAN DIJK, J., “Crime Prevention Policy: Current State and Prospects”, en *Crime and criminal policy in Europe, Criminological research report* (vol. 43) (Eds./ Kaiser, G. y Albrecht, H.J.), Max Planck Institute, Freiburg, 1990, pág. 205

comunidad y otros factores, como las inversiones económicas y la capacidad de implementación⁴⁴. El modelo comunitario de prevención del delito implica, por lo tanto, el abordaje integral de la delincuencia atendiendo a la perspectiva social, ambiental y situacional producto de la cooperación entre la acción del Estado, la ciudadanía y las instituciones organizadas en un entorno territorial determinado⁴⁵. Además, se sustenta en una metodología promotora de la participación encaminada a la organización social y política con la intención de influir en la toma de decisiones para contribuir a una convivencia pacífica.

Y si bien el contexto, en el que tiene lugar el ilícito penal, es relevante, no lo es menos, la consideración sobre las relaciones entre los distintos actores involucrados en conflictos de carácter criminal. En tal sentido, la justicia restaurativa permite un enfoque tridimensional que incluye a la víctima, el ofensor y la comunidad, es decir, todas las partes afectadas por un delito. Las prácticas restaurativas ofrecen el potencial para disminuir la reincidencia de los delincuentes, reducir los efectos a largo plazo de la victimización y fortalecer el bienestar agregado de una comunidad⁴⁶. Desde las propuestas metodológicas completamente restaurativas, la comunidad tiene una posibilidad de representación amplia de todos los actores que conforman la comunidad profundizando en la dimensión social del delito. Además, los principios de este nuevo modelo pueden contribuir a ampliar el marco de los intereses de la justicia penal tradicional, sin reducir las garantías, contribuyendo a la integración de todas las partes del conflicto.

En definitiva, el paradigma restaurativo abre la posibilidad de un abordaje integral ante la criminalidad, que requiere supervisar las versiones y pensamientos atávicos que tenemos como comunidad. Al mismo tiempo, nos permite aplicar una metodología transversal y que debe ser sensible al género, la edad o la etnia entre otros. La movilización comunitaria propuesta desde el enfoque restaurativo se basa en soluciones en lugar de procesos centrados en los problemas, dan voz a las personas vulnerables, se centran en la reconciliación en lugar del castigo, en la reparación en lugar de la retribución tratando de desplazar el foco de la venganza. El victimario asume la responsabilidad de sus delitos y hace restitución a la víctima y a la comunidad⁴⁷.

⁴⁴ AMANTE, A., SARAIVA, M. & MARQUES, T.S., “Community crime prevention in Portugal: an introduction to Local Safety Contracts”, en *Crime prevention and community safety*, vol. 23, núm. 2, 2021, pág. 161.

⁴⁵ AGUIRRE SALA, J.F., “La prevención comunitaria del delito a través de la gobernanza local”, en *OBETS: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 11, núm. 2, 2016, pág. 390.

⁴⁶ GUMZ, E. J., & GRANT, C.L., “Restorative justice: A systematic review of the social work literature”, en *Families in Society*, vol. 90, núm.1, 2009, pág. 119.

⁴⁷ SHAPLAND, J., AERTSEN, I., DOHERTY, K., TEUNKENS, M., VANFRAECHEM, I., VAN PAGEE, R., y ZINSSTAG, E., *Conferencias: un camino a seguir para la justicia restaurativa: una guía práctica*, Foro Europeo de Justicia Restaurativa, Lovaina, 2011, pág. 70.

3.1. Algunas consideraciones sobre la prevención restaurativa desde la comunidad

La consideración de una política preventiva con base comunitaria precisa de algunas aclaraciones previas, debido a que cualquier propuesta que incida en la corresponsabilidad de la comunidad para la gestión de los conflictos se debe tomar con prudencia. La comunidad es un término que en las ciencias sociales alude a un modo de relación social diferenciada, sobre el que no existe un consenso, y que, sin embargo, “*se trata de un problema antropológico, filosófico y social que atañe nada menos que al “ser” o “estar-en-común”, del cual pende todo lo concerniente a la socialidad, la política y la polis en el sentido amplio de la expresión*”⁴⁸. Tal y cómo plantea BAUMAN, el necesario escenario de la comunidad está toda vez por construir a partir del ejercicio consciente de pactos entre sujetos y alejado de una concepción paradisiaca⁴⁹. Las posibilidades de convivencia para abordar el connatural conflicto de las relaciones sociales requieren de políticas que combinen la prevención del delito con un método de trabajo organizado y conocedor, por un lado, de las dinámicas comunitarias y, por otro, de sus capacidades limitadas para afrontar los retos vinculados a la delincuencia como fenómeno social de gran complejidad.

En este trabajo el término comunidad hace referencia a la intervención en, para y con el sujeto colectivo y el contexto que nos permite reconocer una realidad de organización micro social⁵⁰. Esta dimensión colectiva encuentra en la intervención del trabajo social un recorrido histórico, un método y una forma de hacer de gran utilidad para el marco de la justicia restaurativa para tener en cuenta, tanto en sus posibilidades como en sus facetas críticas, para estas intervenciones sociales. Este método procura el desarrollo de la propia comunidad, con el objetivo básico de incrementar la autosuficiencia, así como la capacidad para mantener su crecimiento. Además, este tipo de actuación integra propósitos relacionados con la organización comunitaria tratando de generar cambios en grandes grupos y servicios públicos, principalmente en situaciones o en entornos que a su vez afectan al bienestar personal, familiar y de grupos sociales⁵¹ que forman parte de una misma comunidad. La organización comunitaria implica reunir a las personas para hacer frente a problemas compartidos y lograr un consenso en aquellas decisiones que afectan a sus vidas. Dado que se plantean ambiciosos objetivos, es preciso que se diseñen una

⁴⁸ LEGORRETA, J.J., “Cuando la comunidad no acumuna: Debates contemporáneos sobre la “falla” del estar-en-común”, en *Revista En-claves del pensamiento*, vol. 11, núm. 22, 2017, pág. 78.

⁴⁹ BAUMAN, Z., *Comunidad: En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid, Siglo XXI, 2006, págs. 119 y ss.

⁵⁰ La comunidad como sujeto y contexto se ha discutido con detalle en el marco de la justicia restaurativa en el trabajo GALLARDO GARCÍA, R.M., y SEVILLA BRENES, L., “Conferencias comunitarias: una herramienta restaurativa desde la comunidad”, *op. cit.*, págs. 6 y ss.

⁵¹ Estos grupos sociales están conformados por la pluralidad de personas que se vinculan a un territorio determinado ya sea por vecindad, por la actividad económica que allí desarrollan o por la responsabilidad institucional que ocupan política o por prestación de servicios. Además, hay que considerar la pertenencia a la pluralidad de adscripciones de estos grupos ya sea de clase, género, etnia, edad o discapacidad, entre otras.

amplia gama de actividades orientadas al cambio social, incluida la promoción con y en nombre de la comunidad. Al fin y al cabo, es importante incidir en los factores previos que dificultan la eficacia de este tipo de intervención, de ahí la necesidad de reformar las condiciones sociales, políticas y económicas subyacentes que socavan la dignidad humana⁵².

Siguiendo esta propuesta de acción comunitaria el modelo restaurativo debería procurar una intervención que persiga el cambio social, tomando en consideración a las poblaciones y estructuras sociales vulnerables y oprimidas, pero también en concierto con ellas. En tal sentido, el sistema de justicia tradicional muestra una continua y alta dependencia del encarcelamiento, es decir, de la incapacitación como estrategia principal para reducir el crimen que no solo conlleva unos importantes costes, sino que, además, tiene efectos particularmente nocivos en los sectores más vulnerables de la población⁵³. Existe, por tanto, una necesidad urgente de enfoques alternativos al delito, pues el modo actual de la intervención sobre el fenómeno delictivo, hace poco para reforzar cualquier sentido de responsabilidad por parte del delincuente o participación personal en el proceso de justicia por parte de la víctima. Por ello es conveniente, que un proceso colectivo como es el comunitario no impida que se atienda a la individualidad de cada uno de los sujetos participantes, evitando la estandarización y las prenociones a cerca de los diferentes agentes en el conflicto. Esto evitará una percepción laxa del abordaje y la intervención restaurativa en el proceso de reparación de la pérdida de confianza, de la debilitación de la cohesión y de la disminución de condiciones de habitabilidad del entorno comunitario ante el hecho delictivo.

La propuesta restaurativa involucrada en la acción comunitaria se sitúa en un campo de actuación extenso ya que la organización de la comunidad requiere un método integral de acompañamiento, de ordenación, de capacitación y de movilización de los recursos materiales, sociales y políticos de la población en el territorio para orientar la acción a los cambios consensuados⁵⁴. Para el caso de las conferencias comunitarias, una herramienta completamente restaurativa, si bien es cierto que sus propósitos, así como su duración variarán en función de la temática, puede encontrar en la organización de la comunidad un itinerario de contenidos, funciones y competencias que sustente las estrategias para apoyar a las comunidades en el proceso de recuperación ante el crimen, para resolver conflictos basados en la comunidad y para construir una comunidad⁵⁵.

⁵² ESTES, R.J., "Social work, social development, and community welfare centers in international perspective", en *International Social Work*, vol. 40, núm. 1, 1997, pág. 43.

⁵³ WACQUANT, L., *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2010, págs. 179 y ss.

⁵⁴ MOIX MARTÍNEZ, M., *Introducción al Trabajo Social*, Trivium, Valencia, 1991, pág. 411.

⁵⁵ BECK, E., "Transforming communities: Restorative justice as a community building strategy", en *Journal of Community Practice*, vol. 20, núm. 4, 2012, pág. 282.

El método comunitario es una forma de hacer basada en el respeto a los derechos humanos, reflexiva, en diálogo y en comprensión con las personas y el modo particular en el que se experimentan las dificultades en un entorno dado⁵⁶. Precisamente una de las preocupaciones de las técnicas restaurativas es el manejo de la particularidad y la tensión entre los intereses colectivos e individuales. Un asunto imprescindible de manejar, para que mediante los procesos de restauración se procure una acción transformadora con incidencia en la política mediante la acción de vehicular las voces de los agentes involucrados en la comunidad⁵⁷. Se trata, por tanto, de una vía para la acción social integral, que procura un extenso abordaje de ámbitos, actores y gestión de la diversidad de lógicas e intereses sobre los escenarios en los que se construye la convivencia cotidiana más próxima a la ciudadanía con relación a un territorio.

El enfoque comunitario afronta muchas incertidumbres y, entre ellas, en las sociedades democráticas y liberales las propuestas comunitarias no siempre se reconocen aludiendo a la dificultad de identificar quiénes componen la comunidad. En tal sentido, como las prácticas restaurativas vienen sistematizando la convivencia y la seguridad en la comunidad es un asunto de interés para una amplia red de involucrados. A diferencia de otros modos de afrontar la cuestión delictiva, la intervención restaurativa y comunitaria ya no sólo es un asunto concerniente para las familias y los allegados de la persona víctima y del victimario, sino que procura la movilización de modo consciente de las funciones y los procesos de control social que corresponden a otros agentes e instituciones de la comunidad⁵⁸. Las personas, las instituciones y los sistemas de base comunitaria como las familias, los centros educativos, los entes religiosos, los medios de comunicación o las redes económicas, entre otros, conforman un entramado complejo, imperceptible, pero eficaz en los procesos de socialización. Las entidades, en un ejercicio de apertura a la comunidad, pueden encontrar mediante este mecanismo un espacio de encuentro en el que afrontar los déficits, los deterioros y las contradicciones que modelan normativamente la conducta de las personas y que, para el caso pueden fortalecer los procesos encaminados a construir la convivencia.

El marco restaurativo proporciona herramientas y favorece un proceso capacitador más allá de la resolución puntual de un conflicto. El desarrollo del sentido de autoridad, la adquisición de habilidades, la elaboración de estándares de comportamiento aceptables devuelve un espacio para la participación. Si bien debe ser lo suficientemente abierto a los agentes técnicos, políticos y responsables institucionales involucrados en la resolución de problemas y conflictos. Esto supondría un mecanismo para evitar que la comunidad se

⁵⁶ LORENTE MOLINA, B., y ZAMBRANO RODRÍGUEZ, C.V., “Reflexividad, Trabajo Social comunitario y sensibilización en derechos”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, 23, 2010, págs. 98-99.

⁵⁷ Cfr. POPPLE, K., *Analysing Community Work: Theory and Practice*, London, McGraw-Hill Education, 2015.

⁵⁸ COSTELLO, B., WACHTEL, J., & WACHTEL, T. *The restorative practices handbook: For teachers, disciplinarians and administrators*, International Institute for Restorative Practices, Bethlehem, 2019, pág. 60.

desconecte de otros espacios y entramados estructurales que influyen y modelan las condiciones en las que tiene lugar las conductas delictivas.

3.2. Los vínculos y el sentido de pertenencia en la construcción de la convivencia comunitaria

La participación social con un horizonte en la participación política interesa en este trabajo como un proceso abierto a la capacitación mediante el aprendizaje. Es precisamente esta acción encaminada a la pedagogía ciudadana la que nos permite un recurso muy valioso en el planeamiento de una estrategia de prevención del delito. No se trata enteramente de una adquisición del sentido de ciudadanía como ejercicio de derechos por la pertenencia a una entidad política, sino que es una cuestión de cómo la participación en la comunidad entendido como proceso social y político comienza temprano en la vida. Se trata de la asimilación e incorporación de una capacidad de acción y de responsabilidad, pero, esencialmente, estamos ante el conocimiento de uno mismo y de la relación con los demás. En definitiva, se trata de un proceso de ejercitamiento del sujeto como una agencia activa y un actor social influido por las relaciones con los demás y el contexto. Desde este punto de vista, la ciudadanía se refiere a la identidad y a la acción. En consecuencia, implica una acción integral, tanto de la dimensión individual sobre las facetas personales y cognitivas como de la dimensión colectiva sobre los componentes culturales de la sociedad. De forma que, es posible relacionar esta comprensión de la ciudadanía con el aprendizaje permanente, ya que la ciudadanía es un proceso continuo que se lleva a cabo a través de vínculos comunicativos. Precisamente la efectividad de las actuaciones restaurativas sobre el crimen depende en buena medida de cuáles y cómo son los vínculos y, por tanto, del sentido de pertenencia entre los actores involucrados. Por esta razón, ayuda a ubicar el impacto que tiene el delito sobre el entramado comunitario para el victimario, pero también el reconocimiento para la víctima como parte de la sociedad en la que se origina su daño.

Por ello creemos que es de interés la consideración de la construcción de la identidad y del sentido de pertenencia como parte de la dinámica comunitaria aportada por DELANTY, *“un modo de pertenencia que es simbólico y comunicativo a su vez más que un acuerdo institucional verdadero, y que es variable, capaz de sostener relaciones sociales radicales y modernas a la vez que tradicionales”*⁵⁹. Este planteamiento analiza los diferentes planos de la construcción del sentido de pertenencia del sujeto con la colectividad desde la participación entendida como relaciones de comunicación.

El sentido de pertenencia a una comunidad se refiere a ser parte de un colectivo que sirve como fuente de seguridad y apoyo social. Este se construye a través de elementos políticos, económicos, culturales, psicosociales y de relación del sujeto con un contexto determinado ya que implica una referencia a la propia sensación de seguridad emocional y sentimiento de aceptación. Así, entendemos que es relevante, reflexionar sobre el

⁵⁹ DELANTY, G., *Community. Comunidad, educación ambiental y ciudadanía*, Grao, Barcelona, 2010, pág. 49.

manejo del binomio, influencia y confianza, es decir, la influencia recíproca entre los individuos y la comunidad, incluyendo el cumplimiento de las normas sociales propias, la integración mediante la satisfacción de necesidades, o saber que la comunidad afrontará las eventualidades de sus miembros a partir de un sentido de valores compartidos; y conexión emocional comunal, basada en el intercambio de eventos e historia significativos aparecidos en el seno de la misma⁶⁰. En este sentido, la participación de los ciudadanos en la comunidad tiene un importante potencial para mejorar su bienestar y abordar los conflictos delictivos. Para ello es relevante atender a los factores que pueden aumentar la involucración a procesos participativos como la identidad comunitaria, el sentido de pertenencia y la confianza mutua entre los ciudadanos, pero también, la formalización de normas sociales de participación ciudadana, el sentido de eficacia política y la relación percibida de asociación con el gobierno local, así como las características sociodemográficas⁶¹.

Al fin y al cabo, la criminalidad es un fenómeno social que afecta de modo singular a las relaciones sociales en los entornos de proximidad, como los barrios. La inseguridad es la expresión derivada de este tipo de conflictos con una manifestación del menoscabo de los lazos sociales, del sentido de pertenencia y del apego al territorio deteriorando las condiciones de vida.

3.3. La convivencia y la seguridad en los barrios en desventaja social

El desarrollo y la organización son dos facetas del método comunitario importantes de manejar en los procesos propuestos por el modelo restaurativos tal y como se ha señalado más arriba. Ya que, los barrios donde se concentran la pobreza, el desempleo, los hogares encabezados por mujeres con menores recursos materiales y similares también son propensos a sufrir una falta de organización social⁶². Los residentes de las comunidades desfavorecidas suelen tener un acceso a menos recursos económicos, sociales e institucionales con los que afrontar y mejorar su vida diaria. Como resultado, los vecindarios desfavorecidos a menudo se caracterizan por, una cohesión y un control social informal debilitados, un mayor aislamiento social, una mayor sospecha y miedo de los demás y una reducción de los lazos de vecindad significativos⁶³. Bajo estas condiciones, la desventaja del vecindario ejerce efectos negativos tanto en la satisfacción con el entorno como en la vecindad informal. Los efectos de vecindario se han analizado en una variedad de contextos teóricos y aplicados y han demostrado ser de interés para comprender la persistencia de las dificultades socioeconómicas y los conflictos en

⁶⁰ McMILLAN, D.W., "Sense of community, a theory not a value: A response to Nowell and Boyd", en *Journal of community psychology*, vol. 39, núm. 5, 2011, pág. 507.

⁶¹ ZANBAR, L., "Sense of belonging and commitment as mediators of the effect of community features on active involvement in the community", en *City & Community*, vol. 19, núm. 3, 2020, pág. 618.

⁶² SAMPSON, R.J., "Moving and the neighborhood glass ceiling", en *Science*, vol. 337, núm. 6101, 2012, pág. 1464.

⁶³ SAMPSON, R.J., "Moving and the neighborhood glass ceiling", *op. cit.* pág.1465.

determinados entramados del territorio, dando cuenta de la magnitud e importancia de los efectos de vecindad. Pero también de la relevancia de la construcción social del territorio⁶⁴ que como advierte BOURDIEU va encerrando a las personas y a los distritos sobre sí mismos, haciendo que emerja el denominado efecto de lugar: *“el barrio estigmatizado degrada simbólicamente a los que lo rodean y quienes, a su vez, lo degradan simbólicamente ya que, desprovistos de todos los elementos necesarios para participar en los distintos juegos sociales, no comparten sino su común excomulgación. La reunión en un lugar de una población homogénea en cuanto a su desposeimiento tiene también como efecto redoblar el desposeimiento”*⁶⁵. El compromiso y la lealtad de las personas con la materialidad de un lugar es resultado precisamente de la necesidad humana de pertenencia⁶⁶. Sin embargo, las dinámicas de transformación que permean y conectan todos los niveles de la estructura social, incluida la comunitaria, abren un escenario de cambios necesarios de integrar en la creación de vínculos y referencias a un territorio que al fin y al cabo es la expresión de un lugar social concreto.

No obstante, ante la persistencia de la degradación de los entornos barriales, RICHARD SENNETT plantea los problemas éticos y de justicia social acerca de cómo las políticas públicas se movilizan para limitar la segregación. Pues la mezcla social de ciudadanía que permita el conocimiento mutuo, la concertación de intereses y la creación de los instrumentos para la convivencia, no es fácil ni responde a procesos emergentes y espontáneos. En este sentido, nos parece relevante recordar que la proximidad no es sinónimo de convivencia, ya que se puede dar una tendencia a coexistir con pautas de vida que permiten a grupos muy diferentes ignorarse mutuamente⁶⁷. La falta de propósitos en relación con la convivencia en sociedades plurales derivará probablemente en que los grupos sociales opten por la protección y la creación de espacios individuales frente al desarrollo de pautas de convivencia con un fondo y contenido propios de la justicia social. La manifestación de esta tendencia exige tomar ciertas precauciones en la política de prevención del crimen, para no intensificar determinados estigmas en grupos especialmente vulnerables y, por ende, en riesgo. Así pues, ante la segregación forzosa no es posible hacer comunidad ya que el gueto no es *“un invernadero de sentimientos comunitarios. Es, por el contrario, un laboratorio de desintegración, atomización y anomia sociales”*⁶⁸, por ello es importante promover las conexiones entre territorios y grupos sociales diversos que rompan con la inmovilidad e incomunicación para abordar

⁶⁴ SEVILLA BRENES, L. “Apuntes para pensar el territorio como tecnología política en la regeneración urbana ante la vulnerabilidad”, en Las políticas sociales que vendrán (Coord. Zambrano Rodríguez, CV.), Aranzadi Thomson Reuters, 2021, págs..(pp. 135-149).

⁶⁵ BOURDIEU, P., *La miseria del mundo*, Ediciones Ákal, Madrid, 1999, pág. 390.

⁶⁶ SENNETT, R., *Construir y habitar. Ética para la ciudad*, Anagrama, Barcelona, ²⁰¹⁹, págs. 221 y ss.

⁶⁷ GIMÉNEZ, C.J., *Convivencia social e interculturalidad en territorios de alta diversidad. Encuesta 2012 sobre convivencia intercultural en el ámbito local. Segundo informe*, Obra Social «la Caixa», Barcelona, 2014, págs. 16 y ss.

⁶⁸ BAUMAN, Z., *Comunidad: En busca de seguridad en un mundo hostil*, op. cit., pág. 119.

adecuadamente la delincuencia y la relación de estos hechos con las dinámicas y las estructuras de la sociedad de la que forman parte.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS: UNA POLÍTICA CRIMINAL SOCIAL Y RESTAURATIVA

En estas líneas hemos comenzado organizando la base teórica sobre la que se construye el concepto de justicia restaurativa. En este proceso descriptivo diferenciamos algunos de los elementos, como son: en primer lugar, el objeto, que es un conflicto con relevancia penal, esto es, tipificado como delito en algún texto punitivo. En segundo lugar, los partícipes identificados, que no se limitan a la víctima y victimario, actores tradicionales, y que incluye, además, a la comunidad. Y, en último lugar, el elemento teleológico en el que el castigo no es el objetivo, aunque no se rechaza que se integre en la dinámica restaurativa, ahora bien, el protagonismo lo tiene el interés por regenerar a la propia sociedad, y esto abarca una participación activa de todas las partes implicadas.

Esta definición tiene la capacidad de acoger múltiples herramientas restaurativas, algunas que ya existen y se están implementando, y otras que necesitan ser incorporadas o precisan de adaptación. En estas líneas hemos presentado algunas de ellas, cómo los círculos o las conferencias, para así lograr una mejor comprensión de lo que ofrece un modelo que integra a la comunidad. Estas fórmulas pueden ser adaptadas y trasladarse a los múltiples problemas que genera la delincuencia, así como a los diferentes momentos penales y procesales.

De esta forma, hemos podido abundar en la función que cumple la comunidad, en el modelo restaurativo de justicia penal. Y, es que, aunque el Estado ya tiene un importante papel en el clásico proceso penal, el modelo restaurativo nos permite distinguir un matiz a apreciar en el que el papel del Estado consiste en preservar el justo orden público; y el de la comunidad consiste en construir y mantener una justa paz o, al menos, una convivencia pacífica. La capacidad preventiva de realizar una propuesta en la que participe la comunidad definirá igualmente la política criminal que se diseñe.

Al poner en valor la dimensión social del delito nos permite analizar la capacidad preventiva de una intervención técnica y metodológica, si bien, realizada desde la comunidad y por la comunidad. La prevención delictiva no es más que la previsión de mecanismos adecuados que eviten la comisión de un delito, cobrando especial protagonismo la previsión de conductas repetidas por un mismo individuo, es decir, la reincidencia criminal. Así pues, con esta simple base pretendemos en estas líneas, poner el foco de atención en las prácticas completamente restaurativas, aquellas en las que la comunidad tiene un papel y una función propios.

Las propuestas restaurativas se conforman como un tipo de intervención comunitaria encaminada al diálogo social, de ahí que se conviertan en un recurso imprescindible en el planeamiento de una estrategia de prevención del delito a incluir en el diseño de una política criminal humanista e integradora. La gravedad de los conflictos de naturaleza

penal conlleva una manifestación del deterioro de los lazos sociales, al sentido de pertenencia y ahondando en su caso el menoscabo de unas mejores condiciones de vida.

Las dinámicas de transformación restaurativas permean y, al mismo tiempo, conectan todos los niveles de una estructura comunitaria. Estas fórmulas conforman un escenario de cambios necesarios que integra y reintegra a las personas, mediante la creación de vínculos y referencias a un territorio, expresión de un lugar social concreto. El beneficio que se percibe es que tiene la capacidad de incrementar la autosuficiencia de la comunidad y su capacidad para mantener su crecimiento. De ahí que la necesidad humana de pertenencia se convierta en un gran aliado en el momento crucial del diálogo y aceptación de los acuerdos. Al fin y al cabo, el sentido de pertenencia a una comunidad se refiere a ser parte de un colectivo que sirve como fuente de seguridad y apoyo.

También es importante comprender las vulnerabilidades asociadas a las prácticas restaurativas. Precisamente, para asegurar su capacidad transformadora, la justicia restaurativa, en todas sus formas y procesos, requiere tiempo. La formación debe ser más que un proceso de adquisición de habilidades, también debe incluir los recursos suficientes, así como las oportunidades para que los participantes interactúen con los valores y principios que son fundamentales para todos los procesos restaurativos. En esta línea, es necesario acentuar sobre un posible problema aplicativo: la sensación de que se premia al delincuente. La cuestión de la permisividad ante la criminalidad, lejos de ser anecdótica, es representativa de las razones de la escasa implementación de los recursos de los que dispone la justicia restaurativa en nuestro ordenamiento jurídico, y que, si hiciéramos análisis comparado, tanto en el ámbito internacional como en el europeo, se confirmaría un déficit inexplicable e importante en nuestro país. Por lo que la falta de tradición en España debe dejar de convertirse en excusa, y se debe comenzar a implementar una necesaria cultura del diálogo para resolver los diferentes conflictos que se suceden en nuestra sociedad. De ahí la necesidad de apoyo institucional y legal, que permitirá visibilizar estas herramientas y la importante función que cumplen.

En definitiva, ante la insuficiencia del sistema de justicia penal y penitenciario para lograr la reinserción, así como, reducir la reincidencia, las actuaciones basadas en la comunidad y la proximidad se plantean como una opción viable y compatible con una moderna política criminal de naturaleza restaurativa. La comunidad en cuyo seno se ha formado el delincuente también debe reflexionar y formar parte de este camino. Una propuesta de estas características precisa no solo un cambio en el sistema penal y penitenciario, también una transformación personal y social para lograr la aceptación de estas herramientas que fomentan el diálogo y la regeneración de los vínculos sociales. Así pues, previo a la implementación y posterior difusión, se debe ser consciente de que no es una herramienta que se desarrolle únicamente en la comunidad, sino más bien con la comunidad. En conclusión, no podemos negar que la integración de estos mecanismos precisa no solo de aceptación social, se exige una transformación social que introduzca nuevas mecánicas. Esta evolución social requiere que nos conformemos como un grupo

social que perciba el diálogo y el apoyo mutuo como una herramienta que nos beneficia a todos, y así lograr cambios sustanciales, a nivel individual y comunitario.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE SALA, J.F., “La prevención comunitaria del delito a través de la gobernanza local”, en *OBETS: Revista de Ciencias Sociales*, 11, núm. 2, 2016, págs. 383-418.
- AMANTE, A., SARAIVA, M. & MARQUES, T.S., “Community crime prevention in Portugal: an introduction to Local Safety Contracts”, en *Crime prevention and community safety*, vol. 23, núm. 2, 2021, págs. 155-173.
- AYLLÓN GARCÍA, J.D., “La Justicia Restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos”, en *Ars Boni et Aequi*, núm. 2, 2020, págs. 9-29.
- BARRETT, P., & SOPHIA, C., “Social Repercussions of Pandemics”, IMF Working Papers 2021/021, International Monetary Fund, 2021.
- BAUMAN, Z., *Comunidad: En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid, Siglo XXI, 2006.
- BECK, E., Transforming communities: Restorative justice as a community building strategy en *Journal of Community Practice*, vol. 20, núm. 4, 2012, págs. 380-401.
- BERNAL-DEL CASTILLO, J., “Prevención y seguridad ciudadana. La recepción en España de las teorías criminológicas de la prevención situacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 09, 2013, págs. 267-304.
- BOURDIEU, P., *La miseria del mundo*, Ediciones Ákal, Madrid, 1999.
- BRAITHWAITE, J., “Delito, vergüenza y reintegración. Delito y Sociedad”, en *Revista de Ciencias Sociales*, 2, núm. 32, 2011, págs. 7-18.
- CLARKE, M., BROWN, S., & VÖLLM, B., “Circles of Support and Accountability for Sex Offenders: A Systematic Review of Outcomes”, en *Sexual Abuse*, vol. 29, 2017, págs. 446-478.
- DELANTY, G., *Community. Comunidad, educación ambiental y ciudadanía*, 2010, Grao, Barcelona.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 22, 2005, págs. 13-52.
- ELLIOTT, I.A., Y BEECH, A.R., “A U.K. Cost-Benefit Analysis of Circles of Support and Accountability Interventions”, en *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, vol. 25, núm.3, 2012, págs. 211-229.
- ESTES, R.J., “Social work, social development, and community welfare centers in international perspective”, en *International Social Work*, vol. 40, núm. 1, 1997, págs. 43-55.

- FRONIUS, T., PERSSON, H., GUCKENBURG, S., HURLEY, N & PETROSINO, A., “Restorative Justice in US Schools: A Research Review”, en *WestEd*, 2016, págs.1-45.
- GALLARDO GARCÍA, R.M., “La intervención en el delincuente sexual en clave restaurativa: los círculos de apoyo”, en *Pederastia. Análisis jurídico-penal, social y criminológico*, (Dir./ Mesa Rodríguez, M.J.), Aranzadi, Pamplona, 2019, págs. 569- 596.
- GALLARDO GARCÍA, R.M., “El objeto de la mediación penal: especial referencia al ámbito familiar”, en *Mediación y Derecho*, (Coords./ Álvarez Alarcón, A., y García Molina, P.), Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 459-576.
- GALLARDO GARCÍA, R.M., “Mediación penal: clases y consecuencias jurídicas”, en *Mediación y Derecho*, (Coords./ Álvarez Alarcón, A., y García Molina, P.), Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 477-494.
- GALLARDO GARCÍA, R.M., y SEVILLA BRENES, L., “Conferencias comunitarias: una herramienta restaurativa desde la comunidad”, en *International E-Journal of Criminal Science*, vol. 3, núm. 27, 2022, págs. 1-29.
- GIMÉNEZ, C., *Convivencia social e interculturalidad en territorios de alta diversidad. Encuesta 2012 sobre convivencia intercultural en el ámbito local. Segundo informe*, 2012, Obra Social «la Caixa», Barcelona.
- GUMZ, E. J., & GRANT, C.L., “Restorative justice: A systematic review of the social work literature”, en *Families in Society*, vol. 90, núm.1, 2009, págs. 119-126.
- HÖING, M., VOGELVANG, B., & BOGAERTS, S., “I Am a Different Man Now”—Sex Offenders in Circles of Support and Accountability: A Prospective Study”, en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 61, 2017, págs. 751-772.
- JEDWAB, R., KHAN, A. M., RUSS, J., & ZAVERI, E. D., “Epidemics, pandemics, and social conflict: Lessons from the past and possible scenarios for COVID-19”, en *World Development*, vol. 147, 2021, págs. 1-16.
- KAHN, R.L., & ANTONUCCI, T.C., "Convoys over the life course: Attachment, roles, and social support", en *Life-span Development and Behavior*, (vol. 3), (Edits. / Baltes, P.B. & Brim, O.,) New York, Academic, 1980, págs. 253-286.
- LEGORRETA, J.J., “Cuando la comunidad no acumuna: Debates contemporáneos sobre la “falla” del estar-en-común”, en *Revista En-claves del pensamiento*, vol. 11, núm. 22, 2017, págs. 75-107.
- LOUDERBACK, E.R., & SEN ROY, S., “Integrating social disorganization and routine activity theories and testing the effectiveness of neighbourhood crime watch programs: Case study of Miami-Dade County, 2007–15”, en *The British Journal of Criminology*, 2018, vol. 58, núm. 4, págs. 968-992

- LORENTE MOLINA, B., y ZAMBRANO RODRÍGUEZ, C.V., “Reflexividad, Trabajo Social comunitario y sensibilización en derechos”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 23, 2010, págs. 85-102.
- McCOLD, P., “La historia reciente de la justicia restaurativa: mediación, círculos y conferencias”, en *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales*, núm. 36, 2013, págs. 9-44.
- McCOLD, P., & WACHTEL, T., “En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa”. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro. Recuperado el 31/02/2022 <https://www.iirp.edu/news/en-busca-de-un-paradigma-una-teori-a-sobre-justicia-restaurativa>
- McMILLAN, D.W., “Sense of community, a theory not a value: A response to Nowell and Boyd”, en *Journal of community psychology*, vol. 39, núm. 5, 2011, págs. 507-519.
- MENKEL-MEADOW, C., “Restorative Justice: What is it and Does it Work?”, en *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, núm. 583, 2007, págs.161- 187 Recuperado el 31/02/2022 en <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/583>
- MOIX MARTÍNEZ, M., *Introducción al Trabajo Social*, Trivium, Valencia, 1991.
- OLIVER OLMO, P., “El concepto de control social en la historia social. Estructuración del orden y respuestas al desorden”, en *Historia social*, núm. 51, 2005, págs. 73-91.
- ORDÓÑEZ-VARGAS L., y RODRÍGUEZ HEREDIA, D., “Más allá del Castigo Penal: un diálogo entre la justicia restaurativa y algunos escenarios de transición en Colombia”, en *Análisis político*, núm. 96, 2019, págs. 36-60. Recuperado el 31/02/2022 <https://doi.org/10.15446/anpol.v32n96.83749>
- PALI, B., & BIFFI, E., *Environmental Justice: Restoring the Future. European Forum for Restorative Justice*, Leuven, 2019.
- PASCUAL RODRIGUEZ, E., y RIOS MARTÍN, J.C., “Reflexiones desde los Encuentros Restaurativos entre Víctimas y Condenados por Delitos de Terrorismo”, en *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm. 3, 2014, págs. 427- 442. Recuperado el 31/03/2022 de <https://ssrn.com/abstract=2468162>
- PIKETTY, T., *La economía de las desigualdades: cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2019.
- POPPEL, K., *Analysing Community Work: Theory and Practice*, McGraw-Hill Education, London, 2015.
- RICHARDS K., & MCCARTAN, K., “Public Views About Reintegrating Child Sex Offenders via Circles of Support and Accountability (COSA): A Qualitative Analysis”, en *Deviant Behavior*, vol. 39, núm. 3, 2017, págs. 400–416.

- RIVERA GONZÁLEZ, G., “La justicia restaurativa desde la práctica penitenciaria”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, 2021, págs. 239-251.
- RÍOS MARTÍN, J.C., OLALDE ALTAREJOS, A.J., “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, en *Revista de Mediación*, núm. 8, 2011, págs. 10-19.
- RODRÍGUEZ PUERTAS, M.J., “El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, vol. 22, núm. 14, 2020, págs. 1-42.
- RUBIN, J.H. & RUBIN, S.I., *Community organizing and development*, Allyn and Bacon, Boston, 1992.
- SAMPSON, R.J., “Moving and the neighborhood glass ceiling”, en *Science*, vol. 337, núm. 6101, 2012, págs. 1464-1465.
- SGIIPP, *Informe General*, 1996 a 2020. Recuperado el 31/02/2022, en <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/-informe-general-de-instituciones-penitenciarias>
- SENNETT, R., *Construir y habitar: ética para la ciudad* (vol. 527), Anagrama, Barcelona, 2019.
- SEVILLA BRENES, L. “Apuntes para pensar el territorio como tecnología política en la regeneración urbana ante la vulnerabilidad”, en *Las políticas sociales que vendrán* (Coord. Zambrano Rodríguez, CV.), Aranzadi Thomson Reuters, 2021, págs.. (pp. 135-149).
- SHAPLAND, J., AERTSEN, I., DOHERTY, K., TEUNKENS, M., VANFRAECHEM, I., VAN PAGEE, R., y ZINSSTAG, E., *Conferencias: un camino a seguir para la justicia restaurativa: una guía práctica*, Foro Europeo de Justicia Restaurativa, Lovaina, 2011.
- SHERMAN, L., & STRANG, H., *Restorative justice: The evidence*, Smith Institute, London, 2007.
- TONCHE, J., y UMAÑA, C.U., “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición: un acuerdo de justicia ¿restaurativa?”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 38, 2017, págs. 223-241.
- VAN DIJK, J., “Crime Prevention Policy: Current State and Prospects”, en *Crime and criminal policy in Europe, Criminological research report* (vol. 43) (Eds./Kaiser, G. y Albrecht, H.J.), Max Planck Institute, Freiburg, 1990, págs. 205-220.
- WACQUANT, L., *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2010.

- WALBY, K., JOSHUA, C., “Community crime prevention and crime watch groups as online private policing”, en *Safer Communities*, vol. 20, núm. 4, 2021, págs. 237-250.
- WATCHEL, T., “Definiendo qué es restaurativo”, en *IIRP Graduate School*, 2016, págs. 1-13. Recuperado el 31/03/2022, en <https://www.iirp.edu/pdf/Defining-Restorative-Spanish.pdf>
- ZANBAR, L., “Sense of belonging and commitment as mediators of the effect of community features on active involvement in the community”, en *City & Community*, vol. 19, núm. 3, 2020, págs. 617-637.
- ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, Good Books, Estados Unidos, 2010.

ANÁLISIS

El Sistema Nacional de Pensiones y la política de endeudamiento en el Perú: financiamiento de las reformas paramétricas en crisis pandémica

The National Pension System and indebtedness policy in Peru: financing parametric reforms in pandemic crisis

LUIS ALBERTO QUINTANA GARCÍA

Magíster en Derecho con mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

luisalberto.quintana@unmsm.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0002-2808-6892>

Resumen: En el presente trabajo se analiza el problema del financiamiento de las reformas paramétricas realizadas al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) del Perú, en el periodo de la pandemia, para lo cual, se inicia con un estudio sobre el estado en el que se encuentra el SNP y cómo llega al contexto de la pandemia; posteriormente, se examina el proceso de implementación de las reformas paramétricas, a través de la revisión crítica del proceso de promulgación de la Ley N° 31083 y 31301, haciendo énfasis en el problema de su financiamiento. Teniendo en cuenta ello, se desarrolla un análisis comparativo para comprender las posiciones, contradicciones y causas que sirvieron para justificar dichas reformas paramétricas y cómo el problema del financiamiento se verá resuelto a través de la política del endeudamiento. A partir de ello, se examina el creciente entrelazamiento entre la política previsional y la política de endeudamiento, con el objetivo de delinear una perspectiva al problema del financiamiento, la cual, deberá ser ligada a transformaciones que incidan en la estructura económica, que impulsen el desarrollo nacional y permitan la construcción de una seguridad social genuina.

Palabras Clave: Sistema Nacional de Pensiones, Financiamiento, Política de Endeudamiento, Reformas Paramétricas, Pandemia.

Recepción: 28/01/2022

Aceptación: 09/03/2022

Cómo citar este trabajo: QUINTANA GARCÍA, Luis Alberto, “El Sistema Nacional de Pensiones y la política de endeudamiento en el Perú: financiamiento de las reformas paramétricas en crisis pandémica”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 5, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 85-121, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.05>

Abstract: *In the present work, the problem of financing the parametric reforms carried out to the National Pension System (SNP) of Peru, in the period of the pandemic, is analyzed, for which, it begins with a study on the state in which it is found. the SNP and how it reaches the context of the pandemic; subsequently, the implementation process of the parametric reforms is examined, through a critical review of the enactment process of Law N° 31083 and 31301, emphasizing the problem of its financing. Taking this into account, a comparative analysis is developed to understand the positions, contradictions and causes that served to justify these parametric reforms and how the financing problem will be solved through the debt policy. From this, the growing intertwining between the pension policy and the debt policy is examined, with the aim of outlining a perspective on the problem of financing, which should be linked to transformations that affect the economic structure, that promote the national development and allow the construction of genuine social security*

Keywords: *National Pension System, Financing, Indebtedness Policy, Parametric Reforms, Pandemic.*

Sumario: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- REFORMAS PARAMÉTRICAS Y POLÍTICA DEL ENDEUDAMIENTO. 2.1.- Situación del SNP ante la pandemia. 2.2.- Ley N° 31083: los retiros de aportes. 2.2.A.- Medida previsiblemente declarada inconstitucional. 2.2.B.- Un aspecto no declarado inconstitucional: la retribución extraordinaria. 2.3.- Ley N° 31301: la protección precarizada para los asegurados olvidados. 2.4.- Balance y análisis comparativo: subordinación de la política previsional a la política de endeudamiento. 2.5.- Perspectiva: hacia otras formas de comprender el problema del financiamiento. 3.- CONCLUSIONES. 4.-BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la década de 1990, empieza la marcha hacia la privatización del sistema previsional del Perú, en el que, el Sistema Nacional de Pensiones (en adelante, el SNP) será administrado por la Oficina de Normalización Previsional (en adelante, la ONP) y tendrá como responsabilidad principal la de velar por las pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivencia (viudez, orfandad y ascendientes) de sus asegurados y pensionistas.

Posteriormente, con el desarrollo y consolidación del proceso privatizador, se fue agudizando, progresivamente, la crisis del SNP producto de la política previsional de desmantelamiento implementado por el Estado y de su apoyo explícito al producto previsional más relevante de la ola privatizadora: las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (en adelante, las AFP). Esta situación ha determinado el porvenir del SNP: presupuesto deficitario para cumplir con sus obligaciones previsionales, imposibilitándolo de avanzar hacia una nueva reestructuración y limitándolo a sufrir los embates demográficos, económicos y sociales, que en determinadas coyunturas aparecen para cuestionar su existencia.

En dicho estado de cosas, el SNP ha sobrevivido hasta llegar al contexto actual de la pandemia, panorama en el que se ha visto envuelto –nuevamente– a la exigencia de reformas paramétricas¹, con el objetivo de atender a la situación precaria que, durante

¹ Según, ORTIZ, I., DURÁN- VALVERDE, F., URBAN S., WODSAK V. y ZHIMING YU, “La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina (2000-2018)”, Suiza, Departamento de Protección Social de la OIT,

décadas, viven aquellos asegurados que no cumplieron con los requisitos legales para acceder a una pensión. Es en estas condiciones, en las que se iniciará un conflicto en torno a las medidas legislativas a adoptar (v.g. la entrega de una retribución extraordinaria, modificaciones y flexibilización de los requisitos para el acceso a las pensiones y la creación de tipos de pensiones ligadas a la situación de la pandemia) para adecuar el SNP a la situación de los asegurados en pandemia, teniendo como eje de los debates, el problema del financiamiento. Pues, estando a que el Estado invierte ingentes sumas de dinero para atender la salud y otras áreas consideradas prioritarias para la reanudación de las actividades económicas (v.g. tecnología para garantizar el retorno de las clases presenciales), las reformas paramétricas al SNP obtienen cuestionamientos.

En este embrollado panorama, resulta importante analizar el proceso conflictivo por el que atravesaron dichas medidas legislativas que se buscaron implementar, teniendo como eje del debate su financiamiento, pues, a partir de esta, podremos comprender el futuro del SNP y de la forma en que se viabilizarán –de existir– las nuevas reformas. Esto, desde luego, nos expresa una nueva etapa en la que se verá sumergida la crisis del SNP, la cual, adquiere nuevas dimensiones y se entrelaza con la política económica.

Por ello, en la presente investigación abordaremos, en primer lugar, la situación del SNP y cómo se encontró ante la pandemia, en segundo lugar, analizaremos las reformas paramétricas implementadas al SNP, que tuvieron su expresión en la Ley N° 31083 (4/12/2020) y 31301 (22/07/2021), teniendo en cuenta las causas y conflictos en torno a su implementación y las fuentes de financiamiento; en tercer lugar, realizaremos un

2019, p. 5, las reformas paramétricas “implican cambios menores al sistema público existente, como cambios en la edad de jubilación, las tasas de cotización, la fórmula de cálculo de las prestaciones, etc., con el objetivo de fortalecer su sostenibilidad financiera a largo plazo, al tiempo que se garantiza la seguridad de los ingresos en la vejez”. Desde el punto de vista de la superestructura previsional, esta definición pone énfasis en las correcciones menores que al interior del sistema previsional se deben realizar para evitar su crisis de sostenibilidad. Sin embargo, desde el punto de vista de la estructura económica, las reformas paramétricas terminarán siendo, en última instancia, las exigencias que la política económica requiere al interior del sistema previsional para evitar su crisis, de esta forma se reproduce la política económica en la política previsional. Así, la estructura económica condiciona a la superestructura previsional en sus exigencias para sus reajustes periódicos. Esto determinará que, por ejemplo, ante el déficit presupuestario para cumplir con las obligaciones previsionales, la estructura económica exija a la superestructura previsional las variaciones para hacer frente a ella (v.g. puede optarse por aumentar la edad de jubilación o aumentar los requisitos para acceder a las pensiones). Esto encuentra un mayor campo de conflictividad en países del tercer mundo, pues, cuando hablamos de la estructura económica, esta se caracteriza por ser subdesarrollada y dependiente, situación que imposibilita al Estado a realizar variaciones armónicas entre la estructura económica subdesarrollada y superestructura previsional, por el contrario, se ven obligados a implementar reformas paramétricas que agudizan la situación precaria de los asegurados, ya que no pueden desplegar opciones más allá de los límites que le impone dicha estructura. De aquí surgen dos puntos de vista antagónicos, pues, desde una política económica subdesarrollada y neoliberal, aquellas propuestas (puestas como ejemplos) para superar el déficit presupuestario serían adecuadas para “fortalecer la sostenibilidad financiera a largo plazo” del sistema previsional, sin embargo, desde el punto de vista democrático-popular, la cuestión es el cambio de la estructura económica subdesarrollada y dependiente para optar por otras medidas que, en primer lugar, permitan un mayor ámbito de maniobra para adoptar salidas diversificadas (v.g. generar fuentes de ingresos a través de las transformaciones económicas del país, impuesto a los multimillonarios, cobro de las deudas a los multimillonarios, etc.), para luego, en segundo lugar, adoptar medidas tendentes a armonizar la estructura económica en transformación con la superestructura previsional (v.g. bajar la edad de jubilación o eliminar los requisitos para acceder a las pensiones).

análisis comparativo con el objetivo de descubrir las razones reales que fueron el eje central para llevar a cabo las reformas paramétricas y cómo se integran a la política de endeudamiento; a partir de ello, esbozaremos un horizonte diferente, bajo premisas realistas, para dar una salida al conflicto del financiamiento previsional.

Con los objetivos señalados, podremos comprender el problema del financiamiento y el endeudamiento al que se le somete, progresivamente, al SNP de nuestro país (lo cual no es exclusivo de dicho sistema sino de la política social en general), experiencia que resulta fundamental para el análisis comparativo de los sistemas previsionales públicos de los países que se encuentren en las mismas condiciones de subdesarrollo y dependencia, ya que, sólo así, se podrá dejar de lado el reformismo paramétrico y, por el contrario, orientar el problema de la falta de fuentes de financiamiento hacia la necesidad de crear fuentes permanentes de ingresos (más allá de las medidas impositivas como cotizaciones, impuestos, etc.) ligadas a proyectos de desarrollo nacional como parte de transformaciones en la estructura económica con el fin de construir una seguridad social genuina.

2. REFORMAS PARAMÉTRICAS Y POLÍTICA DEL ENDEUDAMIENTO

2.1. Situación del SNP ante la pandemia

En el contexto de la pandemia, las autoridades de nuestro país emitieron un conjunto de medidas orientadas a la declaratoria de emergencia y al aislamiento social obligatorio (cuarentena), así, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, del 11 de marzo de 2020, se declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional y con el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, del 15 de marzo de 2020, se estableció el inicio del aislamiento social obligatorio.

Posteriormente, el Estado previó la necesidad de plantear el desconfinamiento que permitiera la reanudación de las actividades económicas, pero protegiendo la vida y la salud de los trabajadores, conforme a los parámetros fijados mediante el Decreto Supremo N° 094-2020-PCM del 23 de mayo del 2020 (nueva convivencia social), permitiendo la implementación de diversos reglamentos, lineamiento, protocolos, etc. relacionados con la seguridad y salud en el trabajo, en ese sentido, se emitieron medidas, entre otras, tales como el Decreto Supremo N° 116-2020-PCM, del 26 de junio de 2020, que prorrogó sólo el estado de emergencia nacional y fijó las pautas para una cuarentena focalizada y la inmovilización social sólo por horarios a partir del 1 de julio del 2020; después de estas medidas, las actividades económicas se vieron reactivadas por medio de fases.

En estas condiciones, el Estado implementó medidas para atender la situación de vulnerabilidad de los asegurados y pensionistas del SNP, destacándose las siguientes:

- Decreto de Urgencia N° 038-2020 (14/04/2020), por el que los trabajadores, a quienes se les aplicó la suspensión perfecta de labores y se encontraban cercano a jubilarse, fueron exonerados de aportar, por el tiempo faltante para acceder a su pensión, hasta por un máximo de tres meses (art. 9).

- Decreto de Urgencia N° 077-2020 (2/07/2020), por el que se han establecido dos medidas fundamentales: 1) privilegiar la tramitación de las solicitudes de pensiones por medios electrónicos, lo que implicó el otorgamiento de una pensión provisional en los casos en que no se haya resuelto la solicitud de pensión de invalidez, jubilación y sobreviviente, que se presentaron durante el lapso de treinta días a partir de la vigencia del decreto de urgencia; la pensión provisional sería ajustada, posteriormente, a la pensión definitiva correspondiente; y 2) distribución y entrega de pensiones a domicilio en el que los jubilados se encuentren en situación de vulnerabilidad e imposibilitados para realizar el retiro de forma presencial. Estas medidas se encontraban financiadas con cargo al presupuesto de la ONP sin demandar recursos adicionales al tesoro público (arts. 2-3).

Dos fueron los fundamentos de estas medidas: por un lado, la lógica de ofrecer liquidez a los pensionistas con el propósito de contribuir a la reactivación progresiva de la economía del país, y por el otro, el de facilitar el acceso a las pensiones y evitar la exposición a la COVID-19 de los jubilados, pues, las personas mayores de 65 años de edad eran las que, estadísticamente, concentraban el mayor grado de fallecimiento en comparación con otros grupos de edades.

De esta forma, se ha tratado de palear la situación dramática de los asegurados y pensionistas del SNP, que, encontrándose en una situación de abandono por los inexistentes o deficientes servicios de salud, son forzados a ver en sus fondos previsionales las fuentes de su supervivencia, dejando de lado su futuro previsional.

Para inicios del 2021, casi todas las medidas de aislamiento social obligatorio han sido levantadas salvo algunas restricciones que no han sido contundentes ni de gran cobertura, sin embargo, a través de los Decretos Supremos N° 201-2020-PCM (21/12/2020), N° 008-2021-PCM (27/01/2021) y N° 023-2021-PCM (13/02/2021), se retomaron dichas medidas, aunque adoptando el enfoque de nivel de alerta (moderado, alto, muy alto y extremo). Meses después, se levantaron nuevamente las restricciones, pero también, se prolongó el Estado de Emergencia mediante Decreto Supremo N° 009-2021-SA (19/02/2021), a efectos de continuar con las medidas de prevención de contagios ante la COVID-19.

Posterior a todo ello, todas las actividades económicas han sido reactivadas y las medidas restrictivas de inmovilización han desaparecido en absoluto, producto de las campañas de vacunación que se vienen ejecutando de forma escalonada y a toda la población. Esta situación permite avizorar un panorama caracterizado por el uso predominante de las tecnologías de información y comunicación en las relaciones laborales.

En este panorama, se han generado cuestionamientos al SNP y a su lógica contributiva y solidaria; lo que ha llevado a exigirle actuaciones similares a la del Sistema Privado de Pensiones (en adelante, el SPP) a fin de, por ejemplo, retirar los fondos de pensiones. Situación que, los dueños de las AFP, han sabido manejar, políticamente, para exigir

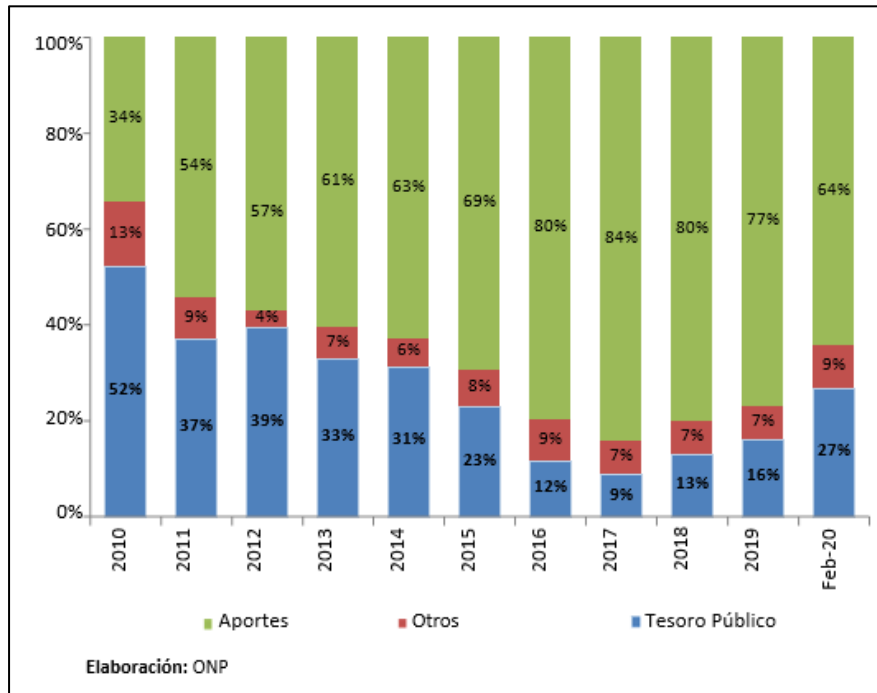
“reformas” al sistema de pensiones bajo el esquema del “sistema multipilar”², en las que ellos se especializan y tengan el control absoluto del manejo financiero de las pensiones, quedando rezagado el Estado a un mero ente administrador-burocrático y asistencial.

Por su parte, el Estado, quiso implementar una reforma a través del Proyecto de Ley N° 7042/2020-CR denominado “Ley Marco de Creación del Sistema Integrado Universal de Pensiones” que a la fecha ha sido archivada sin ninguna relevancia (como casi todas las iniciativas del Estado), pero representó gastos del presupuesto público en la creación de comisiones de expertos para que, durante más de 7 meses, elaborarán un proyecto inejecutable, el cual, estuvo bajo el auspicio de los –ya conocidos– órganos internacionales (v.g. Banco Mundial) y de sectores sindicales que reproducen sus discursos (v.g. sistema multipilar), quienes –como siempre–, prestan sus servicios inmediatamente al Estado con el objetivo de evitar el cuestionamiento al problema de fondo sobre el sistema de protección social del país: la estructura subdesarrollada y dependiente que genera una superestructura de subprotección social.

En estas condiciones, se han venido desarrollando las políticas previsionales vinculadas al SNP, las cuales se han limitado a una conducta reactiva por parte del Estado, esto es, actuar en función de lo que, simplemente, las circunstancias externas exijan, sin planificar ni tener una visión integral de grandes transformaciones estructurales que nuestro país requiere. Por ello, el Estado ha jugado un rol importante –y más aún en la pandemia– en destinar recursos para el financiamiento de las obligaciones previsionales, pues, por un lado, los asegurados se vieron en la imposibilidad de continuar aportando mensualmente por su situación de inestabilidad laboral, mientras que los pensionistas, se encontraron en una situación de alta vulnerabilidad por ser un sector de alto riesgo recrudecido por la pandemia.

Este soporte presupuestario del Estado hacia la ONP obtiene una relevancia de primer orden, por ello, a continuación mostramos su proceso evolutivo:

² Este sistema se constituye por tres pilares, los cuales son: 1) Servicio público no contributivo, 2) sistema financiado por cotizaciones obligatorias, y 3) sistema voluntario sujeto a elección. Al respecto, SAINT-JOURS, Y., “El conflicto seguridad social y seguros privados: la experiencia francesa”, *Contextos, Revista Crítica de Derecho Social*, núm. 3, 1999, pp. 121-122, con justa razón, ha señalado que, bajo dicho esquema, el primer pilar convierte a la seguridad social en asistencia pública mejorada, mientras que los otros dos pilares determinan que la previsión social y el seguro individual sean librados a la ley del mercado. Esto expresa la lucha de la seguridad social contra las compañías privadas que buscan su desmembramiento, las cuales, son estimuladas por las formas de financiamiento que apuntan a reducir el campo de acción de aquella. Esto se agudiza si pensamos en un país del tercer mundo, donde abunda la informalidad, el subempleo, el desempleo y el trabajo independiente, los cuales, pueden facilitar las estrategias de desmembramiento de los precarios sistemas de protección social. Las AFP tienen allí un ámbito para acelerar los procesos de privatización, convirtiendo al Estado en un apéndice de sus negocios, pues, le conmina a hacerse cargo del primer pilar, dejando los otros dos a ellos. Esto no hace más que fortalecer su posición de dominación en el control del uso de los fondos de pensiones y continuar con el fortalecimiento de sus empresas en las que se invierten dichos fondos.

Cuadro 1: Fuente de financiamiento de la planilla del SNP

Del cuadro se observa una tendencia del déficit hacia la baja del 2010 hasta 2017, sin embargo, desde 2018 hacia adelante fue, progresivamente, aumentando hasta antes del inicio de la pandemia. Cabe destacar que, para el 2019 –según la ONP- se calcula el déficit del SNP en S/138,500 millones (USD 34,430 millones). Al mes de febrero del 2020, las obligaciones previsionales eran financiadas, principalmente, de la siguiente manera: el 27% por el tesoro público y el 64% por los asegurados. El Estado, en este panorama, se ha limitado a suministrar recursos económicos a fin de atender al déficit presupuestario.

El SNP, en estas condiciones, debió enfrentarse al problema del financiamiento, que se expuso ante la sociedad como un factor determinante al momento de establecer proyectos de ley, pues estando en una situación de precariedad generalizada, las medidas no debían ilusionar a los asegurados ni pensionistas. Por ello, el Estado debió evaluar los recursos presupuestarios disponibles, así como, establecer medidas para aumentar sus reservas económicas.

Estas premisas originarán un debate entre el Poder Ejecutivo y Legislativo sobre las reformas paramétricas a implementar, con el propósito de atender la situación de los asegurados al SNP, a quienes, las medidas, señaladas *ut supra*, eran insuficientes. Es así que, se da el inicio de los debates sobre las propuestas legislativas idóneas a implementar, las cuales, tendrán como eje central la búsqueda del financiamiento correspondiente que las haga sostenible en el tiempo.

2.2. Ley N° 31083: los retiros de aportes

2.2.A. Medida previsiblemente declarada inconstitucional

La situación del país exigía medidas que protegieran a los afiliados del SNP, pero que, a su vez, permitiera, dentro de la reincorporación económica, dinamizar la economía del

país. Los programas previsionales implementados por el Estado recogieron dichos postulados, pero enfocaron sus acciones hacia la liberación de los ahorros previsionales, considerándola como una fuente de ingresos adicionales para paliar la situación de necesidad de los afiliados.

En este periodo se presentó una situación diferenciada entre los sistemas previsionales, pues, mientras los asegurados al SNP esperaban alguna medida focalizada (además de las ya señaladas), por otro lado, los afiliados al SPP obtuvieron la posibilidad retirar sus aportes previsionales para atender a su situación de vulnerabilidad [v.g. D.U. N° 034-2020 (1/04/2020), Decreto de Urgencia N° 038-2020(14/04/2020), Ley N° 31017 (1/05/2020) y Ley N° 31068 (18/11/2020)]. Esta situación expresaba el trato diferenciado entre los afiliados al SNP y SPP. De aquí surgirá la exigencia de establecer una medida de retiro a favor de los asegurados al SNP. Dicha medida surgió de un estado de necesidad inmediata que legitimaba su exigencia, sin embargo, lo que se estaba haciendo era introducir lógicas de regulación ajenas (v.g. individualismo patrimonial-previsional) al sistema de reparto (v.g. la solidaridad).

En el Congreso de la República se discutieron las medidas necesarias a implementar. Así, la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República y la Comisión de Trabajo y Seguridad Social emitieron dictámenes buscando habilitar la devolución de los aportes previsionales. En cuanto al financiamiento, se señaló que, los recursos provendrían de los propios aportes que los asegurados hicieron durante su vida activa; por lo que, ante el déficit, el Estado estaba en la responsabilidad de desembolsar sumas dinerarias adicionales. Cabe advertir que, en sus fundamentaciones y propuestas de autógrafas de ley no figura un acápite específico que señale bajo qué mecanismos el Estado deberá proceder para obtener mayores recursos económicos³.

Lo que se buscaba a través de estos dictámenes, era introducir la lógica de los aportes en una cuenta individual al SNP, por ello, se le exigió al Estado que devolviera los aportes, como si aquel tuviera un registro individual y llevara la cuenta de los aportes realizados en el tiempo. Esta concepción no comprendió la lógica del funcionamiento del régimen

³ *Vid.*: COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, “Dictamen del Proyecto de Ley 4977/2020-CR”, 24 de julio del 2020; COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA, “Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 4977/2020-CR, 5030/2020-CR, 5044/2020-CR, 5047/2020-CR, 5063/2020-CR, 5107/2020-CR, 5109/2020-CR, 5157/2020-CR, 5196/2020-CR, 5199/2020-CR, 5215/2020-CR, 5351/2020-CR, 5409/2020-CR, 5449/2020-CR, Y 5531/2020-CR, ley que habilita a los exaportantes a la ONP a solicitar el 100% de sus aportes al Sistema Nacional de Pensiones”, 8 de julio del 2020; COMISIÓN DE PRESUPUESTO Y CUENTA GENERAL DE LA REPÚBLICA, “Dictamen recaídos en los Proyectos de Ley 5030/2020-CR, 5044/2020-CR, 5063/2020-CR, 5104/2020-CR, 5107/2020-CR, 5196/2020-CR, 5199/2020-CR, 5215/2020-CR, 5425/2020-CR, 5619/2020-C y 5676/2020-CR, referidos al Sistema Nacional de Pensiones”, 5 de agosto del 2020, y COMISIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 133/2016-CR, 2411/2018-CR, 3561/2018-CR, 4310/2018-CR, 5157/2020- CR, 5329/2020-CR, 5334/2020-CR, 5409/2020-CR, 5425/2020-CR, 5449/2020-CR, 5676/2020-CR y 5800/2020- CR, Ley que propone la devolución de los aportes al Sistema Nacional de Pensiones”, 13 de agosto del 2020.

contributivo: los aportes realizados sirven para financiar las pensiones otorgadas a los jubilados, de ahí que, las sumas dinerarias no se guardan en cuentas individuales, sino que se acopian colectivamente para ser transferidos, inmediatamente, a los pensionistas. Este procedimiento se realiza mensualmente y como vimos, el SNP no se abastece con los aportes de los asegurados, ya que recurre al tesoro público para cumplir con sus obligaciones previsionales.

El 25 de agosto del 2020 el pleno del Congreso de la República aprobó el Texto sustitutorio presentado por las siguientes comisiones: 1) Economía, Banca, Finanza e Inteligencia Financiera, 2) Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, 3) Presupuesto y Cuenta General de la República, y 4) Trabajo y Seguridad Social; el cual, recayó en diversos proyectos de ley (v.g. 4977/2020-CR y otros) y tuvo como objetivo devolver los aportes realizados a los asegurados. Dicha autógrafa contenía un proyecto de ley titulado: “Ley que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 Administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP)”, que estableció lo siguiente: i) los aportantes activos e inactivos pueden solicitar la *devolución* de los aportes, hasta una (1) unidad impositiva tributaria (UIT), esto es S/. 4,300 (USD 1,069), en dos armadas, aplicándole silencio administrativo positivo en su tramitación ante la ONP y con carácter intangible; ii) las personas que han aportado al Sistema Nacional de Pensiones (SNP) y que a los 65 años de edad o más, no han logrado cumplir los requisitos para obtener una pensión (20 años de aporte), tienen derecho a la *devolución* de la totalidad de sus aportes efectuados, en dos armadas y aplicándole silencio administrativo positivo en su tramitación ante la ONP; y iii) la ONP otorgará por única vez, a los pensionistas del Decreto Ley 19990, una *retribución extraordinaria* equivalente a una (1) remuneración mínima vital (RMV), esto es, S/. 930 (USD 231).

Estas medidas establecidas se concentran, fundamentalmente, en dos ámbitos: 1) de la devolución de los aportes, estableciendo ciertos topes, y 2) de la retribución extraordinaria; ambos exigían desembolsos económicos por parte del Estado a fin de hacer ejecutable dichos planteamientos. Dada la falta de explicación de las fuentes de financiamiento, era previsible el problema en que se encontraría. Esta situación se agravó por la existencia de un ambiente político conflictivo entre el Congreso y el Poder Ejecutivo. A pesar de ello, los partidos políticos del Congreso buscaron los consensos requeridos entre ellos para acelerar la conversión en ley de la autógrafa.

Posteriormente, el 28 de agosto del 2020, la autógrafa de la Ley fue remitida al Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo, realizó diversas observaciones a dicha autógrafa, entre las cuales, señaló, en relación al problema del financiamiento, que el costo estimado para implementar el proyecto de ley sería de S/15,956 millones (USD 3,966 millones), beneficiando a un total de 5 millones 290 mil personas. Estas estimaciones no tomarían en cuenta los efectos colaterales así como la logística, personal y tecnología requerida para su implementación, por lo que el costo señalado sería mucho mayor; incluso, de financiarse con recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (en adelante, el FCR), que concentraban aproximadamente S/ 19,257 millones (USD 4,782 millones), no todos los activos podrían ser vendidos en el tiempo requerido y de venderse, se

realizaría a precios inferiores a su valor real, obteniendo aproximadamente S/ 8,270 millones (USD 2,054 millones), pues, para aquel momento, no existió ofertas en el mercado financiero para comprarlos. Adicional a todo ello, el Poder Ejecutivo informó que remitió al Poder Legislativo, con fecha 2 de septiembre del 2020, el Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE, como alternativa a la iniciativa legislativa observada, para atender, con carácter de urgente, la insatisfacción de la población que busca acceder a una pensión⁴.

Así, todos estos cálculos económicos observados por el Poder Ejecutivo rechazaban el proyecto presentado por el Poder Legislativo, debido al gasto económico que representaba para el tesoro público, tanto en la devolución como en la retribución extraordinaria. El rechazo era total, y lo que se planteaba era una “salida” alternativa a través del Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE.

Debe recordarse que, en este periodo, nuestro país suscribió un acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (en adelante, el FMI), en el que, se acordaba, por un término de dos años, una línea de crédito flexible ascendente a USD 11,000 millones, a fin de atender la crisis de la pandemia relacionada a la emergencia sanitaria, la crisis de las empresas, hogares vulnerables y mantener flujos de crédito adecuados a la economía⁵. Esto inicia un proceso de subordinación que, progresivamente, se verá como un mecanismo de financiamiento de los programas sociales (v.g. bonos), los cuales, serán implementados sucesivamente. Tanto el Congreso como el Poder Ejecutivo advirtieron dicha situación, y a partir de este mecanismo se irá trazando la nueva forma de “consensuar” los proyectos de ley que impliquen gastos para el Estado.

Ante la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República, llegó el Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE presentado por el Poder Ejecutivo, el cual, fue sometido a debate por la comisión, obteniendo diversas modificaciones aportadas por los propios congresistas y siendo aceptadas por la Ministra de Economía y Finanzas, María Antonieta Alva Luperdi; sin embargo, la Comisión lo rechazó ya que, en ese momento, lo consideró innecesario e inoportuno, por lo que buscó acelerar el proceso de aprobación de su proyecto de ley sobre la devolución de aportes⁶.

Por su parte, la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, al analizar el Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo, lo calificó como complementario al presentado por el Congreso y que, en su debido momento, se aprobaría⁷. Lo que se destaca de su exposición es que, a fin de evitar los

⁴ Vid.: PODER EJECUTIVO, “Autógrafa de Ley observada por el Poder Ejecutivo”, 18 de septiembre del 2020.

⁵ Vid.: FMI, “El Directorio Ejecutivo del FMI aprueba un acuerdo de dos años a favor de Perú por US\$ 11.000 millones en el marco de la Línea de Crédito Flexible”, 28 de mayo del 2020.

⁶ Vid.: COMISIÓN DE PRESUPUESTO Y CUENTA GENERAL DE LA REPÚBLICA, “Dictamen recaído en el proyecto de Ley N° 6114/2020-PE que propone la ley para establecer medidas extraordinarias a favor de las/os aseguradas/os del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), regulado por el Decreto Ley N° 19990, por motivo del impacto del Covid-19 en la economía peruana”, 25 de noviembre del 2020.

⁷ Vid.: COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, “Dictamen de insistencia aprobado por UNANIMIDAD, recaído en las observaciones a la autógrafa de ley que establece un Régimen Especial Facultativo de devolución de los

mayores recursos que representaría para el tesoro público, consintieron el financiamiento a través del endeudamiento externo mediante la emisión de bonos, dado que, nuestro país tenía indicadores favorables de riesgo país en la región, o también por medio de los recursos provenientes de la línea de crédito flexible acordados con el FMI. Por otro lado, la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, señaló la posibilidad de financiar el proyecto de ley a través del FCR o el fondo de contingencia⁸. A diferencia de estas comisiones, la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, prefirió contestar las observaciones, a partir de la cual, encontró responsabilidad en el Estado y la ONP en la administración de los fondos de pensiones, por lo que no cabía –a su entender– la posibilidad de desconocer los aportes realizados por los asegurados, sin embargo, no planteó la fuente de financiamiento del proyecto en cuestión⁹. Todas estas comisiones aprobaron el dictamen en insistencia, lo que significaba el rechazo a las observaciones realizadas por el Poder Ejecutivo a la autógrafa de ley. Lo fundamental –para el Poder Legislativo– era continuar con el procedimiento hasta la aprobación del proyecto a expensas de las observaciones.

Un visión particular del problema del financiamiento lo encontramos en la posición minoritaria de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, que buscó integrar los proyectos presentados por el Poder Legislativo y Ejecutivo, recogiendo íntegramente los fundamentos y el texto legal del proyecto de Ley 6114/2020-CR, sin embargo, su posición no tuvo impacto alguno en el procedimiento en curso¹⁰. La promulgación de la ley sobre retiros de aportes, formaba parte del acuerdo mayoritario del Congreso, ante lo cual no cabía oposición.

Estas actitudes de caudillismo y personalismo son comunes en los partidos políticos de nuestro país, quienes, guiados por el pragmatismo, poco o nada les importan los medios sobres los cuales se consigue el objetivo. Para ellos, lo fundamental son los “resultados”. Y desde luego, el resultado más inmediato a su vista era la propuesta del propio Congreso,

aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley N° 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) (Proyecto de Ley N° 4977/2020-CR y otros)”, 1 de octubre del 2020.

⁸ Vid.: COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA, “Dictamen de insistencia recaído en las Observaciones del Presidente de la República a la Autógrafa de Ley que establece un Régimen Especial Facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley N° 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) en relación a los Proyectos de Ley N° 4977/2020-CR y otros”, 6 de noviembre del 2020.

⁹ Vid.: COMISIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Dictamen de Insistencia recaído en las Observaciones del Poder Ejecutivo a la autógrafa de la Ley que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP)”, 19 de noviembre del 2020.

¹⁰ Vid.: COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA, “Dictamen en minoría recaído en los proyectos de ley N° 133/2016-CR, 2411/2018-CR, 3561/2018-CR, 4310/2018-CR, 4977/2020- CR, 5030/2020-CR, 5044/2020-CR, 5047/2020-CR, 5063/2020-CR, 5104/2020-CR, 5107/2020-CR, 5109/2020-CR, 5157/2020-CR, 5196/2020- CR, 5199-2020-CR, 5215/2020-CR, 5329/2020-CR, 5334/2020-CR, 5351/2020-CR, 5409/2020-CR, 5425/2020-CR, 5449/2020-CR, 5531/2020- CR, 5619/2020-CR, 5676/2020-CR, 5677/2020-CR, 5800/2020-CR, 5938/2020-CR, 5968/2020-CR y 6114/2020-CR”, 2 de diciembre del 2020.

sin atender a las observaciones realizadas por el Poder Ejecutivo, quien advirtió iniciar acciones legales contra la ley futura que se pretendiera promulgar.

En todo este embrollado panorama, podemos señalar que, el proyecto aquí analizado se nos presenta, dada la coyuntura actual de una agravada situación precaria de la totalidad de sectores del pueblo trabajador, como una “solución” para los aportantes activos e inactivos, exaportantes mayores de 65 años y pensionistas, sin embargo, no es la primera vez que se presentan este tipo de proyectos, con estas mismas características y con los mismos objetivos políticos.

Por ello, la ONP, en el Informe N° 42-2020-DPR/ONP, del 1 de junio del 2020, emitió su opinión sobre diversos proyectos de ley en los que se encontraban, entre otros, el elaborado por la Comisión del Congreso y que al final derivó en el proyecto de ley señalado *ut supra*. Su informe nos brinda dos tipos de observaciones (aplicable a nuestro caso): i) sobre los aportes previsionales, y ii) sobre las prestaciones previsionales.

En relación al *primer tipo de observación* nos advierte lo siguiente: “(...) Ésta no es la primera vez que la representación nacional plantea PL [Proyectos de Ley] relativos a la devolución de aportes. En los últimos años, por ejemplo, se postuló la devolución de los aportes de los afiliados al SNP que no califican para una pensión (PL 133/2016-CR), la devolución de los aportes de jubilación de forma progresiva a los asegurados dependientes en el SNP (PL 3561/2018-CR), la devolución de los aportes efectuados a la ONP, a las personas que optaron por trasladarse al SPP y que hayan aportado al SNP, 24 meses como mínimo en los últimos diecisiete (17) años (PL 4310/2018-CR), la creación de un Bono de Reconocimiento por no recibir una pensión de jubilación de los trabajadores afiliados al SNP (PL 3324/2018-CR). En todos ellos, la ONP determinó la inexistencia de un estudio en cada PL que demuestre la viabilidad técnica y financiera en términos de costo beneficio. Pese a ello, se debe realizar el examen de los PL recientemente remitidos por el Congreso de la República a la ONP, a través del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, el MEF), desde una perspectiva normativa, de sostenibilidad y operativa”¹¹.

Y en relación al *segundo tipo de observación* nos señala lo siguiente: “(...) En el pasado ya se ha sometido a análisis de la ONP proyectos normativos que versaban sobre nuevas prestaciones del SNP. En dos oportunidades, por ejemplo, se planteó una pensión mínima ascendente a una remuneración mínima vital (PL 136/2016-CR y PL 2108/2017-CR). En ambos casos la ONP estableció que, a partir de los cálculos actuariales realizados, los PL carecían de un estudio que demostrase su viabilidad técnica y financiera en términos de costo beneficio”¹².

Por dichas razones, la ONP destaca diversos problemas de este tipo de proyecto de ley, entre los cuales se señala¹³:

¹¹ ONP, “Informe N° 42-2020-DPR/ONP”, 1 de junio del 2020, p. 23.

¹² *Ibidem.*, p. 37.

¹³ *Cfr.* ONP, “Informe N° 42-2020-DPR/ONP”, *op. cit.*, pp. 32-33.

- i) Que no existe evaluación presupuestaria en los proyectos de ley ni mucho menos se indican los créditos presupuestarios disponibles que pueden ser destinados para su implementación conforme al inc. 4) del art. 2 del Decreto de Urgencia 015-2019, Decreto de Urgencia para el Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020.
- ii) No existen criterios de sostenibilidad financiera de las reformas previsionales y está prohibido basarse en criterios de nivelación, conforme al último párrafo de la primera disposición final y transitoria de la Constitución.
- iii) Proscripción constitucional de iniciativa de gasto de parte de los congresistas conforme al primer párrafo del art. 79 de la Constitución.
- iv) Imposibilidad de financiamiento desde el propio SNP, ya que en el fondo de reparto (colectivo y solidario), los recursos provenientes de la recaudación se disponen inmediatamente para cubrir el pago de las pensiones, y asimismo, existe un déficit de financiamiento que es subsanado con recursos del tesoro público para completar el pago de la planilla de pensiones.
- v) Falta de análisis del financiamiento desde el tesoro público, ya que, se requiere de un análisis técnico para sustentar el impacto y las consecuencias que recaerían sobre el SNP dado su déficit presupuestario.

Conforme a lo que se explica, el problema que se analiza no es nuevo ni mucho menos se plantea como solucionadora de las causas que han generado el problema de la inexistencia de pensiones dignas y adecuadas para los aportantes, exaportantes y pensionistas o su aguda situación en época de pandemia. Además, dentro del marco jurídico dominante, fue previsible un pronunciamiento formal de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional contra este tipo de proyectos de ley, el cual, sólo generaba falsas expectativas de una necesidad absolutamente legítima de los asegurados al SNP.

Entonces, el significado real del proyecto de ley analizado no viene a ser más que una propuesta política sin mayor proyección hacia la transformación de la seguridad social en pensiones, que si bien exalta una reivindicación fundamental (v.g. de los trabajadores que nunca alcanzaron los requisitos para acceder a las pensiones) sin embargo, no resulta más que una medida fragmentaria, inmediatista y superficial, la cual, además, es asumida por sectores ajenos a los intereses de la clase trabajadora y quienes representan meros intermediarios que más que interpretar y llevar por buen cauce las reivindicaciones de los aportantes, exaportantes y pensionistas, solamente la encarrilan hacia un desgaste de fuerzas y los aleja cada vez más del cuestionamiento de las causas de fondo de su situación económica y social precaria.

A pesar de todo este panorama tan adverso para los aportantes, exaportantes y pensionistas y de todo el proceso de discusión que estuvo vinculada a la aprobación de la autógrafa que contenía dicho proyecto de ley, en su momento, fue remitido el 3 de diciembre del 2020, nuevamente, al Presidente de la República para su promulgación, sin embargo, no obtuvo respuesta alguna. Este hecho motivó que, el Pleno del Congreso de la República publicara, el 4 de diciembre del 2020, la Ley N° 31083 titulada: “Ley que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes

activos e inactivos bajo el decreto ley 19990 administrados por la oficina de normalización previsional (ONP)”. Con esto, quedaba finalmente terminada la discusión.

La Ley N° 31083 (4/12/2020), en esencia, recogió en su integridad la formulación inicial plasmada en el proyecto de ley, de esta forma estableció tres desembolsos de la siguiente forma: i) hasta 1 UIT (S/. 4,300 o USD 1,069) para los aportantes activos e inactivos, (art. 2), ii) la devolución de la totalidad de los aportes efectuados de los aportantes mayores desde los 65 años de edad y que no alcanzaron los años de aporte para acceder a una pensión (primera disposición complementaria final), y iii) una RMV (S/. 930 o USD 231), por única vez, a los pensionistas del Decreto Ley 19990 (segunda disposición complementaria final).

Este triple desembolso de dinero, sin previa evaluación ni proyección estratégica, reflejó la exigua solidez de nuestra política previsional: una visión inediatista sin ninguna articulación con políticas de transformación social. Lo cierto era que, una vez retirado dichos aportes, el asegurado perdía, *absolutamente*, la posibilidad de obtener una pensión a futuro pero, aseguraba, *relativamente*, su situación inmediata, entrando, forzosamente, a una decisión de la lógica del “mal menor”. Además, estas medidas representaban desembolsos a costa de los recursos existente en el SNP, cuyo déficit presupuestario, *inevitablemente*, sería financiado por el tesoro público.

Desde el punto de vista estratégico, si el objetivo (que dudamos) era promover una propuesta orientada a entregar bonos o alguna suma dineraria a los asegurados del SNP, esta debió preverse fuera de los recursos normales del SNP y aprovecharse desde el primer momento el Proyecto de Ley enviado por el ejecutivo, que abarcaba más ámbitos de la lucha previsional y abría un ámbito de financiamiento que pudo haberse complementado. Desde luego, no fue trazado ese camino, sino que, el Poder Legislativo crea todo un panorama, artificialmente, contradictorio bajo criterios políticos personalistas. Esto representa un síntoma de la política previsional coyunturalista y populista que es dominante en nuestro país.

La ley, así promulgada, tuvo una inmediata reacción por el Poder Ejecutivo, que interpuso, el 9 de diciembre del 2020, una demanda de inconstitucionalidad. Posteriormente, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia recaída en el Exp. N°00016-2020-PI/TC (4/02/2021), en el que se pronunció sobre el caso, declarándola inconstitucional, por las siguientes razones:

- i. En relación a la naturaleza jurídica del SNP: la ley N° 31083 (4/12/2020) no establecía la fuente de financiamiento de los gastos que ordena ejecutar, pues, esta implicará el uso del fondo mensual transitorio, afectando los aportes de los afiliados actuales al SNP, los cuales se usan para el pago de las pensiones de los jubilados.
- ii. En relación a la sostenibilidad financiera a consecuencia de las modificaciones a los regímenes pensionarios: el SNP debería autofinanciarse con el aporte de los afiliados, sin embargo, tiene déficit actual que es asumido por el tesoro público, y que de ejecutarse la Ley N° 31083 (4/12/2020), esta requeriría un financiamiento de S/. 15,956 millones (USD 3,966 millones), que agravaría su situación de déficit financiero.

- iii. En relación a la administración de la hacienda pública como competencia del Poder Ejecutivo: teniendo en cuenta el principio de separación de poderes establecido en el art. 43 de la Constitución, corresponde la administración de la hacienda pública al Presidente de la República conforme al inc. 17, del art. 118 de la Constitución, además, existe una prohibición, para los congresistas, de iniciativas legislativas que supongan la creación o aumento de gasto público según el art. 79 de la Constitución. Por ello, la Ley N° 31083 (4/12/2020) transgrede la competencia del Poder Ejecutivo y la prohibición de generar gastos para el Congreso en materia ajena a su presupuesto.
- iv. En relación al Principio de Equilibrio y estabilidad presupuestaria: la Ley N° 31083 transgrede el principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria regulada en el art. 78 de la Constitución, pues, exige un incremento de recursos al tesoro público e implica un gasto público no previsto en el pliego presupuestal de los órganos de la administración pública.
- v. En relación al D.U. N° 137-2020: Dicha norma es inconstitucional (específicamente su numeral 3.3., art. 3), ya que ejecutó la retribución extraordinaria establecida en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 31083 (4/12/2020), lo que representaría un gasto que sería financiado mediante los aportes de los afiliados al SNP o el presupuesto público (dichos pagos fueron financiados con gastos no ejecutados del presupuesto público del 2020); razón por la cual, esto representaba una indebida iniciativa legislativa del Congreso. A pesar de todo ello, dado que dicho decreto entró en vigencia y se ejecutó antes de la emisión de esta sentencia, no se ordenó su devolución, ya que, dicha sentencia carece de efectos retroactivos.

En este accidentado proceso de formación del proyecto de ley, pasando por su concretización en una Ley hasta la sentencia previsible de inconstitucionalidad, no sólo se fomentó el mayor desprestigio y deterioro de lo poco que queda de las formas estatales de protección social (en este caso, la ONP), sino que se abona, indirectamente, el camino a justificar la privatización de la protección social y con ella, se desvía el problema de las pensiones hacia formas individualistas de su solución, lo que a largo plazo, convierte y deforma el problema de la seguridad social en un problema de ahorro forzoso individual, que, como en el presente caso, se limitó a la discusión del retiro o no de los aportes previsionales. Los resultados de la inconstitucionalidad eran predecibles y al final los únicos que pierden son los trabajadores, en general, y los aportantes, exaportantes y pensionistas, en particular.

Un detalle adicional y poco analizado, es la rápida y abrupta variación de presidentes: de Martín Alberto Vizcarra Cornejo (23 de marzo de 2018-9 de noviembre de 2020), pasando efímeramente por Manuel Arturo Merino de Lama (10 de noviembre-15 de noviembre de 2020) y asumiendo definitivamente Francisco Rafael Sagasti Hochhausler (16 de noviembre de 2020-28 de julio del 2021). En este proceso de cambio, se agudiza el conflicto entre el Poder Ejecutivo y Legislativo y no se plantean decisiones para “conciliar” o establecer una salida “complementaria” de los proyectos de ley; por el contrario, se gesta todo este calvario descrito y criticado *ut supra*.

El hecho de que, en la variación de mando, se haya mantenido la confrontación y que no se hiciera un cambio a favor de la “complementariedad” de los proyectos presentados,

nos demuestra dos cuestiones fundamentales: 1) la política económica, a través del financiamiento, determina la política previsional, subordinándola y limitando su alcance (lo que implica ajustar cualquier propósito que busque “extralimitarse” o generar algún “daño colateral” al SNP), independientemente de los presidentes existentes, quienes, ajustan sus acciones legislativas a la política económica, lo que los lleva, en la práctica, a limitarse a administrar la crisis del sistema previsional, y 2) a lo sumo, la política previsional, se orientará a reorganizarse sin cambiar algún aspecto de fondo, dejando de lado cualquier incidencia en la estructura económica del país o que (siquiera) refleje el cambio de dicha economía política subdesarrollada y dependiente. Con ello, se advierte que el problema no es de individuos sino de las políticas económicas que ejecutan aquellos y el carácter que tiene, dichas políticas y, en particular, cómo se reflejan en la política previsional; que como vimos en el conflicto aquí descrito, nos lleva a comprender que, los cambios de presidentes no originaron modificaciones sustantivas en la línea política previsional subdesarrollada y neoliberal, que se ha heredado desde hace muchas décadas atrás.

El personalismo y caudillismo, muy arraigado y practicado en la política previsional peruana, bajo la hegemonía actual de la clase dominante que dirige nuestro país (la burguesía nativa y sus facciones), se muestra así, imposibilitado de entroncar una política económica con algún proyecto de desarrollo nacional, que busquen transformar las estructuras económicas subdesarrolladas y dependientes y se proponga, dentro de dicho marco, construir una superestructura previsional que atienda a las exigencias de la población, aceleradas, por el contexto de la pandemia.

2.2.B. Un aspecto no declarado inconstitucional: la retribución extraordinaria

Durante todo el proceso de implementación de las medidas legislativas y las variaciones abruptas de presidentes indicadas *ut supra*, la política previsional se mantuvo bajo el mismo esquema neoliberal, esto es, sin mayores cambios trascendentales. Si bien es cierto que, dicha continuidad llevó –como ya lo indicamos- al nuevo gobierno a emprender acciones contra la Ley N° 31083 (4/12/2020) y a obtener al final, su declaratoria de inconstitucional, sin embargo, existió un aspecto de la ley que no fue declarada inconstitucional.

Ello se debe a que, durante el tiempo en el que el Tribunal Constitucional no se pronunciaba sobre el proceso de inconstitucionalidad, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto de Urgencia N° 137-2020 (21/12/2020), que en su numeral 3.3., art. 3, ejecutó, parcialmente, lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 31083, en el extremo referido al pago de una retribución extraordinaria equivalente a una Remuneración Mínima Vital (S/ 930 o USD 231) a favor de los pensionistas del Decreto Ley N° 19990, el cual se efectuó en el mes de enero de 2021 en la misma oportunidad en la que se les pagó la pensión.

El Poder Ejecutivo, a través de esta medida, realizó un desembolso económico para dotar de liquidez a las familias de los afiliados al SNP y contribuir con la recuperación

económica¹⁴. La entrega de este bono contradecía sus propias observaciones realizadas al proyecto de ley del Congreso (donde rechazaba el retiro extraordinario). Pues, al final, terminó ejecutando parte de lo que dictaminaba dicha Ley. Esta acción refleja el carácter arbitrario sobre el cual se subordina la política previsional y que las prédicas de la defensa de un determinado “equilibrio presupuestal” no son ciertas.

Para ejecutar dicha medida, a través del art. 3.1 del D.U. N° 137-2020 (21/12/2020), se autorizó, en general, una Transferencia de Partidas en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, hasta por la suma de S/ 718 966 186 (USD 178 millones), con cargo a los recursos de la *reserva de contingencia*¹⁵ del Ministerio de Economía y Finanzas.

De esta forma, la reserva de contingencia sirvió para financiar, entre otras medidas, la entrega de la prestación económica a los pensionistas del Decreto Ley N° 19990. En lo específico, según el anexo 3 del D.U. N° 137-2020 (21/12/2020), se señaló que, el monto transferido a la ONP, para la ejecución de dicha prestación, ascendió a S/. 527 757 330 (USD 130 millones). De manera global, esta medida se sujetó a lo establecido en el art. 17 del Decreto de Urgencia N° 137-2020 (21/12/2020), el cual señalaba expresamente que todas las disposiciones establecidas en este decreto, se financian con cargo a los recursos establecido en el 53 del Decreto Legislativo N° 1440 (16/09/2018), esto es, las *reservas de contingencias* y del presupuesto institucional de las entidades involucradas, según corresponda.

En síntesis, todo este embrollado panorama nos remite, *inevitablemente*, a la fuente primigenia de financiamiento: la *reserva de contingencia*. Esta fuente, a su vez, es financiada, según lo dispuesto en el Decreto de Urgencia N° 051-2020 (1/05/2020), a través de una operación de endeudamiento, mediante la emisión interna y/o externa de bonos que en uno o varios tramos pueda efectuar el Gobierno Nacional, hasta por la suma de USD 4,000 millones. Suma dineraria que fue aumentada, según la Disposición Complementaria Modificatoria Única del D.U. N° 137-2020 (21/12/2020), a través de la emisión interna de bonos, hasta por la suma de S/ 1 147 300 000,00 (USD 284 millones). De esta forma, lo que se advierte es que, los gastos, entre otros, derivados de las prestaciones económicas a favor de los afiliados, han sido financiados a través del endeudamiento del Estado vía emisión bonos tanto al exterior como al interior.

En dicho panorama, se advirtió el endeudamiento del Estado a través de la emisión de bonos cuyos vencimientos están contemplados para los años 2032, 2060 y 2121, por un total de USD 4,000 millones, obteniendo tasas cupones de 1,862%, 2,78% y 3,23%, respectivamente; desde luego, la demanda se concentró con un 93% en los inversores

¹⁴ *Vid.*: PODER EJECUTIVO, “Exposición de motivos: Decreto de Urgencia que establece medidas extraordinarias que contribuyan a la atención de la población en el marco de la Emergencia Sanitaria producida por el COVID-19 y a la reactivación económica a través del gasto público”, 2020.

¹⁵ Esta se define, según el art. 53 del Decreto Legislativo N° 1440(16/09/2018), de la siguiente manera: “(...) constituye un crédito presupuestario global dentro del presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas, destinada a financiar los gastos que por su naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los Presupuestos de los Pliegos. Son Fondos reservados para gastos imprevistos”.

extranjeros, de los que se destacó el 44% provenientes de cuentas de inversionistas de Estados Unidos, 32% de Europa y 24% de otras regiones como Asia, Norteamérica y Latinoamérica; el objetivo de dicha emisión consistió en financiar los gastos relacionados con la prevención y contención de la Covid-19¹⁶.

Esto determina, progresivamente, los lazos de dependencia al capital extranjero y las futuras fórmulas de subordinación en cuanto a la economía política, pero además, se observa, cómo la implementación de programas sociales resulta, inevitablemente, financiada por el endeudamiento. Así, se abona el camino no sólo para el futuro ajuste y disciplinamiento económico de nuestro país, sino que, empieza a expresarse los límites del propio sistema económico para resolver o atenuar la crisis estructural visibilizada por la pandemia. Todos estos factores representan un obstáculo para los cambios, a futuro, de la política previsional, y más aún, si estos inciden en la estructura económica subdesarrollada y dependiente, pues, el marco de subordinación económica está ligado a los intereses del capital estadounidense.

Con ello, los cambios de gobierno han tenido una política previsional clara sobre el financiamiento de todo lo que se relacione con las prestaciones otorgadas por el SNP: el endeudamiento, lo que refuerza el *statu quo* y la intangibilidad de los intereses económicos de la burguesía nativa que evitan crear y desarrollar fuentes de financiamientos nacionales para viabilizar los programas sociales, en general, y de pensiones, en particular. La época de crisis, tal y como se advierte, para la clase dominante que dirige el Estado, representa un periodo en el que se refuerza y amplía la economía política de la dependencia, cuya vorágine disciplina a la política previsional y la orienta a una acción coyunturalista sin incidencia alguna sobre la necesidad de dar inicio a las transformaciones estructurales que la liberen de las ataduras del subdesarrollo.

Un camino de financiamiento diametralmente opuesto a este hubiera partido bajo otros supuestos. Por ejemplo, en agosto del 2021, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, la SUNAT) informó que la Empresa Minera Cerro Verde, cuyos dueños provienen de capitales estadounidenses (Freeport-McMoRan Inc. con el 53,56%), Países Bajos (SMM Cerro Verde Netherlands B.V. con el 21,00%) y del grupo de poder económico peruano Roque Benavides (Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. con el 19,58%), pagó su deuda: S/ 1,040 millones (USD 258 millones), correspondiente a los procesos de fiscalización del Impuesto Especial a la Minería y del Régimen de Regalías Mineras y sus respectivas multas por los periodos 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013, cuyos procesos fueron impugnados por dicha empresa hasta obtener resolución final favorable a la SUNAT¹⁷.

La deuda ha sido pagada después de 13 años, lo que demuestra claramente la voluntad del capital extranjero (coludido con los capitales nativos) en evadir sus obligaciones

¹⁶ Vid.: MEF, “Perú colocó tres nuevos bonos por US\$ 4 000 millones, incluyendo una emisión con vencimiento dentro de 101 años”, 23 de noviembre del 2020.

¹⁷ Cfr. DIARIO OFICIAL EL PERUANO, “SUNAT: minera Cerro Verde pagó S/ 1,040 millones de deuda”, 13 de agosto del 2021; y, SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE, “Memoria Anual”, 2020, p. 7.

tributarias a través de la judicialización de las deudas. Teniendo en cuenta los casi S/. 528 millones (USD 131 millones) que se han orientado para financiar el programa de prestación económica a los pensionistas del Decreto Ley N° 19990, se advierte que, el monto cobrado por la SUNAT podría servir para financiar casi dos retribuciones extraordinarias en los términos establecidos por el numeral 3.3., art. 3 del Decreto de Urgencia N° 137-2020 (21/12/2020) o sólo uno y tener una suma dineraria sobrante (aprox. S/. 512 millones o USD 127 millones) para destinarlo a otros proyectos sociales. Con ello, se observa que, en el propio marco del tipo de capitalismo que se desarrolla en nuestro país, existen mecanismos para obtener ingresos económicos y no optar por mecanismos de endeudamiento a través de la emisión de bonos soberanos.

Aunque esta situación puede resultar factible de ejecutar, sin embargo, debemos ahondar en las causas por las que la Empresa Minera Cerro Verde realizó dicho pago, pues, esto se explica por dos razones: 1) dado la fuerte depreciación de la moneda peruana, habría ahorrado más de USD 100 millones, y 2) estando a que la judicialización no se habría terminado aún, pues, falta agotar la vía de la Corte Suprema y el arbitraje internacional en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI), una posible victoria en dichos organismos originaria que el MEF tenga que devolver las sumas dinerarias pero con los intereses respectivos¹⁸. Por lo tanto, incluso las propias medidas que puedan brindar el tipo de capitalismo que se desarrolla en nuestro país, contienen límites que no permiten resolver el problema del financiamiento del SNP, situación que nos lleva a afirmar la necesidad de buscar fuentes de financiamiento más allá de estas medidas, las cuales, necesariamente tendrán que ser ligadas a los cambios de la estructura económica para que no se vean obstaculizadas por estas acciones de la burguesía nativa.

2.3. Ley N° 31301: la protección precarizada para los asegurados olvidados

La preocupación por el gobierno transitorio y de emergencia en realizar algunas modificaciones adicionales, dirigidas a paliar –aunque sea deficientemente– la situación previsional de los afiliados al SNP, se convirtió en un requerimiento social. Un obstáculo que impedía el acceso a la pensión, a pesar de cumplir con tener 65 años de edad (art. 9 de la ley N° 26504), era la falta de 20 años de aportes (art. 1 del Decreto Ley N° 25967), imperativo exigido por el Decreto Ley N° 19990; situación que excluía de la protección previsional a muchos adultos mayores.

Para dar una respuesta a ello, la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, señaló la necesidad de realizar ciertos ajustes al SNP con el propósito de atender a los asegurados que se encontraban sin pensión por no haber cumplido con los 20 años de aportes, para lo cual, basándose en el Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE, que fuera presentado por el Poder Ejecutivo, estructuraron una propuesta que evitara enfrascarse en el problema del financiamiento¹⁹.

¹⁸ VELAZCO, R., “Deudores crónicos”, *Hildebrandt en sus trece*, año 12, núm. 553, 2021, pp. 4- 5.

¹⁹ *Vid.*: COMISIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Dictamen recaído en los proyectos de Ley N° 3324/2018-CR, 4064/2018-CR, 6043/2020-CR, 7063/2020-CR, 7470/2020-CR, 7512/2020-CR y

A decir del Poder Ejecutivo, su proyecto de ley buscó atender los siguientes aspectos: a) cultura previsional, b) subsidios monetarios de S/760 (USD 188), a partir del numeral 2, art. 2 del D.U. N° 98-2020, c) un bono extraordinario de S/760 (USD 188), d) reformas paramétricas, tales como, medidas a favor de los que no alcancen los 20 años de aporte para acceder a las prestaciones previsionales (v.g. flexibilización de requisitos para acreditar los años de aporte), pensión de jubilación proporcional especial, pensión de jubilación adelantada y nuevas reglas para la jubilación por discapacidad para el trabajo, e) continuidad laboral para pensionistas y beneficiarios a fin de que puedan percibir remuneración y pensión a la vez, f) Acceso a prestación de salud como consecuencia del otorgamiento de la pensión, g) Fortalecimiento del Tribunal Administrativo Previsional. El Estado, a través de la ONP, el MEF y el Poder Ejecutivo, fundamentaron el financiamiento de la implementación de dicha medida en dos rubros: a) Con cargo al presupuesto de las entidades encargadas, todos los gastos provenientes de la ejecución de la propuesta anteriormente señaladas a excepción del subsidio monetario, y b) Con cargo a la *reserva de contingencia* [art. 53 del Decreto Legislativo N° 1440(16/09/2018)], los gastos provenientes sólo del subsidio monetario²⁰. Como observamos, la lógica del financiamiento termina siendo la misma que en los otros programas previsionales: la reserva de contingencia, que –como demostramos–, se basa en el endeudamiento Estatal a través de la emisión de bonos que permitan obtener recursos para financiar los gastos con ocasión a las pensiones proporcionales que se buscaron legislar. Además, este tipo de financiamiento afecta al presupuesto propio de la ONP.

La Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, que, entre los proyectos de Ley que analizó, reprodujo en su totalidad los argumentos que sirvieron de base para elaborar el Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE; dicha Comisión, siguiendo la recomendación del Defensor del Pueblo, priorizó el tema de las pensiones proporcionales²¹. De esta forma se articuló una nueva formulación legal a fin de recoger sólo algunos aspectos de la propuesta remitida por el Poder Ejecutivo, que incluyeron: las pensiones proporcionales, adelantadas y por discapacidad, así como, el financiamiento con cargo al presupuesto de las entidades encargadas.

Esta reformulación del proyecto original termina siendo *in peius*. Debe tenerse en cuenta que esto se explica a partir de la visión estrecha que adoptan los gobernantes al no tratar como una continuidad las políticas sociales, en general, y previsionales, en particular. Sin planificación ni perspectiva como país, queda claro que el futuro previsional no dependerá más que de la “buena” voluntad de los gobernantes. Sin embargo, esta voluntad se limita

7783/2020-CR, que con un texto sustitutorio propone la ley que establece medidas a favor de los afiliados por el Sistema Nacional de Pensiones a fin de aliviar la economía familiar”, 2 de julio del 2021.

²⁰ *Vid.*: PODER EJECUTIVO, “Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE”, 2 de septiembre del 2020.

²¹ *Vid.*: COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA, “Dictamen recaído en los proyectos de Ley N° 6114/2020-PE y 7709/2020-CR, Ley que garantiza el acceso a una gestión a los asegurados del Sistema Nacional de Pensiones que no logren acceder a una pensión bajo el régimen del Decreto Ley N° 19990”, 13 de julio del 2021.

dentro del marco de la política del endeudamiento. La lucha política previsional puede expandir dicho marco o variar dicha formulación. Esto último, como vemos, no sucedió.

Un aspecto a tomar en cuenta, son los cálculos económicos elaborados a partir de dicho planteamiento. Aunque se refiere a diversos aspectos, resulta relevante señalar, al menos, los aspectos que fueron tomados en la nueva formulación legal. En ese sentido, el impacto económico se calculó de la siguiente manera: a) Sobre las pensiones proporcionales, la medida beneficiaría a 744 mil personas y tendría un costo, en términos actuariales, de S/ 11,122 millones (USD 276 millones); b) Sobre la pensión adelantada, la medida beneficiaría a 19 mil personas y tiene un costo, en términos actuariales, de S/ 880 millones (USD 218 millones); c) Sobre las nuevas reglas para la pensión por discapacidad, dicha medida no generaba costo²². En consecuencia, se obtendría, con las medidas implementadas, un total de 763 mil beneficiados con un costo, en términos actuariales, de S/ 12,002 millones (USD 2,979 millones).

De esta forma, y a fin de darle una respuesta, tanto el Poder Ejecutivo y Legislativo, realizaron un trabajo conjunto (algo inusual cuando se trata de tomar decisiones sobre la política previsional) con el objetivo de otorgar alguna norma para cubrir a los afiliados mayores a 65 años de edad, cuya situación se ha visto duramente afectada por el desempleo o el agotamiento de los ahorros personales. La propuesta tuvo en cuenta la habilitación económica señalada en el Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE.

Después de casi 12 meses de remitido el proyecto de ley del Poder Ejecutivo, el 22 de julio del 2021, se emite la Ley N° 31301, titulada: “Ley que establece medidas de acceso a una pensión proporcional a los asegurados del Sistema Nacional de Pensiones”. Esta Ley tuvo el consenso del Poder tanto Legislativo como Ejecutivo, pues, este último, lo firmó y mando a publicar, a diferencia de lo que sucedió con la Ley N°31083(4/12/2020) (a la cual –como lo indicamos- se opuso e, incluso, inició acciones legales para derogarla). Esto revela el grado de coordinación que en determinadas coyunturas políticas pueden existir entre los partidos políticos a partir de la política del endeudamiento, sin entrar en conflicto con ella y aprovechando la coyuntura. Desde luego, las secuelas de dicho actuar serán a futuro, y como venimos señalando, esta visión cortoplacista y coyunturalista, a largo plazo, sólo hace más dificultoso cualquier cambio al *statu quo* económico y jurídico.

Así, se tuvo que esperar casi 12 meses a fin de ejecutar una medida que había sido remitida al congreso con carácter de *urgente*, y que no sólo permaneció encarpetado, sino que, representó la *única* salida viable –desde el punto de vista de la política del endeudamiento y la ideología que la sostiene– por la que las reformas paramétricas al SNP obtuvieran materialización. Otras formas de hacer “reformas” hubieran alcanzado cierto grado de conflicto entre el Poder Ejecutivo y Legislativo. Como fuera, es una lucha entre sectores ajenos a los intereses de los asegurados y pensionistas, que se valen de la coyuntura para fomentar las relaciones de dependencia al capital financiero internacional.

La ley N° 31301 (22/07/2021) estableció un régimen especial de jubilación para aquellos afiliados que, teniendo la edad de 65 años de edad, no hayan logrado acceder a una

²² PODER EJECUTIVO, “Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE”, 2 de septiembre del 2020, p. 38.

pensión en el sistema nacional de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990. En ese sentido, un *primer aspecto fundamental* que debemos señalar de dicha ley, es que, en su art. 3 establece una pensión para aquellos asegurados que tengan como mínimo 65 años de edad, en los siguientes supuestos:

- Si logra acreditar entre 10 hasta menos 15 años de aportes, tendrán derecho a una pensión mensual de hasta S/ 250 (USD 62).
- Si logra acreditar entre 15 hasta menos 20 años de aportes, tendrán derecho a una pensión mensual de hasta S/ 350 (USD 86).

Los supuestos, así diseñados, han alcanzado sólo al sector de asegurados con 10 o más años de aportes, sin comprender a los que tuvieran menores años. Así, se avanza hacia una (sub)protección que expande su campo de aplicación a determinado sector de asegurados, otorgándoles pensiones, cuyos montos son ínfimos. Asimismo, la ONP, como ente administrador de estos nuevos programas previsionales, deberá velar por su efectivo cumplimiento, lo que le demandará mayores recursos económicos. Con ello, se integra un nuevo grupo de asegurados, quienes reciben la (sub)protección del SNP.

De este aspecto fundamental de la norma analizada, debemos señalar dos cuestiones que recaen sobre el nuevo tipo de pensionistas: 1) la realización o reinicio de actividades laborales no suspende la pensión obtenida (art. 6.1, Ley N° 31301), lo que los exceptúa del impedimento que sí lo tienen los pensionista del régimen general (art. 45, Decreto Ley N° 19990), razón por la cual, dicha medida resulta contradictoria al régimen general, más aún, si el monto de la pensión es insuficiente e inadecuada, por lo que, la medida de no suspender la pensión si es que se trabaja, debe ser una regla general; 2) El carácter intangible de los depósitos, por el que las pensiones no pueden ser objeto de “descuento, compensación legal o contractual, embargo, retención, o cualquier forma de afectación, sea por orden judicial o administrativa, salvo las autorizadas expresamente por el titular de la cuenta bancaria. (...) [N]o se aplica a las retenciones judiciales o convencionales derivadas de deudas alimentarias, hasta un máximo de treinta por ciento (30 %) del monto depositado” (art. 7, Ley N° 31301), lo que protege el monto (de por sí irrisorio) a fin de que se le entregue íntegramente a su asegurado, sin embargo, no se le adiciona el porcentaje común (4%) que se le grava al régimen general para que acceda a los servicios de salud (inc. b, art.6 de la Ley N° 26790), dejándolos en el desamparo; ya no sólo con el exiguo monto, sino, con la falta de atención médica.

Los montos establecidos por la norma, bajo un esquema económico estático (o de intangibilidad de la estructura económica), subordina el financiamiento de la política previsional a aquellos mecanismos ofrecidos por el modelo económico dominante. Si el Estado obtiene algún ingreso fiscal, sea proveniente, por ejemplo, de préstamos internacionales (ya que esto es recurrente en el panorama actual de la pandemia), se limitará a desembolsarlos para el cumplimiento de las obligaciones previsionales. Con ello, se evita transformaciones de la estructura económico-social que permitan fuentes permanentes de financiamiento para garantizar, no sólo prestaciones previsionales adecuadas y suficientes, sino su expansión a la población en general. La racionalidad que se impone, es la de avanzar con las “reformas” en la medida que el modelo económico

(subdesarrollado y dependiente) así lo permita; lo que sucede, *únicamente*, cuando existe endeudamiento del Estado con los órganos internacionales y si estos así lo determinan. Dejando postergado el camino del financiamiento que apunte al desarrollo de las fuerzas productivas nacionales a través de la lucha contra el subdesarrollo y la dependencia económica.

Así, advertimos, los límites del reformismo paramétrico, que no hace más que postergar una futura reforma del sistema previsional con incidencia en la estructura económica. Esta situación deja en evidencia que, dichas propuestas no tienen una incidencia sustantiva en las condiciones materiales de existencia de los asegurados y, por el contrario, los orienta hacia una lógica del “mal menor” (entre no tener nada o tener algo, aunque sea pésimo, donde se prefiere esto último). Si el objetivo era expandir la cobertura hacia la mayor población de 65 años de edad con montos irrisorios, un monto homogéneo -siguiendo la lógica *consecuente* de su propuesta- para todos los mayores de 65 años de edad hubiera sido una forma de cumplir este (sub)propósito. Lo que está claro es que, estas “reformas” paramétricas desligadas de cualquier proceso de transformaciones a la estructura económica y social del país, requerirá, a largo plazo, mayores recursos del tesoro público, lo que allanará el camino hacia la privatización del SNP.

Un *segundo aspecto fundamental* de la Ley N° 31301(22/07/2021), que debemos señalar es la pensión de jubilación adelantada en el SNP para los afiliados de 50 años de edad o más y con 25 años o más de aportes (art. 4). Esta propuesta, abre un ámbito de protección social más flexible para los asegurados sin establecer un *status* especial para su acceso (v.g. varón o mujer) u obtener alguna características especial que requiera ser protegida (v.g. discapacitados), ya que, el régimen de jubilación adelantada regulada por el Decreto Ley N° 19990, establece, para su acceso, requisitos vinculados a los años de edad y aporte según el género (varón o mujer), la situación de discapacidad y haber sido afectado por los ceses colectivos reconocido por las Comisiones Especiales que definieron tales sucesos²³.

Un *tercer aspecto fundamental* a señalar, es la medida más específica ligada a la situación de la pandemia: establece, en tanto dure la emergencia sanitaria declarada por la COVID-19, una pensión por discapacidad para el trabajo a las personas que se encuentren en condición de discapacidad para el trabajo habitual en 50% (art.5, Ley N° 31301). Esta

²³ Conforme al Reglamento Unificado de las Normas Legales que Regulan el Sistema Nacional de Pensiones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 354-2020-EF (25/11/2020), que reglamenta el Decreto Ley N° 19990, se señalan tres regímenes de pensión de jubilación adelantada: i. El régimen de pensión de jubilación adelantada general, que establece para varones la edad de 55 años de edad y 360 unidades de aportes (o 30 años de aportes a 12 cuotas por año) y para las mujeres, 50 años de edad y 300 unidades de aportes (o 25 años de aportes a 12 cuotas por año) (art. 86-87), ii. Régimen de pensión de jubilación adelantada para personas con discapacidad conforme al art. 65 del Reglamento de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad (aprobado por el D.S. N° 002-2014-MIMP); se les exige 55 años de edad y 240 unidades de aportes (o 20 años de aportes a 12 cuotas por año) (art. 88-90), iii. Régimen de pensión de jubilación adelantada para ex trabajadoras/es cesadas/os mediante ceses colectivos, vinculado a los programas de reducción de personal o despido total de personal del Decreto Ley N° 18471 y los asegurados afectados por los ceses colectivos, que la comisión especial creada por la Ley N° 27452, consideró ceses irregulares y que se acogieron a la jubilación anticipada señalada en el art. 14 de la Ley N° 27803 (art. 91-93).

pensión por discapacidad crea un régimen más flexible que el régimen establecido en el Decreto Ley N° 19990²⁴, ya no exigiendo, por ejemplo, un certificado emitido por una Comisión Médica del Ministerio de Salud, EsSalud o una EPS, sino, simplemente, por un médico especialista de dicha institución. Asimismo, permite acceder a dicha pensión con un grado de invalidez del 50% (que es un aspecto específico de los resultados médicos contenido en el certificado médico) sin exigir algún periodo de tiempo de aporte u otro requisito especial (v.g. no sea enfermedad profesional), pero ajustándose a los lineamientos que para este tipo de pensión fija la ONP, entroncándose con las exigencias propias de este tipo de pensión: certificado en el que se acredite el estado de salud, asimismo, se exige la declaración jurada donde se manifiesta que la discapacidad le impide realizar su actividad laboral así se hayan producido los ajustes razonables necesarios. Se entiende que, el acceso a dicha pensión existirá en tanto dure la emergencia sanitaria declarada en nuestro país.

Un *cuarto aspecto fundamental* a destacar, es la forma de financiamiento de todas estas prestaciones previsionales, pues, según la Ley N° 31301(22/07/2021), el financiamiento será “con cargo del presupuesto de las entidades involucradas, en cualquier fuente de financiamiento y rubro” (art. 9). Dicho planteamiento, nos señala cómo, el Estado, a través de la ONP, deberá suministrar mayores recursos a fin de mantener dichos programas previsionales a futuro (lo que implicará que el Estado, *nuevamente*, se endeude), lo que supondrá, desviar los recursos del tesoro público para el cumplimiento de estas reformas paramétricas.

En este panorama, el problema del déficit presupuestario de la ONP, desaparece –para el Estado–, pues, si de lo que se trata es de endeudarse a largo plazo y, con ello, viabilizar los programas previsionales –siguiendo el planteamiento de estos ideólogos–, este actuar estará absolutamente justificado. Esto significará la ligazón, *nuevamente*, entre los gastos sociales y la política del endeudamiento. Mecanismo de disciplinamiento al que nuestro país, inevitablemente, se ha envuelto a fin de atender la recesión en la que está inmerso. Desde luego, dentro del propio marco de la economía política capitalista mundial, esto significa la creciente subordinación y disciplinamiento a los requerimientos que a futuro puedan exigir el FMI, cuyo historial, en materia previsional, ha sido, el de fomentar y proteger el surgimiento de las AFP a costa del SNP (v.g. cartas de intención entre el FMI y el Perú).

Estos acontecimientos relevantes reflejan la situación crítica del sistema económico y político en el que se vienen desarrollando las propuestas legislativas; asimismo, nos

²⁴ El Decreto Supremo N° 354-2020-EF (25/11/2020), que reglamenta el Decreto Ley N° 19990, señala tres regímenes de pensión vinculados a la discapacidad: i. Pensiones de discapacidad para el trabajo para los asegurados que hayan sufrido un siniestro (accidente común, de trabajo o enfermedad profesional) que le ocasione discapacidad para el trabajo (art. 61-65), ii. Pensión completa de discapacidad para el trabajo que implica el asegurado haya realizado aportes en un periodo determinado de tiempo (v.g. 15 años de aporte) conforme a las reglas establecidas en el art. 25 del Decreto Ley N° 19990 (art. 66-67), iii. Pensión proporcional de discapacidad para el trabajo cuyo origen sea una enfermedad no profesional, el cual abarca a los asegurados discapacitados con años de aportes muy por debajo al régimen general [v.g. de 12 unidades de aporte (o 1 año a 12 cuotas por año) hasta 35 unidades de aporte (casi 3 años a 12 cuotas por año)], otorgando una pensión proporcional en función de la remuneración por cada unidad de aporte (art. 68-69).

advierte el carácter cada vez más contradictorio, por un lado, de la economía nacional y los órganos financieros internacionales, y por otro lado, de los conflictos entre los poderes del Estado y las demandas de los sectores de la población; en ambos casos, el sistema económico se refuerza y se mantiene intacto, en consecuencia, los cambios que se advierten a través de las “reformas” no son contrarios a dicho sistema sino que, son funcionales a ellos.

El problema del financiamiento, por lo tanto, no ha sido, como se observa, un problema, *únicamente* (ni principalmente) técnico, sino, de economía política; a partir de la cual, se encuadra el actuar del Poder tanto Ejecutivo como Legislativo (y residualmente del Tribunal Constitucional, porque es parte de la judicialización del conflicto previsional), quienes, subordinan, el tratamiento “técnico” a la economía política del endeudamiento, por medio de la cual, resulta ejecutable las medidas coyunturalistas sin perspectiva, obstaculizando y retrasando la posibilidad de construir una seguridad social genuina. Esta forma de proceder a analizar el problema, por tanto, no es más que una reproducción ideológica inevitable del modelo económico, que busca ser puesto en la consciencia social, cuando el problema no resulta ser “técnico”, sino que, *realmente*, es político y económico, y que, a partir de este, se *justifica* la técnica con la que se procederá a implementar las reformas paramétricas. Las posiciones que elevan lo “técnico” como aspecto *único* y/o *determinante* de las reformas previsionales, tienden a ocultar las relaciones de dominación y los sujetos en conflictos, con el propósito de desviar el tema hacia aspectos intrascendentes y dejar intacto los intereses de la clase dominante en la política previsional.

En una visión conjunta de la norma analizada, observamos que se busca incorporar un grupo de pensionistas a través de la flexibilización de los requisitos de acceso, sin embargo, su acceso no es garantía de obtener una pensión adecuada y suficiente, por el contrario, representa un paliativo desarticulado de una reforma integral enmarcada a un proyecto de transformaciones estructurales. En lo específico, el camino esbozado con estas medidas, apuntan a establecer, aunque débilmente, medidas previsionales a través de la centralización de la economía política del Estado, eje central sobre el cual, la clase dominante no puede más que transformarlas en paliativos pasajeros con alcances reducidos y deformados. En el contexto de la pandemia, a diferencia de lo que ocurre en el SPP (que se desmembra, fomenta el individualismo y abandona a sus afiliados), el SNP, con sus limitaciones, se reconstruye y reincorpora a los asegurados desprotegidos hasta el máximo de sus posibilidades. El camino de la solución no es la opción por el “mal menor” sino de advertir las tendencias que promueven el real y efectivo goce de los derechos sociales, sobre los cuales han de implementarse las reformas previsionales reales; camino que no se visualiza a través del SPP.

La implementación de esta norma expresa cómo la voluntad política del gobierno define la existencia o no de reformas al SNP, pero, además, nos señala que, la clase social que la dirige, determina el tipo de reforma a implementarse. La voluntad política del gobierno (específicamente del Poder Ejecutivo) ha definido la realización de estas medidas. Su norma introducida nos señala el reformismo “paramétrico”: realización de modificaciones accesorias al SNP, siempre y cuando estas sean parte de la política del

endeudamiento. Todo lo cual tiene una visión ausente de transformaciones estructurales que construyan amplios mecanismos de protección social para la población y se limitan a paliar el problema previsional con medidas de subprotección.

Por ello, sus propuestas adquieren las siguientes características: 1) *coyunturalistas*, porque sólo responden reactivamente, sin más perspectiva que, al panorama actual de la pandemia, 2) *fragmentaristas*, ya que no tienen una visión de conjunto con las otras áreas de los riesgos sociales: alimentación, salud, vivienda, etc., y 3) *inmediatistas*, toda vez que, apunta hacia la necesidad más tangible de la población asegurada, carente de objetivos estratégicos y de articularse a un proyecto de desarrollo nacional. A más de un año de iniciada la pandemia, y siendo esta un escenario propicio para iniciar los cambios estructurales y trazar una línea diferente al continuismo previsional neoliberal, se opta por paliativos que sólo harán más gravosa los cambios que a futuro se puedan proyectar.

2.4. Balance y análisis comparativo: subordinación de la política previsional a la política de endeudamiento

Llegado a este punto de las reflexiones, resulta importante realizar un análisis comparativo entre los fundamentos que sirvieron de base para la promulgación de la ley N° 31083 (que fuera observada por el Poder Ejecutivo y declarada inconstitucional) y la ley N° 31301(22/07/2021). Al realizar este análisis comparativo nos proponemos dejar constancia de que, muchas de las observaciones planteadas a la primera norma por el Poder Ejecutivo terminaron siendo ejecutadas en la segunda ley, haciendo justamente lo que no querían que haga el Poder Legislativo; dicha “racionalidad” sólo puede concebirse desde la lógica de la política del endeudamiento. Así, tenemos las siguientes observaciones comparativas:

- En la primera norma se señaló que, su implementación requeriría recursos adicionales al Tesoro Público. Incluso se soslayó la idea de brindar mayores recursos para atender el déficit presupuestario que actualmente tiene el SNP. Esta situación entraba en conflicto con el uso y disposición “racional” de los recursos públicos. En la segunda norma, se señaló que, el financiamiento de sus medidas se ejecutaría con cargo al presupuesto de la ONP, lo que –se supone- agrava su situación financiera, pues, sus propios recursos recaudados actualmente no permiten cubrir íntegramente el pago de sus obligaciones previsionales. Sin embargo, el Estado deberá suministrar los recursos económicos del tesoro público. Asimismo, el Estado ha preferido mantener intacto el déficit de financiamiento del SNP pero aumentando su endeudamiento de manera global. Esto se puede precisar de la siguiente manera: Con la primera norma se beneficiaría a 5 millones 290 mil personas, con un costo estimado de S/15,956 millones (USD 3,966 millones). Con la segunda norma, se calculó un total de 763 mil beneficiados con un costo, en términos actuariales, de S/ 12,002 millones (USD 2,979 millones). Si bien es cierto, existe una diferencia cualitativa de las normas dadas (por ejemplo, con la primera norma, podría generarse que los afiliados al SNP dejen definitivamente la posibilidad de acceder a una pensión, a diferencia de la segunda norma, los afiliados acceden a una pensión precaria), sin embargo, se advierte –siguiendo la lógica de la política del endeudamiento planteada por el Estado– que

existe una mayor “eficiencia” de recursos en la primera norma que en la segunda, a razón de que su ámbito de protección es mayor en la primera que en la segunda, inclusive, con el monto de la segunda norma, en el primer proyecto habría alcanzado aprox. a 4 millones 527 mil personas más de lo que se proyectaba con la segunda norma. A pesar de ello, el Estado asumió los costos que requería la segunda norma. Con ello, la economía política del endeudamiento se impone y se ejecuta.

- En la primera norma se señaló que, su ejecución quebrantaba el principio de solidaridad y progresividad en perjuicio del equilibrio presupuestal. En la segunda norma, el Estado ha expandido la situación de (sub) protección para los asegurados, sin importarle la afectación a la solidaridad, porque existirán nuevos pensionistas a los cuales habrá que atender con recursos económicos adicionales. Ni el principio de progresividad ha sido respetada, porque esta medida –como se demostró– tiene una cantidad de beneficiarios menor que la primera norma. La segunda norma se ejecuta sólo porque el endeudamiento global lo permite. Esto implantará en la conciencia del asegurado del SNP la lógica del “mal menor”: entre no tener nada o tener algo inadecuado, se elige esto último, haciéndose esperar las reformas de fondo al SNP. El Estado crea programas disímiles y diferenciados entre sí y no se orienta a crear pensiones adecuadas y suficientes, sino a crear (sub) pensiones.
- En la primera norma se objetó que su ejecución representaría un claro gasto que puede dejar de financiar, reducir o recortar la asignación presupuestal de otros rubros para atender la emergencia sanitaria y la reactivación económica, incluso en los sectores prioritarios. Además, se indicó que, para su sostenimiento no existía un crédito presupuestario aprobado, lo que significaba un gasto no previsto para el año fiscal en curso. En la segunda norma, dado que se enmarca bajo una lógica de la política del endeudamiento, el Estado asume dichos costos bajo una óptica coyunturalista que, sin más, expande el campo de subprotección social.
- En la primera norma se increpó el no respeto del procedimiento correspondiente al ciclo presupuestario –elaboración (enero a agosto de un año determinado), aprobación (setiembre a noviembre de un año determinado), ejecución y seguimiento (enero a diciembre del año siguiente), y, finalmente, evaluación (enero a diciembre del año siguiente) – lo que implicaba un inadecuado proceso de asignación y ejecución de los recursos públicos conforme a las etapas establecidas. Además, se señaló que, dentro de este procedimiento, las etapas legislativas tampoco se habrían respetado (art. 73, 77 y 78 del Reglamento del Congreso) para garantizar una mayor deliberación. En la segunda norma, el Estado hace caso omiso de dicho procedimiento a fin de atender, por la –según ellos– “urgente” situación de los asegurados, por lo que, la “mayor deliberación” es cambiado por la “coordinación”. Lo real es que, “su” preocupación, está enfocado nada más que en el gasto social asistencialista sin planificación ni perspectiva previsional, que ata a la seguridad social (y sus potenciales reformas futuras) a la economía política del endeudamiento. La coordinación, en realidad, significaba la colusión para legitimar y avalar dicha situación, propio de sectores sin mayor perspectiva que la del populismo previsional.

Todas las objeciones y defensa de los principios de la seguridad social o al presupuesto público, realizadas, en un primer momento, por el Poder Ejecutivo contra la primera norma, desaparecieron cuando se trata de financiar dichas medidas a través del endeudamiento público, tal y como se realizó en la implementación de la segunda norma. Esta situación, también nos demuestra el grado de incongruencia en sus prédicas formales. Esto expresa el real contenido de su accionar sobre la superestructura previsional: el reformismo paramétrico, pero a su vez, nos traza el camino hacia la necesidad de buscar otras formas de financiamiento que se articulen armónicamente con la economía nacional a favor de los afiliados al SNP. Las reformas futuras resultan así, más dificultosas, pues deberán apuntar a extinguir la relación de dependencia generada.

En todo el debate existente, podemos observar una cuestión fundamental: que ninguno de los dos órganos defiende realmente los intereses de los asegurados al SNP. Todas las explicaciones resultan contradictorias. El Poder Ejecutivo justificó su posición en la defensa del “equilibrio” presupuestal, cuando ha sido, históricamente, el que ha generado las distorsiones más graves al SNP o a la “solidaridad”, pues, todas sus reformas paramétricas y ajustes estructurales han tenido como eje central la construcción y consolidación de las AFP a costa del SNP. Por el otro lado, tenemos al Poder Legislativo, el cual, bajo su posición personal y de populismo previsional, tratan de “radicalizarse” contra el Estado, pero, cuya visión se orienta claramente sólo a tener mayores réditos políticos y extender su simpatía política a los asegurados (clientelaje político), a sabiendas de que sus proyectos de ley riñen, *prima facie*, con la propia Constitución y normas de desarrollo, que incluso, ya habían sido presentados por otros congresistas.

Estas “polémicas” desaparecen cuando existe el financiamiento a través del endeudamiento público. Por ello, lo real es que, en primer momento, las pugnas son formales a fin de buscar protagonismo y arrastre político a través de las propuestas de reformas al SNP, instrumentalizando la necesidad de la población, o lo que sería lo mismo, generar un negocio político a costa de las necesidades de los asegurados. En este panorama, el Poder Ejecutivo, es el encargado de reproducir e implementar los dictámenes de los órganos financieros internacionales a partir de la cual articula y fusiona el endeudamiento (aspecto dominante) con gastos previsionales (aspecto dominado), sin meditar sobre las consecuencias futuras. Aclarado el panorama, lo que está en juego, no es la solución definitiva del problema previsional ni a corto ni a largo plazo sino los intereses específicos de los grupos políticos. En consecuencia, la caracterización de este proceso será la siguiente: por un lado, el Poder Ejecutivo, como reproductor de la economía política del endeudamiento previsional, y por el otro, el Poder Legislativo, en calidad de reproductor de la política populista y coyunturalista previsional.

Lo que queda claro de este proceso de implementación de la protección precarizada es que, se entretejió la voluntad política de los gobernantes de turno con el endeudamiento estatal (avalado por los órganos financieros internacionales), lo que originó que se concibiera a la política del endeudamiento como la *única* forma de viabilizar cualquier medida realizada a través del reformismo paramétrico. Esta es la expresión de la ideología de la seguridad social dominante, la cual, aparece, ante las crisis del SNP, como un componente de la economía política del subdesarrollo y dependencia y no hace más que

atenerse a dichos parámetros. En este conflicto, el Poder Ejecutivo tiene mayor maniobra para ofrecer la fuente de financiamiento, mientras que, el Poder Legislativo, debe encuadrar su proceder a las reglas jurídicas dominantes, las cuales no les permite más que crear ilusiones ante los asegurados. El problema común es que, ni lo uno ni lo otro representan el camino que deberán adoptar las futuras reformas al SNP.

2.5. Perspectiva: hacia otras formas de comprender el problema del financiamiento

El camino contrario indica que, no sólo la lucha de los asegurados al SNP deberá desvincularse de la subordinación a los sectores políticos oportunistas, sino que las reformas al SNP deberán pasar por destrabar esa fusión existente en la estructura económica subdesarrollada y dependiente, por un lado, y una superestructura previsional de subprotección social, por el otro lado; que sólo ocasiona endeudamiento económico. El objetivo será sustituirlo, dentro del marco de transformaciones estructurales del país, con un sistema económico diferente a aquel, con el objetivo de obtener un sistema de seguridad social genuino.

Las fuentes de financiamientos pueden encontrarse, en un primer momento, en impuestos o tributos para alcanzar a los trabajadores no dependientes²⁵. Esta medida, extendidas a los grupos de poder económicos o multimillonarios puede representar una salida, quienes, en épocas de pandemia no han sufrido los estragos de la crisis como los trabajadores y, por el contrario, se han visto beneficiados por el Estado y han obtenido ingentes ganancias a costa de la atención de la salud de la población²⁶; situación que se agrava si se advierte que adeudan al erario público ingentes sumas de dinero²⁷. Posteriormente, los fondos acumulados pueden ser utilizados para la inversión en sectores productivos y permanentes que redunden en el beneficio y desarrollo del país, lo cual, no puede desligarse de

²⁵ ROMERO MONTES, F. J., “Presente y futuro de la seguridad social en el Perú”, *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social: Dr. José Matías Manzanilla*, núm. 4, Año IV, 2019, pp. 261-262.

²⁶ La revista *Forbes* para el 2021 ha establecido una lista de multimillonarios, en la que, según señala LÓPEZ CALVA, L.F., “COVID-19 y la riqueza en la cima: más multimillonarios y más ricos en ALC tras la crisis en el Perú”, 27 de mayo del 2021, párr. 4, la riqueza de los multimillonarios de América Latina y el Caribe, ha crecido más del 40% durante y después de la pandemia. En el Perú, dicha lista agrupa, por orden de mayor a menores ingresos, a: Carlos Rodríguez- Pastor, Vito Rodríguez Rodríguez, Ana María Brescia Cafferata, Eduardo Hochschild, Eduardo Belmont Anderson y Jorge Rodríguez Rodríguez. Muchos de ellos, según FLORÍNDEZ, H. P., *Hablan los Números. Hildebrandt en sus trece*, año 12, núm. 542, 4 de junio del 2021, pp. 6-7, han participado abiertamente en política, financiando partidos políticos propagandistas del anticomunismo, están inmersos en conflictos socioambientales y han sido beneficiarios de los préstamos del Estado en el periodo de pandemia, a pesar de haber incumplido los requisitos para acceder a ellos. Por donde se vea, las secuelas de la pandemia la han padecido con mayor dureza los sectores populares y de los trabajadores.

²⁷ *Vid.*: SUNAT, “Informe N° 000015-2020-SUNAT/7D0000”, 18 de septiembre del 2020. En este informe se ha señalado que, al 14 de septiembre del 2020, 158 empresas del gran capital adeudan al erario público, aprox. S/ 9,256 millones (USD 2,433 millones), algunas de las cuales buscan desconocerla a través de la prescripción, otras, se encuentran aún en procedimiento contencioso contra la SUNAT y las demás, pueden obtener una sentencia favorable del Tribunal Constitucional. Como se advierte, urge movilizar toda la maquinaria coactiva del Estado a fin de obtener el pago de las deudas para destinarlos a la mejora de los servicios, entre otros, previsionales y de salud.

proyectos de industrialización para alcanzar un grado de desarrollo económico nacional, con énfasis en los proyectos de investigación y desarrollo tecnológico²⁸.

Todo este proceso, debe articularse con un proceso de industrialización, estableciendo, paralelamente, una regulación antineoliberal de la fuerza de trabajo que, por un lado, eliminen la informalidad, articulen a los sectores independientes, combatan el subempleo y desempleo, fomenten una política de empleo ligada a la estabilidad laboral, luchen por la eliminación de la pobreza y pobreza extrema y se constituya una correcta distribución de los ingresos de la población a través de los servicios brindados por los sistemas de protección social (lo que, en el ámbito previsional, implicará establecer una pensión adecuada, oportuna, suficiente y completa, ajustada al costo de vida e indexada ante los vaivenes de la inflación), y por el otro lado, se erija un servicio de prestaciones sociales antiburocrático, con clara conciencia de las necesidades de la población y su compromiso con su bienestar, evitando que los fondos de pensiones se desvíen o sean utilizados para fines diferentes a la mejora de las prestaciones. Todo lo cual puede determinarnos una armonía entre la política económica y social (y más precisamente, la previsional)²⁹.

En este ámbito cobra relevancia el papel de la acción de los afiliados y pensionistas, pues, como RENDÓN VÁSQUEZ señala: “Limitadas por la estructura económica, las realizaciones de la Seguridad Social, han tenido como fuente de impulsión la presión de los trabajadores, aunque su materialización haya correspondido a gobiernos y mayorías parlamentarias que, en unos casos, sólo cedían ante la presión social, y, en otros, ejecutaba un programa de reformas posibles dentro de una cierta correlación de fuerzas”³⁰. Su participación, por lo tanto, es decisiva y debe ser sustantiva y real, esto es, que tenga incidencia directa en la política previsional del país y no como hasta ahora, es limitada, sin mayor relevancia, a su participación en la administración del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales³¹. Su participación debe responder a la necesidad de realizar

²⁸ Una experiencia fundamental es la de Finlandia, pues, las lecciones para los países subdesarrollados que se pueden extraer del trabajo de KANGAS, O. E., “Pensions and Pension Funds in the Making of a Nation-State and a National Economy: The case of Finland”. *Documento del Programa de Políticas Sociales y Desarrollo*, núm. 25, 2006, es que, resulta fundamental que los fondos de pensiones se inviertan en proyectos de desarrollo nacional que permitan sentar y acelerar las bases de la industrialización del país; todo ello como parte de las transformaciones estructurales y sociales que requiere un país subdesarrollado, las cuales pasan por el impulso a la economía nacional hasta que esta rebase sus límites. Desde luego, la política previsional se ajusta a este marco. Este camino representa una posibilidad de armonizar la política previsional con el desarrollo económico dentro de los límites propios del sistema capitalista.

²⁹ Cfr. GÓMEZ VALDEZ, F., *Derecho Previsional y de la Seguridad Social, Análisis Doctrinario, Jurisprudencial y Comparado*, Perú, Editorial San Marcos, 2012, pp. 224- 246. En nuestro país, las grandes desigualdades han determinado la creciente contradicción entre las políticas económicas y sociales, esto, en el periodo de la pandemia, se ha visto agudizado.

³⁰ RENDÓN VÁSQUEZ, J., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ta. ed., Lima, Editor Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008, p. 85.

³¹ Este tiene como función, según el art. 188 del Decreto Supremo N° 354-2020-EF (25/11/2020), respaldar las obligaciones de los regímenes pensionarios a cargo de la ONP, asimismo, en su art. 189.1, señala que está administrada por “un Directorio constituido por cinco (5) miembros, y presidida/o por la/el Ministra/o de Economía y Finanzas e integrado por la/el Gerenta/e General del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), por la/el Jefa/e de la ONP y por dos miembros designados por Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas”. Sobre estos dos últimos representantes, el artículo 3 de la Ley

cambios sustantivos en la política previsional y no limitarlo a administrar la crisis del SNP.

El papel de la organización de los trabajadores, en general, y los afiliados y pensionistas, en particular, en el control, fiscalización y gestión de los fondos de pensiones así como, en la política previsional, será una premisa básica para garantizar el éxito de estos cambios. La movilización consciente de dichos sectores, bajo la égida de una política de seguridad social adecuada y aclimatada a las necesidades actuales, puede muy bien afianzar la cohesión y la solidaridad nacional ante las adversidades³². Esto representa una gran ventaja, en comparación con el SPP, pues, el SNP revela un aspecto aglutinante: la solidaridad entre sus integrantes, que resulta un eje central en cualquier proyecto de cambios sociales.

En fin, lo fundamental para iniciar los procesos de reforma de la superestructura previsional es garantizar mecanismos de financiamientos permanentes para el SNP, lo que pasará, *necesariamente*, por desconectar la dependencia de las reformas paramétricas a la política de endeudamiento y convertir en armónicas las transformaciones en la estructura económica y social del país con las reformas en la superestructura previsional, ya que hoy, ante el peligro de una pandemia, en menos de un año, el Estado movilizó todos sus mecanismos de endeudamiento para fomentar una protección precarizada,

Nº 27617 (01/01/2002), ha señalado que se trataría de “dos Representantes de los Pensionistas a propuesta del Consejo Nacional de Trabajo y nombrados por resolución ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas”. Sin embargo, como se advierte, las funciones que desarrollan y la forma en que se estructuran no tiene incidencia alguna en la política previsional en su conjunto ni en la posibilidad de movilizar a los asegurados y elevar su conciencia política de la necesidad de su participación en el diseño de la política previsional del país. Aquí, también cabe llamar la atención de un organismo que fuera introducido por el art. 4 de la Ley Nº 28532 (16/05/2005): el Consejo Consultivo, cuya función, según el art. 8 del Decreto Supremo Nº 118-2006-EF (18/07/2006) es la de absolver consultas y brindar asesoramiento a la alta dirección de la ONP, asimismo, sus miembros conformantes eran los mismos del directorio anteriormente señalado (esto es, MEF, BCRP, ONP y dos representantes de los pensionistas). Por su lado, el Reglamento de Organización de Funciones de la ONP (13/6/2013), en su art. 18, literal c), le encargó, además de la asesoría y absolución de dudas, la función de proponer a la alta dirección de la ONP la adopción de políticas orientadas a la consecución de los fines institucionales. Esta disposición, que puede tener incidencia en la política previsional de la institución, no resulta efectiva, pues dicho accionar se ajusta hacia un parámetro doméstico-burocrático y no nacional-institucional, de ahí que, la incidencia en la política previsional esté sujeto a la aceptación o no de la alta dirección y, dada su estructuración, termina siendo una acción burocrática desligada absolutamente de la organización de los pensionistas y afiliados. Recientemente, el Decreto Supremo Nº 354-2020-EF (25/11/2020), en su art. 180.1, ha desconocido la representación de los dos representantes de los pensionistas, sustituyéndolos por expertos nacionales e internacionales en materia previsional. Se profundiza así, el carácter burocrático de dicha posibilidad (aunque -como señalamos- resultaba imposible acceder a modificar la política previsional) y se expulsa de la representación a los pensionistas. Esta es una consecuencia de la política previsional neoliberal de insistir en evaluar el problema previsional como un problema “técnico”; se consigue así, alejar del problema previsional a los pensionistas, y ni qué decir de los afiliados, quienes no existen en estos esquemas. Sea como fuere el caso, todas las posibilidades de cogestión democrática de la administración previsional en el SNP, no existe, y de existir, se refiere a otros asuntos y están desligados, absolutamente, de incidir en la política previsional del país. En lo que se refiere al SPP, la posibilidad de una gestión democrática dentro de sus órganos de decisión (v.g. directorio o gerencia) es nula.

³² FAJARDO CRIBILLERO, M., “Aldea Global y Política Social”, *Revista Laborem*, núm. 24, 2021, pp. 502-503.

habiendo postergado por casi treinta años, la posibilidad de haber iniciado el camino hacia la construcción de una seguridad social genuina.

Por lo tanto, el camino debe ser revertido para iniciar dicho proceso que -según todas las medidas aquí analizadas-, no responden a un problema, *única* o *principalmente*, de financiamiento o “técnico” sino de una política económica distributiva de la riqueza social, que refleje los intereses de los sectores productivos y sea parte de un proyecto nacional capaz de transformar las estructuras económicas subdesarrolladas y dependientes de nuestro país.

3. CONCLUSIONES

El SNP en nuestro país ha llegado a constituirse como un sistema de subprotección social, debido a la aquiescencia del Estado para resolver y promover la solución a su crisis, así como, por el control de la política previsional por parte de los dueños de las AFP; como consecuencia de ello, ha llegado al periodo de pandemia con un financiamiento deficitario, ante lo que el Estado ha suministrado recursos para dar cumplimiento de las obligaciones previsionales. En estas condiciones, el SNP se encuentra estancado e impedido (de *facto*) de generar fuentes de financiamientos permanentes y rentables que permitan su real autonomía frente a los afanes políticos coyunturales y de los organismos financieros internacionales.

Por otro lado, la crisis de la pandemia, no ha representado un punto de quiebre que permita salir de la subprotección heredada por la marcha hacia la privatización del SNP en la década de 1990, por el contrario, se ha reforzado y, peor aún, se han fomentado formas de financiamiento ligadas a la política de endeudamiento. Este mecanismo ha sido el eje de la solución de las contradicciones que existieron, entre el Poder Ejecutivo y Legislativo, en torno al problema del financiamiento de las reformas paramétricas, razón por la cual, la política previsional, se advierte, progresivamente, subordinada al endeudamiento público, situación que constatamos en la implementación de la Ley N° 31301(22/07/2021).

Por ello, cabe anotar que, si bien es cierto, las crisis significan puntos de quiebre para realmente hacer cambios profundos y no caer en el reformismo paramétrico, sin embargo, esto no sucedió en nuestro país, pues heredamos una política previsional subdesarrollada, dependiente y neoliberal que hace suyo las perspectivas que imponen –vía financiamiento- los órganos financieros internacionales (v.g. FMI) y se limita, por un lado, a reproducir la ideología de la seguridad social dominante a través del Poder Ejecutivo y Legislativo, y por el otro lado, a administrar la crisis en que se encuentra el SNP.

En esta situación, la economía política del endeudamiento ha generado el *reformismo paramétrico*, por el cual, cualquier modificación poco sustantiva en algún aspecto del SNP (v.g. la entrega de una retribución extraordinaria, modificaciones y flexibilización de los requisitos para el acceso a las pensiones o la creación de tipos de pensiones ligadas a la situación de la pandemia) se implementarán siempre y cuando esta permita acrecentar

el grado de endeudamiento del Estado en relación a los organismos financieros internacionales. Esto trae como consecuencia, un mecanismo indirecto de pago generalizado de toda la población para el sostenimiento del SNP, desbordando el sistema contributivo mismo. El reformismo paramétrico termina siendo, dentro del esquema global de la economía, un mecanismo más que refleja el carácter subdesarrollado y dependiente de nuestro país, pues garantiza la sostenibilidad financiera de los organismos internacionales y refuerza la política de endeudamiento. Este fenómeno implica la renuncia al desarrollo de una política de seguridad social genuina que permita construir fuentes de financiamientos permanentes y rentables.

Todos estos elementos permiten advertir que, se viene abonando el camino para la desintegración, extinción o mayor parálisis del SNP, así como, su progresiva subordinación a la lógica de la política de endeudamiento (lógica que inclusive puede ser aplicada a cualquier programa asistencial), situación que se erige como un obstáculo para la construcción de una seguridad social genuina.

Por ello, el camino futuro de las reformas integrales del sistema previsional no pasarán por el reformismo paramétrico, sino, por modificaciones en la estructura económica subdesarrollada y dependiente con el objetivo de erigir una superestructura de la seguridad social genuina, eliminando la lógica del endeudamiento y buscando fuentes de financiamiento sustentables y permanentes en la economía del país, que no se limiten a fijar impuestos generales, cobranza de deudas multimillonarias, contribuciones del trabajador y empleador y/o similares, sino que, impliquen articular el problema del financiamiento a proyectos de desarrollo económico nacional en los diversos sectores económicos, tales como construcción, vivienda, agricultura, etc. pero con énfasis en los proyectos de investigación y desarrollo tecnológico, que permitan avanzar hacia la industrialización del país.

En este proceso, resultará importante la movilización consciente de los trabajadores, en general, y asegurados y pensionistas, en particular, para tener el control, fiscalización y gestión de los fondos de pensiones y participación en la política previsional, de forma activa y sustantiva. Además, dicha movilización deberá orientarse a fortalecer los lazos de cohesión y solidaridad social, que permitan garantizar el proceso de construcción de la seguridad social. Para ello, se requerirá una regulación antineoliberal de la fuerza de trabajo que elimine la informalidad, articulen a los sectores independientes, eliminen el subempleo y desempleo, fomenten una política de empleo ligada a la estabilidad laboral, entre otras medidas que favorezcan las reformas en la superestructura previsional. Asimismo, se requerirá erigir un servicio de atención previsional antiburocrático, que tenga un compromiso claro con la población y evite el uso indebido de los fondos de pensiones. Todos estos mecanismos deben establecer una correcta distribución de la riqueza que nos permita armonizar la política económica con la previsional.

4. BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, “Dictamen del Proyecto de Ley 4977/2020-

CR”, 24 de julio del 2020, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/04977DC06MAY20200724.pdf , consulta: 14/11/2020).

COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ORGANISMOS REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, “Dictamen de insistencia aprobado por UNANIMIDAD, recaído en las observaciones a la autógrafa de ley que establece un Régimen Especial Facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley N° 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) (Proyecto de Ley N° 4977/2020-CR y otros)”, 1 de octubre del 2020, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/04977DC06MAY20201001.pdf , consulta: 14/12/2020).

COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA, “Dictamen recaído en los Proyectos de Ley 4977/2020-CR, 5030/2020-CR, 5044/2020-CR, 5047/2020-CR, 5063/2020-CR, 5107/2020-CR, 5109/2020-CR, 5157/2020-CR, 5196/2020-CR, 5199/2020-CR, 5215/2020-CR, 5351/2020-CR, 5409/2020-CR, 5449/2020-CR, Y 5531/2020-CR, ley que habilita a los exaportantes a la ONP a solicitar el 100% de sus aportes al Sistema Nacional de Pensiones”, 8 de julio del 2020, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/04977DC09MAY-20200708.pdf , consulta: 14/11/2020).

COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA, “Dictamen de insistencia recaído en las Observaciones del Presidente de la República a la Autógrafa de Ley que establece un Régimen Especial Facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley N° 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) en relación a los Proyectos de Ley N° 4977/2020-CR y otros”, 6 de noviembre del 2020, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/04977DC09MAY-20201106.pdf , consulta: 14/12/2020).

COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA, “Dictamen en minoría recaído en los proyectos de ley N° 133/2016-CR, 2411/2018-CR, 3561/2018-CR, 4310/2018-CR, 4977/2020- CR, 5030/2020-CR, 5044/2020-CR, 5047/2020-CR, 5063/2020-CR, 5104/2020-CR, 5107/2020-CR, 5109/2020-CR, 5157/2020-CR, 5196/2020- CR, 5199-2020-CR, 5215/2020-CR, 5329/2020-CR, 5334/2020-CR, 5351/2020-CR, 5409/2020-CR, 5425/2020-CR, 5449/2020-CR, 5531/2020- CR, 5619/2020-CR, 5676/2020-CR, 5677/2020-CR, 5800/2020-CR, 5938/2020-CR, 5968/2020-CR y 6114/2020-CR”, 2 de diciembre del 2020, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/00133DC09MIN20201202.pdf , consulta: 14/12/2020).

COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA, “Dictamen recaído en los proyectos de Ley N° 6114/2020-PE y 7709/2020-CR, Ley que garantiza el acceso a una gestión a los asegurados del Sistema Nacional de Pensiones que no logren acceder a una pensión bajo el régimen del Decreto Ley N° 19990”, 13 de julio del 2021, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/06114DC09MAY20210713.pdf , consulta: 11-8-2021).

COMISIÓN DE PRESUPUESTO Y CUENTA GENERAL DE LA REPÚBLICA, “Dictamen recaídos en los Proyectos de Ley 5030/2020-CR, 5044/2020-CR, 5063/2020-CR, 5104/2020-CR, 5107/2020-CR, 5196/2020-CR, 5199/2020-CR, 5215/2020-CR, 5425/2020-CR, 5619/2020-C y 5676/2020-CR, referidos al Sistema Nacional de Pensiones”, 5 de agosto del 2020, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/05030DC17MAY-20200805.pdf , consulta: 14/12/2020).

COMISIÓN DE PRESUPUESTO Y CUENTA GENERAL DE LA REPÚBLICA, “Dictamen recaído en el proyecto de Ley N° 6114/2020-PE que propone la ley para establecer medidas extraordinarias a favor de las/os aseguradas/os del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), regulado por el Decreto Ley N° 19990, por motivo del impacto del Covid-19 en la economía peruana”, 25 de noviembre del 2020, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/06114DC17MAY-20201125.pdf , consulta: 11/8/2020).

COMISIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 133/2016-CR, 2411/2018-CR, 3561/2018-CR, 4310/2018-CR, 5157/2020- CR, 5329/2020-CR, 5334/2020-CR, 5409/2020-CR, 5425/2020-CR, 5449/2020-CR, 5676/2020-CR y 5800/2020- CR, Ley que propone la devolución de los aportes al Sistema Nacional de Pensiones”, 13 de agosto del 2020, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00133DC22MAY20200813.pdf , consulta: 14/12/2020).

COMISIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Dictamen de Insistencia recaído en las Observaciones del Poder Ejecutivo a la autógrafa de la Ley que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP)”, 19 de noviembre del 2020, (https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/04977DC22MAY20201119.pdf , consulta: 7/2/2021).

COMISIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Dictamen recaído en los proyectos de Ley N° 3324/2018-CR, 4064/2018-CR, 6043/2020-CR, 7063/2020-CR, 7470/2020-CR, 7512/2020-CR y 7783/2020-CR, que con un texto sustitutorio propone la ley que establece medidas a favor de los afiliados por el Sistema Nacional de Pensiones a fin de aliviar la economía familiar”, 2 de julio

- del 2021,
(https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/03324DC22MAY20210702.pdf , consulta: 11/8/2021).
- DIARIO OFICIAL EL PERUANO, “SUNAT: minera Cerro Verde pagó S/ 1,040 millones de deuda”, 13 de agosto del 2021, (<https://elperuano.pe/noticia/126715-sunat-minera-cerro-verde-pago-s-1040-millones-de-deuda#:~:text=12%2F08%2F2021%20La%20Superintendencia,hab%C3%ADa%20sido%20impugnada%20a%C3%B1os%20atr%C3%A1s> , consulta: 16/8/2021).
- FAJARDO CRIBILLERO, M., “Aldea Global y Política Social”, *Revista Laborem*, núm. 24, 2021, pp. 497- 513.
- FLORÍNDEZ, H. P., Hablan los Números, *Hildebrandt en sus trece*, año 12, núm. 542, 4 de junio del 2021, pp. 6-7.
- FMI, “El Directorio Ejecutivo del FMI aprueba un acuerdo de dos años a favor de Perú por US\$ 11.000 millones en el marco de la Línea de Crédito Flexible”, 28 de mayo del 2020, (<https://www.imf.org/es/News/Articles/2020/05/28/pr20224-peru-imf-executive-board-approves-2yr-us-11b-flexible-credit-line-arrangement> , consulta: 27/5/2021).
- GÓMEZ VALDEZ, F., *Derecho Previsional y de la Seguridad Social, Análisis Doctrinario, Jurisprudencial y Comparado*, Perú, Editorial San Marcos, 2012.
- KANGAS, O. E., “Pensions and Pension Funds in the Making of a Nation-State and a National Economy: The case of Finland”, *Documento del Programa de Políticas Sociales y Desarrollo*, núm. 25, 2006.
- LÓPEZ CALVA, L. F., “COVID-19 y la riqueza en la cima: más multimillonarios y más ricos en ALC tras la crisis en el Perú”, 27 de mayo del 2021, (<https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/presscenter/directors-graph-for-thought/covid-19-and-wealth-at-the-top--more-and-wealthier-billionaires-.html>, consulta: 26/8/2021)
- MEF, “Perú colocó tres nuevos bonos por US\$ 4 000 millones, incluyendo una emisión con vencimiento dentro de 101 años”, 23 de noviembre del 2020, (<https://www.gob.pe/pl/institucion/mef/noticias/315751-peru-coloco-tres-nuevos-bonos-por-us-4-000-millones-incluyendo-una-emision-con-vencimiento-dentro-de-101-anos> , consulta: 27/5/2021).
- ONP, “Informe N° 42-2020-DPR/ONP”, 1 de junio del 2020 (https://www.onp.gob.pe/seccion/centro_de_documentos/Documentos/3100.pdf , consulta: 20/7/2020).
- ORTIZ, I., DURÁN- VALVERDE, F., URBAN S., WODSAK V. y ZHIMING YU, “La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina (2000-2018)”, Suiza, Departamento de Protección Social de la OIT, 2019

- (https://www.social-protection.org/gimi/RessourcePDF.action;jsessionid=XGT8JWSEdsk-A9EOobnnOdDPcmrWQUyZ7tPBpcf_TCyQ2qr5yhql!-1463413688?id=55496, consulta: 26/8/2021)
- PODER EJECUTIVO, “Proyecto de Ley N° 6114/2020-PE”, 2 de septiembre del 2020, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL06114-20200902.pdf, consulta: 11/8/2021).
- PODER EJECUTIVO, “Autógrafa de Ley observada por el Poder Ejecutivo”, 18 de septiembre del 2020, (https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Auto-grafa/OBAU0013320200918.pdf, consulta: 14/12/2020).
- PODER EJECUTIVO, “Exposición de motivos: Decreto de Urgencia que establece medidas extraordinarias que contribuyan a la atención de la población en el marco de la Emergencia Sanitaria producida por el COVID-19 y a la reactivación económica a través del gasto público”, 2020, (<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2020/Diciembre/21/EXP-DU-137-2020.pdf>, consulta: 25-2-2021).
- RENDÓN VÁSQUEZ, J., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ta. ed., Lima, Editor Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008.
- ROMERO MONTES, F. J., “Presente y futuro de la seguridad social en el Perú”, *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social: Dr. José Matías Manzanilla*, núm. 4, Año IV, 2019, pp. 246-263.
- SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE, “Memoria Anual”, 2020 (<https://www.cerroverde.pe/pdf/memoria-anual-2020.pdf>, consulta: 13/8/2021).
- SUNAT, “Informe N° 000015-2020-SUNAT/7D0000”, 18 de septiembre del 2020, (<https://consede.lab.org.pe/wp-content/uploads/2020/09/Informe-15-2020-SUNAT-7D0000.pdf>, consulta: 4/4/2021)
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp.00016-2020-PI/TC, 4 de febrero del 2021, (<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00016-2020-AI.pdf>, consulta: 15/2/2021).
- VELAZCO, R., “Deudores crónicos”, *Hildebrandt en sus trece*, año 12, núm. 553, 2021, pp. 4- 5.
- SAINT-JOURS, Y., “El conflicto seguridad social y seguros privados: la experiencia francesa”, *Contextos, Revista Crítica de Derecho Social*, núm. 3, 1999, pp. 113-124.

Falsificación, tráfico y comercio ilícito de medicamentos

Counterfeiting, trafficking and illicit trade of medicines

FRANCISCO VEGA AGREDANO

Juez Sustituto

franciscovega@sobrelegalidad.com

 <https://orcid.org/0000-0001-9382-2529>

Resumen: En los últimos años se ha incrementado la presencia del crimen organizado en muchos ámbitos de nuestras sociedades, mostrando una mayor facultad de diversificación en sus actividades. En las dos últimas décadas, estas organizaciones delictivas han creado estructuras más complejas, extendiendo sus actividades transfronterizas a nuevas modalidades delictivas. El tráfico de medicamentos es una de las actividades delictivas que, junto al tráfico de drogas, produce una mayor cantidad de ingresos ilícitos. Existe una lucha internacional para combatir una actividad que pone en peligro la salud pública colectiva y perjudica la confianza de los ciudadanos en los productos farmacológicos. La alta rentabilidad de este tipo de tráfico y la necesidad de poca estructura e inversión, hacen que la actividad sea eficiente y atraiga la actividad de grupos delictivos. La persecución de estos delitos es muy compleja, pues intervienen en la cadena de suministro múltiples elementos propios y ajenos a las organizaciones. Internet ha facilitado las transacciones ilegales de medicamentos, creándose un mercado paralelo que mueve miles de millones en todo el mundo. Actualmente, es básica la colaboración y cooperación internacional entre autoridades, instituciones, policías y órganos judiciales.

Abstract: *In recent years, the presence of organized crime has increased in many areas of our societies, showing ever greater power. In the last two decades, these criminal organizations have created more complex structures and with their cross-border activities they have embraced new criminal modalities. Drug trafficking is one of the criminal activities that, together with the trafficking of psychotropic substances, produces a greater amount of income for these*

Recepción: 07/03/2022

Aceptación: 01/06/2022

Cómo citar este trabajo: VEGA AGREDANO, Francisco, “Falsificación, tráfico y comercio ilícito de medicamentos”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 5, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 123-151, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.06>

international organizations. There is an international fight to combat an activity that endangers public health and harms the confidence of citizens around the planet in pharmaceutical products. The high profitability of this type of traffic and the need for little structure and investment make the activity very efficient and criminal groups are attracted to this criminal modality. The prosecution of these crimes is very complex because many elements are involved in the supply chain, both internal and external to the organizations themselves. The Internet has facilitated transactions in fake or unwarranted medicines, creating a parallel and illegal market that moves billions around the world. International collaboration and cooperation between authorities, institutions, police and judicial bodies has become essential.

Palabras clave: tráfico ilegal medicamentos, comercio ilícito de medicamentos, tráfico ilícito de medicamentos, organizaciones criminales transnacionales, criminalidad organizada, tráfico internacional fármacos, delincuencia organizada, actividad transfronteriza, salud pública.

Keywords: *illegal drug trafficking, international trafficking, illicit trade of medicines, transnational criminal organizations, organized crime, international drug trafficking, organized crime, cross-border activity, public health.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTEXTO Y RELEVANCIA INTERNACIONAL. 3. MOTIVACIONES PARA ESTA FENOMENOLOGÍA DELICTIVA. 4. MODUS OPERANDI, DIFICULTADES Y HERRAMIENTAS OPERATIVAS. 4.1. Modalidades delictivas y especialización. 4.2. Internet como medio facilitador del tráfico de medicamentos. 4.3. Origen y estructura de las organizaciones delictivas transnacionales. 5. INSTRUMENTOS NORMATIVOS PARA COMBATIR EL FENÓMENO DELICTIVO. 5.1. Instrumentos normativos de ámbito internacional y europeo. 5.2. Instrumentos normativos de ámbito nacional. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA. 8. WEBGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La criminalidad organizada en nuestros días guarda un paralelismo más o menos simétrico con la sociedad y las nuevas tecnologías propias de nuestra época, pero también con la multinacionalidad característica de este mundo global. En el Siglo XXI se ha producido un salto cualitativo en la delincuencia a causa de un aumento vertiginoso de la presencia del crimen organizado en nuestras sociedades. Sin duda, las organizaciones delictivas transnacionales vienen mostrando cada vez un mayor poder, riqueza, orden y estructura, hasta el punto de ser capaz de burlar o corromper incluso a las propias instituciones y grupos de poder de algunos Estados.

La delincuencia organizada no conoce fronteras ni soberanías nacionales, razón por la que en las Naciones Unidas ha sido constante la preocupación por la rápida propagación y amplitud geográfica de la delincuencia organizada en sus diversas formas, tanto a nivel nacional como internacional. Por su parte, el territorio europeo constituye uno de los centros neurálgicos del crimen organizado internacional. Sin duda, la construcción e

implementación del proyecto europeo ha traído indudables beneficios económicos y políticos ligados a la apertura de las fronteras interiores de la Unión, la libre circulación de bienes y los flujos migratorios que contribuyen al desarrollo de distintos órdenes sociales, pero en contrapartida, se ha facilitado la internacionalización de la delincuencia y el despliegue del crimen organizado.

La legislación penal debe ofrecer un patrón de respuesta adaptado a la realidad criminal, para evitar crear campos de impunidad. España, es cada vez más consciente de que actualmente es necesaria una visión integral que dé una respuesta global y que involucre a todos los operadores públicos de seguridad. Por ello, nuestro país ha configurado nuevos tipos del injusto que dan un tratamiento autónomo y diferenciado a esta nueva forma de criminalidad organizada, ahondando en la especialidad de sus conductas criminales.

El tráfico de medicamentos es una actividad delictiva que, junto al tráfico de drogas, constituye una de las conductas más extendidas en el ámbito del tráfico de productos o sustancias, tanto en el mundo físico como a través de la web¹. La falsificación y tráfico de medicamentos entraría dentro de lo que se ha denominado en términos generales como delincuencia farmacéutica y que comporta la fabricación, el comercio y la distribución de medicamentos falsos, robados o ilícitos, pero que también englobaría otro tipo de dispositivos médicos o farmacológicos, diferentes a los medicamentos. En el presente trabajo, nos centramos únicamente en la realidad de la delincuencia organizada transnacional que recae sobre los medicamentos en sentido estricto, incluyendo los de uso humano y excluyendo aquí los de uso veterinario, aun cuando los segundos reproducen un esquema similar a los primeros.

Los grupos de delincuencia organizada con actividades transfronterizas constituyen una de las más graves amenazas para los ciudadanos, las empresas y las instituciones de todo el planeta. El riesgo y el perjuicio causado es aún mayor, cuando estamos hablando de productos farmacológicos destinados a curar, prevenir o diagnosticar enfermedades, pues se quiebra la expectativa del paciente y, además, muy probablemente, se agrave la dolencia o enfermedad padecida. Obviamente, el tráfico de medicamentos guarda una diferencia fundamental con el tráfico de drogas en atención a la sustancia con la que se trafica, pues mientras los medicamentos son sustancias aprobadas, testadas, y controladas, las drogas son sustancias que carecen de esa aprobación, testeo y control².

Debemos comenzar dejando claro que, con carácter general, la actividad consistente en el comercio exterior de medicamentos es una operación totalmente legal y permitida en España y en la Unión Europea, siempre y cuando la realicen los operadores autorizados para ello: laboratorios farmacéuticos titulares de la autorización de comercialización, laboratorios fabricantes y/o importadores, entidades de distribución de medicamentos

¹ ÉCIJA BERNAL, A., "Principales conductas antisociales de Internet II", *Diario La Ley*, núm. 8973, 2017, págs. 1-13.

² *Ídem*.

legalmente reconocidos y que son los almacenes mayoristas de distribución, almacenes por contrato y los almacenes de medicamentos bajo control o vigilancia aduanera³.

Junto al mercado legal, en la UE se detectan decenas millones de unidades falsificadas de medicamentos, pues el mercado comunitario atrae la actividad de gran parte de las organizaciones delictivas internacionales, debido a la relativa facilidad para realizar sus actividades dentro del Espacio Schengen. Hasta tal punto esto es así, que se estima que el 70 % de las organizaciones delictivas de la UE operan en más de tres Estados miembros. La lucha contra el tráfico ilegal de medicamentos no es algo que deba ser competencia única y exclusiva de los organismos creados por la ley para combatir esas actividades. Muy al contrario, es necesario que todos los sectores sociales se movilicen para ayudar a combatir esta realidad, ya que nos encontramos en un ámbito especializado en el que este enfoque multisectorial es especialmente relevante.

La salud de la población no sólo se ve amenazada por las enfermedades o pandemias que originan los virus, bacterias y otros microorganismos, sino que también, la amenaza responde a tratamientos inadecuados de las mismas en muy diversas formas. Tanto la doctrina⁴ como la jurisprudencia⁵ entienden la salud pública en términos bastante amplios, como aquel conjunto de condiciones de vida de la generalidad que, positiva o negativamente, garantizan y fomentan la salud de todos los ciudadanos. El Diccionario de la Real Academia Española, define la salud pública como “*conjunto de condiciones mínimas de salubridad de una población determinada, que los poderes públicos tienen la obligación de controlar y proteger*”.

En definitiva, los delitos contra la salud pública y, dentro de los mismos, los relacionados con medicamentos, se incluyen entre los delitos que atentan contra la colectividad social y no frente a una o varias personas concretas. En efecto, nos encontramos ante delitos de peligro abstracto en los que la protección penal se adelanta a un momento anterior a la producción del efectivo resultado, independizándolas de cualquier título por el que aquellas sustancias puedan entrar en el tráfico y de los resultados nocivos que su empleo pueda ocasionar⁶.

³ VÁZQUEZ MOURELLE, R., RODRÍGUEZ COSTA, E., POSE REINO, J. M. & CADÓRNIGA VALIÑO, L., "El tráfico inverso de medicamentos. Experiencia en Galicia". *Revista Española Salud Pública*, núm. 5, 2015, págs. 431-445.

⁴ QUINTANO RIPOLLES, A., “Compendio de Derecho Penal”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 1958, pág. 149. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, Editorial Trivium, 2.ª ed., 1985, pág. 90.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1983, que enjuició el caso del síndrome tóxico, destaca textualmente (Fundamento Jurídico 2.º in fine) que “*el bien jurídico protegido en los delitos de riesgo en general contra la salud pública es el bien común en que la misma consiste, que se refleja en definitiva en la salud personal de los ciudadanos...*”

⁶ CÁMARA ARROYO, S., "El medicamento como instrumento del delito: análisis del delito farmacológico y las intoxicaciones medicamentosas desde la Medicina legal, el derecho penal y su jurisprudencia", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 1, 2020, págs. 307-419.

El objetivo es permitir la protección de un bien jurídico colectivo que está reconocido en el artículo 43.1 de nuestra Constitución, como es el de la salud de todos los ciudadanos⁷, y nada mejor para ello que hacerlo cuando todavía la salud no ha sido dañada. Ahora bien, existe otro bien jurídico protegido indirecto o reflejo en estas conductas delictivas, consistente en proteger y asegurar un equilibrio en los intereses económicos de un sector del mercado que muestra cada vez mayor pujanza, el de los medicamentos. En efecto, mediante la persecución de estos delitos, de forma más o menos explícita, se persigue el intrusismo y se salvaguarda el buen funcionamiento de un determinado mercado y su protección administrativa⁸.

2. CONTEXTO Y RELEVANCIA INTERNACIONAL

El tráfico ilegal de medicamentos por parte de las organizaciones criminales transnacionales se centra en todo tipo de actividades, entre las que destacan cuantitativa y cualitativamente, el etiquetado engañoso y los productos falsificados o de imitación. Estas conductas pueden ocasionar graves consecuencia, con el consiguiente fracaso terapéutico de los tratamientos, la farmacoresistencia, y en último término, la muerte de los pacientes.

En el presente trabajo se analizará el fenómeno de la falsificación y tráfico ilegal de medicamentos a nivel internacional, sin entrar en el análisis de los tipos penales concretos que recoge nuestro Código Penal y las normas internacionales, ya que no es ese el objeto de este estudio. En cualquier caso, se harán determinadas referencias aisladas a las regulaciones normativas, por ser necesario e intrínseco al propio estudio de este fenómeno delictivo global.

Para hacernos una idea de la relevancia de estos comportamiento ilícitos, solo en el ámbito de la UE en 2019, los mercados delictivos tuvieron unos ingresos que ascendieron al 1 % del PIB de la UE, es decir, a 139 000 millones de euros⁹. En el ámbito mundial, la Organización Mundial de la Salud (OMS) estima en 75 mil millones de dólares el volumen de la actividad criminal relacionada con los fármacos, lo que representa entre el 1 % y el 10 % del mercado mundial de medicamentos. Más concretamente, la OMS ha calculado que es posible que hasta un 1 por ciento de los medicamentos que se venden en países desarrollados sean fraudulentos, elevándose al 10 por ciento en varios países en vías de desarrollo y llegando a alcanzar hasta el 30 por ciento del mercado en algunas

⁷ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2000, págs. 1435-1457.

⁸ CUESTA AGUADO, P. M., "Valoración político criminal de la intervención penal en el control del tráfico de personas, objetos o mercancías", en *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2014.

⁹ EMPACT. Conclusiones sobre la continuación permanente del ciclo de actuación de la UE contra la delincuencia organizada y las formas graves de delincuencia internacional. Recuperado el 15 de diciembre de 2021 en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-fight-against-crime/>.

zonas de Asia, África y América Latina¹⁰. La actividad criminal internacional en este ámbito es un gran negocio, pues únicamente la venta de medicamentos fraudulentos desde Asia oriental y el Pacífico a la zona de Asia sudoriental y África asciende a unos 5.000 millones de dólares por año¹¹.

La falsificación de medicamentos fraudulentos, su comercio y el consumo de estos productos, representan una amenaza particularmente peligrosa para la salud de la población. Además, exacerban algunas de las enfermedades más peligrosas, contribuyendo al desarrollo de cepas resistentes a los medicamentos¹². Incluso, no podemos dejar de mencionar, la posibilidad de que se produzcan desvíos de sustancias para la fabricación de medicamentos al destino final de tráfico de drogas. Hasta tal punto es así, que existen medicamentos que incluyen principios activos susceptibles de desvío para la fabricación de drogas y que han sido incluidos en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas¹³.

La falsificación de medicamentos forma parte del fenómeno internacional de las falsificaciones de todo tipo de productos (audio, video, ropa, joyas, perfumes, etc.). No obstante, en el caso de los medicamentos, la conducta adquiere mayor gravedad, pues perjudica las expectativas del paciente, sin ser de utilidad para al fin terapéutico pretendido y agravando su ingestión el padecimiento de salud. El beneficio económico obtenido con la distribución de fármacos falsificados puede canalizarse hacia la producción de más productos falsificados y otras actividades delictivas, ocasionando una sinergia. Las organizaciones criminales transnacionales, también pueden pretender introducir productos falsificados en la cadena legítima de suministro, proporcionándoles dinero limpio a cambio de ocasionar un gran reto en la lucha contra el blanqueo de capitales y de poner en peligro a los usuarios legítimos, que pueden estar recibiendo productos defectuosos¹⁴.

En el ámbito que nos ocupa y según algunos expertos, la falsificación de medicamentos puede llegar a ser 10 veces más rentable que la venta de heroína, y en algunos casos hasta

¹⁰ IMPACT, Counterfeit Medicines: an update on estimates. Recuperado el 9 de febrero de 2022 en <https://www.who.int/medicines/services/counterfeit/impact/TheNewEstimatesCounterfeit.pdf>.

¹¹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *“Transnational Organized Crime in East Asia and the Pacific: A Threat Assessment”*, 2013, pág. 129.

¹² UNODC. El tráfico ilícito de mercancías falsificadas y el crimen organizado transnacional. Recuperado el 12 de enero de 2022 en https://www.unodc.org/documents/counterfeit/FocusSheet/Counterfeit_focussheet_ES_HIRES.pdf.

¹³ CÁMARA ARROYO, S., "El medicamento como instrumento del delito: análisis del delito farmacológico y las intoxicaciones medicamentosas desde la Medicina legal, el derecho penal y su jurisprudencia", *op. cit.*

¹⁴ COUNCIL OF EUROPE, *“Moneyval: Committee of experts on the evaluation of anti-money laundering measures and the financing of terrorism”*, 2008, pág. 10.

20 veces más rentable que el tráfico de cocaína¹⁵. Por ello, el tráfico de medicamentos, según el último informe del Foro Económico Mundial, se ha convertido en una de las tendencias más preocupantes y es el producto número uno dentro del mercado de la falsificación. Este informe pone cifras a las cinco actividades del crimen organizado que recaudan más dinero en el mundo: el narcotráfico con 320.000 millones de dólares, la falsificación con 250.000 millones, el tráfico humano que alcanza los 31.600 millones, seguido del tráfico ilegal de petróleo con 10.800 millones y el tráfico de vida salvaje que rozaría los 10.000 millones¹⁶. Concretamente, las actividades centradas en las falsificaciones pueden ir desde la mezclas de sustancias tóxicas peligrosas, hasta preparaciones totalmente inactivas, inocuas e ineficaces, afectando a todo tipo de medicamento y abarcando la práctica totalidad de grupos terapéuticos, es decir, desde los tratamientos con costes elevados contra el cáncer hasta las versiones de simples analgésicos¹⁷.

El tráfico ilegal de medicamentos que aquí analizamos incluye tanto aquellos medicamentos que exigen receta médica para su expedición, como aquellos que se pueden adquirir sin necesidad de ningún trámite ni solicitud¹⁸. No obstante, suelen ser más frecuente los primeros, pues en aquellos se prescinde así del necesario filtro médico. Por otro lado, en nuestra sociedad moderna, la ausencia de enfermedad implica también la perspectiva del desarrollo psicológico de la persona, en cuanto a su concepción de sí misma. En efecto, en los medicamentos debemos incluir aquellos dirigidos a la propia imagen y estética, en un mundo que valora la estética y patrocina la competitividad¹⁹, que reciben el nombre de medicamentos de estilo de vida y que alcanzarían a casi la mitad de los medicamentos falsificados vendidos por Internet²⁰.

Por último, debe quedar claro que en ningún caso deben confundirse o mezclarse la falsificación y tráfico ilegal de medicamentos que aquí estamos analizando, con otra realidad en auge dentro del territorio comunitario, denominada tráfico, comercio o distribución inversa de medicamentos. Estas últimas modalidades, suponen una actividad sumergida ilegal ejecutada por algunos almacenes mayoristas de distribución, sin conocimiento de la Administración competente y sin observar las garantías sanitarias,

¹⁵ FARMAMUNDI. El crimen organizado y la falsificación de medicamentos. Recuperado el 7 de enero de 2022 en <http://esencialesparalavida.org/2015/10/21/el-crimen-organizado-y-la-falsificacion-de-medicamentos/>

¹⁶ GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. Las cinco actividades del crimen organizado que recaudan más dinero en el mundo. Recuperado el 25 de enero de 2022 en https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_economia_crimen_organizado_mj.

¹⁷ FARMAMUNDI, El crimen organizado y la falsificación de medicamentos, *op. cit*

¹⁸ ÉCIJA BERNAL, A., "Principales conductas antisociales de Internet II", *op. cit*.

¹⁹ MENDOZA CALDERÓN, S., "La creciente importancia de la falsificación y el uso desviado de medicamentos como formas de criminalidad transnacional", en *Derecho Penal Sanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2018.

²⁰ MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2011, págs. 93 y ss.

debido fundamentalmente a la diferencia de precios entre países. La actividad de distribución inversa de medicamentos consiste básicamente en que, *“los mayoristas en lugar de obtener los medicamentos de otros almacenes o de laboratorios farmacéuticos, conforme establece la legislación vigente, los adquieren de las oficinas de farmacia, invirtiendo de esta forma el sentido del suministro, ya que estas no los dispensan al público, sino que los revierten al canal comercial revendiéndolos a los distribuidores”*²¹.

3. MOTIVACIONES PARA ESTA FENOMENOLOGÍA DELICTIVA

La diferencia de precios que existe entre los productos farmacológicos cuyo origen se encuentra en España o la Unión Europea, en relación con los costes existentes en otros países subdesarrollados o en vías de desarrollo, es abismal. Esa diferencia de precio tan llamativa ha logrado captar la atención de grupos criminales internacionales que, persiguen obtener grandes beneficios con el menor riesgo y con la menor inversión, buscando alcanzar la mayor eficiencia posible. En efecto, los medicamentos objeto de tráfico ilícito tienen un menor coste de venta en el mercado, debido fundamentalmente a los siguientes factores: ahorros considerable de los coste de producción en países con bajos índices de desarrollo, materias primas de muy baja calidad o directamente inadecuadas, omisión de la burocracia y de los controles por las autoridades sanitarias, inexistencia de aranceles en las transacciones, entre otros.

Los medicamentos son un producto que tiene una constante demanda en las sociedades modernas y en la mayoría de los casos, sus costes de producción son bajos, salvo en los fármacos especiales y excepcionales. Además, su producción suele pasar muy inadvertida, pues para la fabricación y almacenamiento de la mayoría de los productos no es necesario contar con grandes infraestructuras o instalaciones. La producción de medicamentos genera una serie de riesgos característicos del Estado industrial del bienestar, ya que las nuevas técnicas farmacológicas usadas en la fabricación de fármacos simplifican el proceso de producción para aumentar los beneficios, pero al mismo tiempo, suponen un incremento de los posibles riesgos de falsificación o copia del proceso por las organizaciones criminales.

La cadena de distribución en los medicamentos es amplia, y ello favorece también la intervención de organizaciones criminales que estén especializadas en cualquiera de las fases de suministro. En la legislación sanitaria comunitaria y en la española, la comercialización es una conducta posterior a la fabricación, pero previa a la distribución a cuyo fin se dirigen. En consecuencia, lo usual es que la comercialización se lleve a cabo por el propio fabricante, que pone en el mercado el medicamento al entregarlo al almacén distribuidor. Este, a su vez, lo suministra a las Oficinas de Farmacia para que lo despachen al público, siendo la secuencia comercial la siguiente: fabricación o importación, la comercialización o puesta en el mercado, el almacenamiento, la distribución o suministro

²¹ VÁZQUEZ MOURELLE, R, RODRÍGUEZ COSTA, E., POSE REINO, J. M. & CADÓRNIGA VALIÑO, L., "El tráfico inverso de medicamentos", *op cit.*

y, por último, el despacho²². La exportación, por su parte, será realizada, tanto por el propio fabricante como por el almacén mayorista distribuidor. Pues bien, la conducta criminal puede iniciarse y desarrollarse en cualquiera de estas fases antes mencionadas, o en varias de ellas²³.

Los grupos delictivos transnacionales generan enormes cantidades de dinero, y se sienten atraídos por los grandes beneficios que produce el comercio ilícito internacional de medicamentos falsificados, así como por el comercio de productos legales a través de canales ilícitos, o la venta de medicamentos adulterados, caducados o falsificados, en tiendas físicas o virtuales. En orden a evitar las actividades criminales de falsificación y tráfico ilegal de sustancias farmacológicas, se están produciendo enormes esfuerzos por todas las Administraciones Sanitarias. Existe un seguimiento y lucha constante frente a las grandes organizaciones internacionales, pero una persecución que tiene lugar en clara inferioridad de medios.

El tráfico ilícito de medicamentos es una actividad emergente en España y en la UE, con repercusiones negativas para la Salud Pública colectiva, desarrollándose por los actores principales múltiples actividades que son contrarias a las normas sanitarias básicas en el orden internacional. Las inspecciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad, así como de los agentes encargados de los controles fronterizos y de los servicios de inteligencia, son esenciales en la lucha contra una actividad ilícita que exige un importante esfuerzo de colaboración interadministrativa. Los ejes de actuación frente al tráfico ilegal internacional de medicamentos deben ser: el control, la investigación, la detección, la concienciación, la sensibilización, la colaboración, la coordinación, la creación de alianzas, entre otros.

Por último, para comprender la magnitud de este fenómeno se debe aclarar que, en el mundo criminal, son pocas las actividades delictivas que pueden suponer riesgos tan amplios y variados como los originados con la falsificación y tráfico ilícito internacional de medicamentos. En efecto, esta actividad trasciende más allá del propio riesgo para la salud pública global, ocasionando grandes pérdidas económicas para los fabricantes legítimos, lo que provoca una bajada en la recaudación de impuestos, así como el fomento de la economía sumergida y el blanqueo de capitales²⁴. También se vulneran derechos de propiedad industrial e intelectual, dañando la imagen de las farmacéuticas, al usar ilegalmente sus marcas y logotipos, disminuyendo la confianza de los ciudadanos²⁵.

²² CASTRO MORENO, A., "Conductas relativas a la expendición ilegal de medicamentos", en *El delito farmacológico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2020, págs. 62-63.

²³ *Ídem*.

²⁴ GONZÁLEZ URIEL, D., "Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional", *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, núm. 1, 2017, págs. 151-183.

²⁵ *Ídem*.

4. MODUS OPERANDI, DIFICULTADES Y HERRAMIENTAS OPERATIVAS

La realidad de los medicamentos falsificados demuestra desde hace unos años que estamos hablando de un fenómeno global y complejo, en el que todos los países del mundo se ven afectados como puntos de origen, tráfico o destino. Las actuaciones de investigación policial y de instrucción judicial en estas materias presentan gran dificultad, debido en gran parte, al considerable número de operadores comerciales que intervienen dentro de la cadena de suministro y a la apertura de los mercados internacionales.

La actual red de distribución de medicamentos es cada vez más compleja e implica a muchos intervinientes y colaboradores que no son necesariamente distribuidores al por mayor. Sin duda, la existencia de comerciantes e intermediarios de menor tamaño hace más complejo el seguimiento de las mercancías a lo largo de la cadena de distribución. Además, para un incremento aún mayor de la dificultad de persecución, parece cada vez más evidente que, el *modus operandi* y las rutas se adaptan en función del tipo de medicamento falsificado, del volumen de las sustancias, e incluso, de la dimensión de la organización que esté actuando.

En definitiva, dentro de lo que de manera amplia se conoce como tráfico ilícito de medicamentos, deben incluirse un conjunto de conductas: la fabricación y elaboración, la importación y exportación, la distribución, la venta o entrega al destinatario final y, por último, las actividades de promoción, favorecimiento y facilitación. Además, conviene resaltar que el transporte de los medicamentos desde el laboratorio ilegal hasta su punto de destino, con frecuencia es realizado por grandes empresas de logísticas o paquetería, que en ocasiones llegan a desconocer su cooperación necesaria en el tráfico ilegal de productos farmacológicos.

4.1. Modalidades delictivas y especialización

Los elementos que hemos ido analizando en líneas anteriores, han provocado que se hayan incrementado las actividades ilícitas relacionadas con estas modalidades criminales en todo el globo. Ahora bien, mientras en los países más avanzados la falsificación se centra en fármacos novedosos de alto coste y asociados a los nuevos estilos de vida (hormonas, esteroides, antihistamínicos, estéticos, etc.), en los países en desarrollo, la falsificación se centra en medicamentos básicos para combatir enfermedades potencialmente mortales (malaria, tuberculosis, VIH, etc.). Sin duda, existe una evidente conexión entre desarrollo socioeconómico y grado de alfabetización, pudiéndose apreciar como en los países menos desarrollados económicamente, existen enfermedades crónicas y plagas endémicas, que son aprovechadas por las organizaciones criminales para abastecer con sustancias inocuas y perjudiciales para la salud²⁶.

Los diversos tipos delictivos que se analizan en la normas penales y convenios pueden venir originados por traficar con especialidades farmacéuticas, que inicialmente son comercializadas bajo una patente, pero también puede atender a las medicinas genéricas,

²⁶ GONZÁLEZ URIEL, D., "Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional", *op .cit.*

que son copias legales de las especialidades farmacéuticas. Las copias legales se admiten, pero bajo tres condiciones propias de este tipo de comercio regulado: que las patentes hayan expirado, que no exista ninguna patente concedida o que el fabricante tenga una licencia para usar la patente²⁷. Como es lógico, no toda conducta que no cumpla con los requisitos burocráticos administrativos será castigada conforme al derecho penal, siendo en ocasiones una mera infracción administrativa más o menos grave.

Por otro lado, es interesante analizar cómo según los Informes de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes²⁸, existen sustancias psicotrópicas que anteriormente se desviaban de los canales de distribución internos a granel, pero que, en la actualidad, su desviación tiene lugar principalmente en forma de preparados farmacéuticos que contendrían estos principios. Dentro de las conductas de desvío y siempre según estos informes, las sustancias que se desvían con mayor frecuencia son: los estimulantes (metilfenidato), las benzodiacepinas (diazepam, alprazolam, lorazepam, clonazepam y flunitrazepam), la buprenorfina y las anfetaminas.

Los grupos de delincuencia organizada internacional que están implicados en los delitos farmacológicos de tráfico ilícito operan, tanto en el marco de redes mundiales informales como a través de grupos tradicionales de delincuencia organizada. La ilicitud de la actividad puede consistir, bien en la introducción de productos farmacológicos ilegales dentro de los canales legales de suministro de medicamentos, bien en el tráfico ilegal de estas sustancias dentro de un mercado clandestino e ilegal que opera al margen de los canales legales.

En cualquier caso, los delitos de tráfico de medicamentos implican que no puedan incriminarse conductas de medicamentos adulterados, que no estuviesen destinados a entrar en el tráfico ya que, en caso contrario, no existiría un mínimo de peligrosidad de la conducta para la vida o la salud de los pacientes. En efecto, el propósito de la conducta debe ser destinar el medicamento al consumo público, por lo que es necesario demostrar esta vocación al tráfico o comercialización durante el proceso penal mediante juicios de inferencia a partir del relato fáctico probado²⁹.

Por otro lado, nos encontramos ante conductas que exigen como elemento subjetivo que el sujeto conozca la alteración del medicamento nocivo y que tenía el propósito de expenderlos o destinarlos al uso por otras personas. Además, desde el punto de vista objetivo la conducta debe implicar un grave peligro para la vida o la salud de los

²⁷ JORDÁ SANZ, C. & GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, A., "El tráfico ilícito de medicamentos: un mercado ilegal para el crimen organizado", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 17, 2015, págs. 1-22.

²⁸ INCB. Informes de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes como órgano independiente y cuasi judicial constituido por expertos que fue establecido en virtud de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. Recuperado el 16 de febrero de 2022 en <https://www.incb.org/incb/es/publications/annual-reports/annual-report.html>.

²⁹ CÁMARA ARROYO, S., "El medicamento como instrumento del delito: análisis del delito farmacológico y las intoxicaciones medicamentosas desde la Medicina legal, el derecho penal y su jurisprudencia", *op. cit.*

consumidores, y éste solamente se produciría cuando el medicamento se pone en circulación³⁰.

El consenso alcanzado y el inequívoco compromiso de la comunidad internacional para acabar con tráfico internacional de medicamentos se ha ido plasmando a lo largo del último lustro en una serie de normas, estándares y protocolos de actuación que ya hemos analizado. El objetivo debe ser intensificar el desmantelamiento de todas las estructuras de delincuencia organizada dedicada a estas actividades, usando para ello todo tipo de herramientas legales, técnicas y materiales.

Los instrumentos normativos necesitan de una implicación auténtica, simultánea y real de todos los actores de la esfera internacional, así como de una dotación de medios personales y materiales que permitan a las autoridades luchar en una situación de igualdad frente a las grandes organizaciones criminales internacionales. En efecto, durante largo tiempo, los criminales internacionales han venido contando con una notable ventaja en tecnología e innovación que les ha permitido burlar controles, enmascarando estas actividades y métodos prohibidos.

En la lucha contra las actividades de falsificación y tráfico internacional de medicamentos son imprescindibles los mecanismos de enlace, cooperación reforzada y vigilancia permanentes, además de tener acceso directo a canales internacionales, como Europol o Interpol, de probada eficacia en la represión de la delincuencia organizada. También se apunta a que las propias farmacéuticas deberían realizar servicios de cibervigilancia virtual para monitorizar y detectar la venta incontrolada de sus productos. En realidad, la clave reside en que las autoridades nacionales e internacionales ejecuten estrategias proactivas de fiscalización, vigilando ininterrumpidamente el mercado, evitando con carácter previo que lleguen a la población medicamentos ilegítimos, es decir, medicamentos falsificados, adulterados, de contrabando, sin registro sanitario o robados³¹.

Para luchar contra las bandas especializadas es necesario contar con cuerpos policiales especializados, tanto en las sustancias químicas objeto de tráfico ilegal como en los sistemas y medios informáticos, ya que las organizaciones dedicadas a estas actividades cuentan con personal técnico especializado que usan Internet como pantalla de impunidad. En mayo de 2021, la UE adopta sus prioridades para la lucha contra delincuencia grave y organizada durante los cuatro años siguientes, siendo que las prioridades se aplicarán entre 2022 y 2025 en el marco de la Plataforma Multidisciplinar

³⁰ PASCUAL CADENA, A., "Los riesgos penales", en *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*, Barcelona, Editorial Bosch, 1.ª ed., 2016.

³¹ ANMAT. La Falsificación de Medicamentos como Problema Sanitario por la Dra. María José Sánchez y Sebastián Tobar. Recuperado el 5 de febrero de 2022 en <http://www.anmat.gov.ar/comunicados/Falsificacion.pdf>.

Europea contra las Amenazas Delictivas (EMPACT)³² y preocupando de manera especial el tráfico ilegal de medicamentos.

La OMS y la Interpol, vienen alertando desde hace unos años en sus informes del serio peligro que comporta para la salud de las personas el tráfico ilegal y el uso incontrolado de medicamentos falsos, adulterados o que no cuentan con los controles sanitarios adecuados. De hecho, el tráfico ilegal de medicamentos por parte de organizaciones criminales en la esfera internacional se ha convertido en una amenaza social en toda regla, que tiene su manifestación más visible y llamativa en el mercado ilegal y oculto, pero que también tiene una influencia directa en el mercado legal. En consecuencia, es necesario desplegar, con la mayor eficacia posible, una acción de carácter integral y sostenida en el tiempo, que logre desenmascarar las actividades, amparándose en la cooperación internacional.

La protección de la salud pública en el tráfico intracomunitario de medicamentos requiere que la comercialización del producto esté autorizada no sólo en el país en el que se adquiere, es decir, en el país de exportación, sino también en el país de destino que lo importa³³. Los poderes públicos deben hacer uso de los mecanismos necesarios para controlar el mantenimiento de la calidad y eficacia del producto, siendo esencial la coordinación y el trasvase de información. Los intensos intercambios de información entre Estados pueden permitir la identificación de nuevas fuentes de suministro fuera de control. Las autoridades necesitan abordar el problema con la ayuda de la policía, las aduanas, el poder judicial, los fabricantes, mayoristas y minoristas, intermediarios e incluso de los profesionales de la salud y los propios pacientes.

El Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, define el medicamento de uso humano en su artículo 2.a como *“toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico”*. Podemos apreciar tres elementos en la definición anterior: una sustancia o combinación de ellas en dosis determinadas, que se administra con una finalidad concreta y que produce en mayor o menor medida el efecto pretendido en el organismo humano.

Los medicamentos falsos, según la Agencia Española del Medicamento, *“son aquellos fabricados sin conocimiento del titular, en instalaciones desconocidas y que no llevan el principio activo que se declara o menor cantidad del mismo”*. En efecto, se tratarían de supuestos medicamentos con igual empaquetado, logotipos, códigos de barras,

³² EMPACT. Conclusiones sobre la continuación permanente del ciclo de actuación de la UE contra la delincuencia organizada..., *op. cit.*

³³ GARCÍA CASTRILLÓN, C. O., "Autorizaciones de comercialización y comercio paralelo de medicamentos", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2003, págs. 1771-1775.

hologramas e identificación externa de los medicamentos legítimos, pero que no contienen sustancias terapéuticas (43 % de los casos), o bien, las contienen en dosis inadecuadas o peligrosas (24 % de los casos), o incluso, están formulados con sustancias nocivas al alcance de los falsificadores, siendo éste el supuesto más peligroso (resto de los casos)³⁴. En definitiva, los medicamentos falsificados pueden infringir las normas establecidas en materia de seguridad, calidad y eficacia. Debe quedar claro que en algunos casos la composición del producto puede ser la adecuada, pero el envase ha sido falsificado mientras que, en otros supuestos, la composición es de por sí incorrecta, al no incluir el principio activo que compone el fármaco o ser éste es insuficiente³⁵.

4.2. Internet como medio facilitador del tráfico de medicamentos

El tráfico ilegal de medicamentos amenaza con expandirse aún más en los próximos años, ya que el uso de internet como mercado ilegal se incrementa año a año, sobre todo, por aquellos clientes que pretenden ocultar sus compras de medicamentos o tratamientos farmacológicos no autorizados a precios muy económicos. Se ha producido una eclosión en el tráfico ilegal de medicamentos por parte de organizaciones criminales, usando como canal la venta telemática de medicamentos falsificados³⁶. Este mercado se encuentra en expansión, entre otros motivos, debido al auge del autodiagnóstico y de la autoprescripción. El sujeto que se automedica encuentra en Internet un supermercado prácticamente ilimitado en el que abastecerse, sin receta médica, pero con el riesgo para la salud que puede suponer consumir falsificaciones.

Se ha demostrado que las organizaciones criminales internacionales son extremadamente versátiles y oportunistas cuando se trata de nuevas formas ilegales de obtener beneficios. Las herramientas y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han propiciado la introducción de nuevos canales de relación comercial, apareciendo nuevas dinámicas delictivas que requieren un especial esfuerzo y cooperación internacional, más allá de los métodos tradicionales propios de las relaciones entre sujetos que se encontraban en el interior de las fronteras de su país. En consecuencia, debe descartarse la idea tradicional sobre la que ha pivotado el Derecho Penal, inspirado en el principio de territorialidad y de soberanía estatal, pues ahora existen elementos de extranjería que vinculan a distintos países, siendo necesario agilizar relaciones y entrega de documentos, y armonizar los ordenamientos jurídicos, también en materia penal sustantiva, para lograr una mayor coherencia³⁷.

El cibertráfico constituye en la actualidad una de las actividades más importantes del Deep web y del Dark Web, sin perjuicio de que también se produce a través de las páginas

³⁴ RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, R., "La falsificación de medicamentos y su represión penal análisis de la situación actual y propuestas de reforma", *Diario La Ley*, núm. 7144, 2009.

³⁵ *Ídem*.

³⁶ JORDÁ SANZ, C. & GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, A., "El tráfico ilícito de medicamentos: un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado", *op. cit.*

³⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., "Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en el extranjero", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 2001, págs. 199-224.

web de compraventa de productos online, jugando entidades como Amazon, Ebay, o Milanuncios, un papel determinante en el control, prohibición y prevención de estos comportamientos³⁸.

El tráfico en línea facilita la impunidad y funcionamiento de las organizaciones, pues la mayoría de sus miembros tienen una relación prácticamente virtual o a través de la red, sin conocerse excesivamente entre ellos, lo que favorece la desvinculación en caso de detención o investigación policial, sin que afecte al resto de la organización.

No podemos obviar que, en la actualidad, las plataformas de compraventa online, en cuanto prestadores de servicios de alojamiento y de acuerdo con los términos establecidos en las normas comunitarias y nacionales, son responsables desde que tienen conocimiento de que alojan en su plataforma anuncios que realizan una actividad ilícita. De hecho, la OMS en sus últimas estimaciones apunta a que el 50% de los medicamentos disponibles en páginas web en las que los proveedores online esconden su dirección física podrían ser falsificados.

En el año 2015, la propia Comisión Europea creó e implantó un logotipo común para identificar aquellas páginas web de la UE que pueden vender legalmente medicamentos. Incluso la AEMPS en cumplimiento de su función de control en materia de medicamentos ilegales o falsificados que carecen de las debidas garantías sanitarias, desarrolla investigaciones de sitios web a los que se podrá bloquear el acceso de los usuarios españoles en el caso de que realicen una actividad ilícita y, en determinadas ocasiones, incluso se procederá a su cierre³⁹.

Por otro lado, el ciberespacio ha facilitado el blanqueo de las ganancias ilícitas provenientes del tráfico transnacional de medicamentos, dando fuelle a la criminalidad organizada, bien sea blanqueando a través del simple movimiento de capitales⁴⁰ o bien mediante las criptomonedas. Deteniéndonos en la segunda modalidad, participan en esta actividad, quienes idean el plan, los informáticos que llevan a cabo la actividad material de la infraestructura, los grupos de blanqueadores, tanto los que convierten las cantidades dinerarias en criptomonedas como aquellos que las vuelven a convertir en dinero de curso legal. Además, a estos anteriores pueden unirse otros como asesores fiscales o asesores legales, todo en ello en función de los conocimientos técnicos que tengan o no, los otros participantes.

Los ideadores del plan financian la actividad desde sus respectivos países de origen y tras ello, se produce la creación de estafas o fraudes, frecuentemente en la red, a través de anuncios de productos como los medicamentos, aunque no solamente estos. Un intermediario que actúa como cambiador y blanqueador de dinero, tras recibir el dinero

³⁸ ÉCIJA BERNAL, A., "Principales conductas antisociales de Internet II", *op. cit.*

³⁹ CATALÁN MATAMOROS, D., GONZÁLEZ OCHANDO, N., PECHARROMAN ARRIBAS, H., FERNÁNDEZ MUELAS, A., BENTOLILA BENCHIMOL, S. S. & IBARRA LORENTE, M., *op. cit.*

⁴⁰ GUTIÉRREZ FRANCÉS M. L., "Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional", en *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Salamanca, Editorial Universidad de Salamanca, 2002, págs. 193-214.

de las víctimas, blanquea esos fondos convirtiéndolos inmediatamente en criptomonedas. Estas criptomonedas son transferidas al extranjero para que puedan ser gestionadas por un grupo de blanqueadores ubicados en ese estado extranjero. En última instancia, estos últimos blanqueadores, convierten las criptomonedas en monedas locales de curso legal para que el beneficio pueda ser repartido entre todos los componentes de la red en función de su grado de participación.

4.3. Origen y estructura de las organizaciones delictivas transnacionales

El origen de la producción tiene lugar en regiones o países con altos niveles de corrupción, que evitan dotarse de mecanismos y normas que disuadan a las organizaciones criminales transnacionales dedicadas a estas actividades. Como apuntamos en líneas anteriores, esta actividad puede ejecutarse por meros delincuentes aislados o en grupo, que operan dentro de un territorio determinado y que falsifican medicamentos a pequeña escala. No obstante, el marco que aquí analizamos en el presente trabajo y que nos interesa es la falsificación ejecutada a gran escala, cada vez con mayor frecuencia, por las grandes organizaciones criminales.

Las grandes organizaciones actúan bajo una única dirección y coordinación, repartiendo entre sus miembros todas las operaciones que son necesarias para desarrollar la cadena completa de la actividad. De esa manera, todo se ejecuta dentro de la propia organización y obedeciendo las normas internas, desde la fabricación del medicamento, hasta su distribución, comercialización y, por último, la venta. Frecuentemente, también existen integrantes que se encargarán a posteriori de las operaciones de blanqueo de los beneficios.

El resultado de esta estructura y reparto de roles es un incremento en la capacidad delictiva con la obtención de unos beneficios mucho mayores⁴¹. En efecto, desde hace algunos años, la falsificación, adulteración y venta ilegal de medicamentos se encuentra entre las actividades más lucrativas del delito, junto con hechos graves como la trata de personas, la venta de drogas y las armas, superando en ocasiones los fármacos a las ganancias del narcotráfico. Así, al menos, lo reflejan algunos informes Center for Medicine in the Public Interest, un organismo especializado estadounidense⁴².

Los análisis llevados a cabo a través de la investigación de este tipo de organizaciones delictivas internacionales ponen de relieve la existencia de dos tipos de organizaciones. Por un lado, tenemos organizaciones delictivas transnacionales de gran tamaño que operan de manera compleja en cuanto a su estructura, pero con un funcionamiento externo en el mercado que es ágil y flexible, atendiendo a una demanda cambiante del mercado

⁴¹ ÉCIJA BERNAL, A., "Principales conductas antisociales de Internet II", *op. cit.*

⁴² ISBD. Adulteraciones, falsificaciones y decomisos. Una amenaza mundial: el tráfico de medicamentos falsos es mejor negocio que las drogas. Recuperado el 10 de febrero de 2022 en <https://www.saludyfarmacos.org/lang/es/boletin-farmacos/boletines/nov2013/p42454/>.

ilegal⁴³. Por otro lado, aunque en menor medida, existen grupos delictivos de menor tamaño que están especializados en campos específicos y que no cuentan con las herramientas necesarias para adaptarse a las cambiantes necesidades del mercado ilegal actual⁴⁴.

En cualquier caso, no podemos despreciar la existencia y el uso frecuente de empresas legales por parte de las organizaciones, como tapadera o camuflaje que sirve tanto para adquirir como para vender medicamentos de forma ilegal. En otras ocasiones, las empresas cuentan con la cobertura legal para la fabricación del medicamento, pues por su objeto social tienen justificación para la compra de productos que son necesarios para la elaboración de medicamentos ilícitos. Asimismo, podemos encontrarnos con auténticas sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., y que son utilizadas exclusivamente como herramientas del delito o para dificultar su investigación⁴⁵.

Por otro lado, es habitual en el tráfico de medicamentos que la distribución final al consumidor se produzca por miembros de la organización que cuentan con una profesión legal que les facilita la transacción y el contacto con una red de potenciales adquirentes. En efecto, son miembros que tienen una profesión especialmente relevante para facilitar la ejecución de actividades relacionadas con el tráfico de medicamentos (empresarios del sector, deportistas, nutricionistas, entrenadores, personal sanitario, etc.).

Si analizamos más detenidamente las organizaciones de gran tamaño dedicadas al tráfico ilegal de medicamentos, se comprueba que la mayor parte de sus miembros no tienen atribuida una concreta tarea de manera permanente. Obviamente, existen puestos de mando nucleares atribuidos a miembros nucleares que, debido a la especialidad de su profesión o sus contactos, resultan claves para la actividad ilegal y siempre desempeñan la misma actividad. No obstante, dado que la gran mayoría de integrantes no tienen tareas claras, las organizaciones son más flexibles y pueden reestructurarse de manera rápida y ágil ante la presencia policial⁴⁶. Parece que la división de tareas será más o menos compartimentada en las organizaciones delictivas en función de lo compleja que sea la organización criminal y la jerarquización de su estructura, es decir, como regla general existen personas clave que están rodeadas de otros miembros que realizan labores de distribución, transporte y venta de forma oportunista, según las necesidades⁴⁷.

⁴³ JORDÁ SANZ, C. & GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, A., "El tráfico ilícito de medicamentos: un mercado ilegal para el crimen organizado", *op. cit.*

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ PASCUAL CADENA, A., "Los riesgos penales", *op. cit.*

⁴⁶ *Ídem.*

⁴⁷ DE LA CORTE, L. & GIMÉNEZ SALINAS, F. A., *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Barcelona. Editorial Ariel, 1.ª ed., 2010.

5. INSTRUMENTOS NORMATIVOS PARA COMBATIR EL FENÓMENO DELICTIVO

Los representantes internacionales han puesto el énfasis en la necesidad de la colaboración internacional para combatir estas prácticas que estamos analizando, de ahí que sea esencial que los países suscriban Convenios y Tratados Internacionales de toda índole, que persiguen y tipifican estos delitos contra la salud pública y sienta las bases de cooperación entre Estados para perseguir esta especialidad de crimen organizado.

Los informes de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), apuntan a que las deficiencias en las legislaciones de cada país y los sistemas de justicia que no cuentan con marcos normativos estrictos para castigar la fabricación o tráfico de productos médicos falsificados y que están siendo aprovechados por estas asociaciones delictivas⁴⁸. El riesgo que asumen los delincuentes en estas actividades no es muy elevado, si se compara con las penas previstas a nivel internacional para el tráfico de drogas. Existe desde hace años una práctica unanimidad en considerar las drogas perjudiciales para la salud, sin embargo, no existe en la sociedad el mismo nivel de concienciación respecto a los medicamentos ilegales.

El tráfico de sustancias nocivas para la salud pública, tanto drogas como medicamentos, tiene un claro carácter internacional desde hace algunos años. En efecto, los mayores flujos monetarios y las transacciones comerciales a gran escala, se producen entre sujetos que se encuentran en diferentes países, por lo que es preciso atender a los conceptos de mundialización y seguridad global⁴⁹, estableciendo *“unas nuevas bases de lo que es la democracia, la participación, la representación, la ciudadanía, etc., donde el Derecho Internacional se convierte en referente y en elemento sustentador, construyendo y abriendo un nuevo proceso legislativo internacional”*⁵⁰.

Se necesita una armonización normativa en el terreno sustantivo, con identidad de tipos penales y sanciones, pero también en la esfera procesal, fortaleciendo la cooperación policial y judicial⁵¹. En este panorama, coexisten zonas geográficas de mercados más o menos abiertos y otras de mercados controlados, en los que la libertad de movimientos de mercancías y productos se somete a restricciones por parte de algunos Estados.

En la actualidad, en la esfera de las Naciones Unidas, UE y otros ámbitos, se aboga por la necesidad de velar por el Orden Público Internacional a través del seguimiento del tráfico de determinadas operaciones mercantiles dentro del mercado internacional. En efecto, es indudable que determinado tráfico de mercancías o productos debe estar sujeto

⁴⁸ FORBES. Por Covid-19, el crimen organizado se beneficia con tráfico de medicinas. Recuperado el 20 de enero de 2022 en <https://www.forbes.com.mx/el-lado-oscuro-de-faceapp/>.

⁴⁹ GONZÁLEZ URIEL, D., "Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional", *op. cit.*

⁵⁰ GONZÁLEZ RADÍO, V., "Justicia y globalización", *Instituto Nacional de Administración Pública*, 2000, págs. 102-106.

⁵¹ FERNÁNDEZ OGALLAR, B., "El proceso de armonización del derecho penal en la Unión Europea", en *El Derecho Penal armonizado de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 1.ª ed., 2014, págs. 171-174.

a controles de exportación, e incluso de tránsito, capaces de ajustarse a las obligaciones y compromisos que los Estados hayan asumido.

5.1. Instrumentos normativos de ámbito internacional y europeo

El primer gran acuerdo internacional en la materia lo encontramos en la Declaración de Roma de febrero de 2006, firmada en el marco del primer grupo de trabajo global (International Medical Products Anti-Counterfeit Taskforce o sus siglas IMPACT), integrado por 193 Estados Miembros de la OMS. En el ámbito internacional, también tiene un considerable interés para nuestro país el intercambio de información entre los países de la Red EAMI (Red de Autoridades en Medicamentos de Iberoamérica) y a través del sistema FALFRA (Sistema de Intercambio Rápido de Información sobre Medicamentos Falsificados en Iberoamérica).

Por otro lado, el Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública, fue firmado en Moscú el 28 de octubre de 2011, también denominado Convención Medicrime. La importancia de este instrumento es notable, pues supone el primer instrumento normativo de ámbito internacional y vinculante, con consecuencia penales dentro de este ámbito. El Convenio fue firmado por España en Estrasburgo el 8 de octubre de 2012 y ratificado el 5 de agosto de 2013, produciéndose su entrada en vigor el 1 de enero de 2016. Este convenio ha sido firmado ya por 23 países de Europa, África y Asia y ha sido ratificado por España junto con Guinea, Hungría, Moldavia y Ucrania⁵².

El objeto y la finalidad de este instrumento aparece tasado en el artículo 1 que se reproduce a continuación: *“1. El presente Convenio tiene por objeto prevenir y combatir las amenazas que gravitan sobre la salud pública: a) penalizando determinados actos; b) protegiendo los derechos de las víctimas de los delitos establecidos en virtud del presente Convenio; c) promoviendo la cooperación nacional e internacional. 2. Con el fin de asegurar la aplicación efectiva de sus disposiciones por las Partes, el presente Convenio establece un mecanismo específico de seguimiento”*.

Medicrime se encuentra en pleno funcionamiento, actualizándose permanentemente y suponiendo desde su creación un auténtico revulsivo para combatir estas actividades. Sirva de ejemplo, que ha vuelto a cobrar protagonismo a raíz de la actual crisis pandémica mundial derivada del Covid, produciéndose un constante intercambio de experiencias sobre el tráfico de vacunas y otros medicamentos Covid. En efecto, se ha creado un canal seguro de información para que fiscales, jueces y sistemas penitenciarios puedan hablar

⁵² AEMPS. Puesta en marcha de la «Convención Medicrime» contra la falsificación de medicamentos. Recuperado el 14 de febrero de 2022 en https://www.aemps.gob.es/informa/notasinformativas/medicamentosusohumano-3/medillegales/2015/icm_mi_19-15-convencion-medicrime/.

e intercambiar experiencias, con el objetivo de ser más eficaces contra las organizaciones criminales en tiempos de pandemia⁵³.

La Unión Europea es consciente que dentro del control normativo común y armonizado que debe existir en el territorio europeo para evitar el tráfico ilegal de medicamentos, la persecución de estas sustancias debe ser cuidadosa, pues a diferencia de la droga, estas tienen también unos usos legítimos⁵⁴. Por ende, la intervención europea en la materia siempre debe ser garantista y estar presidida por el respeto al debido cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad recogidos en el Tratado de Lisboa⁵⁵. Ahora bien, la Unión Europea también ha sido consciente de la necesidad de reaccionar contra el crimen organizado, y para ello, ha trazado las líneas generales de actuación que han de seguir los Estados miembros.

A nivel europeo, destaca la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 2001/83/CE y la Directiva 2012/26/UE, ambas encaminadas a impedir la entrada de medicamentos falsificados en territorio comunitario que han cristalizado en unas medidas de prevención adoptadas a lo largo del 2013 y 2014. Las Directivas en cuestión destacan el hecho de que se ha producido un alarmante incremento de medicamentos detectados en la Unión y contienen generalmente componentes de baja calidad, o bien no los contienen, o contienen componentes, incluidos principios activos, en los que la dosificación no es la correcta, y constituyen por ello una amenaza importante para la salud pública. Es importante destacar que estas Directivas ponen de manifiesto que estos medicamentos falsificados, no solo llegan al paciente a través de vías ilegales, sino también a través de la cadena de suministro legal, representando una especial amenaza para la salud y minando la confianza del paciente en la cadena de suministro legal. En efecto, se obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para evitar la puesta en circulación de esos medicamentos falsificados en el caso de que se introduzcan en la Unión.

Por último, reseñar el complejo y altamente técnico Reglamento Delegado (UE) 2016/161 de la Comisión, de 2 de octubre de 2015, que completa la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, estableciendo disposiciones detalladas relativas a los dispositivos de seguridad que figuran en el envase de los medicamentos de uso humano, incrementando los niveles de seguridad de todas las fases de la cadena de distribución de fármacos. Mencionar igualmente la Directriz sobre Buenas Prácticas de Distribución de Medicamentos de 7 de marzo de 2013 y la regulación de la venta a distancia de medicamentos, o la obligatoriedad desde el 2018 del nuevo código bidimensional para medicamentos de prescripción y otros de seguridad vigilada.

⁵³ EEAS EUROPA. Intercambio de experiencias sobre el tráfico de vacunas y otros medicamentos COVID. Recuperado el 5 de febrero de 2022 en https://eeas.europa.eu/delegations/brazil/94100/intercambio-de-experiencias-sobre-el-tr%C3%A1fico-de-vacunas-y-otros-medicamentos-covid_ky.

⁵⁴ MENDOZA CALDERÓN, S., "Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo", *Revista penal*, núm. 35, 2015, págs. 100-128.

⁵⁵ *Ídem*.

Por otro lado, también dentro del ámbito de la UE, existe el denominado Grupo de Trabajo de Ejecución de la Legislación (WGEO) creado en 2007 y formado por representantes de las agencias reguladoras de medicamentos de los Estados miembros de la UE y de la Asociación Europea de Libre Comercio (Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza), Estados observadores, representantes de la Comisión Europea y miembros de organismos nacionales, policiales y aduaneros, y otros internacionales como Interpol y la Organización Mundial de Aduanas (OMA)⁵⁶. Este organismo forma parte de la Red de Jefes de Agencias de Medicamentos (HMA) y sus actuaciones son esenciales para la coordinación entre los distintos agentes y países europeos en la lucha frente al delito farmacéutico, identificando las amenazas para el suministro de medicamentos con las debidas garantías sanitarias⁵⁷. Otros organismos europeos relacionados con la materia serían la propia Agencia Europea de Medicamentos, la Dirección Europea de la Calidad del Medicamento y el Cuidado de la Salud (EDQM) del consejo de Europa, así como la Red Europea de Laboratorios Oficiales de Control de Medicamentos (GEON).

5.2. Instrumentos normativos de ámbito nacional

En España, debemos atender a la norma general, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad que regula con carácter básico, entre otros aspectos, los relacionados con aspectos y competencias sobre medicamentos⁵⁸ y, por otro lado, al Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre por el que se regula más detalladamente el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. Igualmente es de aplicación el Real Decreto 782/2013 sobre distribución de medicamentos, que asigna a la distribución un nuevo papel de vigilancia y detección de medicamentos falsificados y su comunicación inmediata a las autoridades sanitarias⁵⁹.

El Real Decreto 782/2013 que acabamos de mencionar impone la debida colaboración de todos los agentes implicados en la cadena de distribución y dispensación de medicamentos, ya que estos pueden detectar movimientos inusuales que podrían estar relacionados con un desvío al mercado ilegal o bien pueden sufrir robos o pérdidas de medicamentos. Por ello, exige la comunicación de estos hechos a las autoridades competentes como una auténtica obligación recogida en su artículo 8.1 que establece, entre las obligaciones generales de los almacenes mayoristas, lo siguiente: “g) *Comunicar a las autoridades sanitarias competentes cualquier hecho o sospecha que conozcan en*

⁵⁶ CATALÁN MATAMOROS, D., GONZÁLEZ OCHANDO, N., PECHARROMAN ARRIBAS, H., FERNÁNDEZ MUELAS, A., BENTOLILA BENCHIMOL, S. S. & IBARRA LORENTE, M., "Los medicamentos falsificados en internet y el proyecto europeo fakeshare: experiencias y actuaciones en España", *Revista Española Salud Pública*, núm. 90, 2016, págs. 1-14.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ CNMC. Informe sobre el proyecto de real decreto por el que se regulan los productos sanitarios. Recuperado el 29 de enero de 2022 en https://www.cnmc.es/sites/default/files/3642663_1.pdf

⁵⁹ VÁZQUEZ MOURELLE, R., RODRÍGUEZ COSTA, E., POSE REINO, J. M. & CADÓRNIGA VALIÑO, L., "El tráfico inverso de medicamentos", *op cit*.

relación con un consumo indebido de medicamentos o su desvío al tráfico ilícito”⁶⁰. Este artículo también se aplica a los almacenes por contrato (artículo 9) y a los almacenes de medicamentos bajo control o vigilancia aduanera (artículo 10), así como a los laboratorios titulares (artículo 1.3) y a los fabricantes o importadores (artículo 1.5) que lleven a cabo actividades de distribución de medicamentos⁶¹.

Se debe mencionar también el Real Decreto 870/2013, que transpone la Directiva 2011/62/UE de 8 de junio de 2011 por la que se regula a nivel europeo la venta a distancia de medicamentos y se prohíbe la venta online de medicamentos que requieran prescripción médica. Por último, es básico en la materia el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios que, incorpora en su articulado todas las modificaciones producidas en la materia desde la entrada en vigor de la Ley 29/2006, de 26 de julio.

En otro orden de cosas, debemos reseñar la existencia del Convenio de colaboración en materia de Tráfico ilícito de medicamentos, firmado en 2010 entre la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS). Hay que tener presente que la propia AEMPS también cuenta con importantes actuaciones en defensa de la salud pública. Entre todas las competencias asumidas en su Estatuto encontramos las funciones de control en materia de medicamentos, que incluyen a los ilegales o falsificados cuyo uso implica un riesgo importante para la salud pública⁶². Hasta tal punto son importantes las medidas de prevención y seguimiento que, en febrero de 2019 se puso en marcha el Sistema Español de Verificación de Medicamentos (SEVEM), como una nueva herramienta para la verificación y la autenticación de los medicamentos durante la dispensación por las propias farmacias, a través de los dispositivos de seguridad y el identificador único conforme al Reglamento Delegado (UE) 2016/161 mencionado en el subepígrafe anterior⁶³.

Por otro lado, también en España, debe nombrarse la Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave, en la que se traza la estrategia durante el periodo 2019-2023⁶⁴. En este instrumento pone

⁶⁰ AEMPS. Procedimiento de notificación de robos, extravíos u otros desvíos de medicamentos al tráfico ilícito. Recuperado el 15 de febrero de 2022 en https://www.aemps.gob.es/industria/distribucion_medicamentos/instru-comunica-trafico-ilicito/home.htm.

⁶¹ *Ídem*.

⁶² CATALÁN MATAMOROS, D., GONZÁLEZ OCHANDO, N., PECHARROMAN ARRIBAS, H., FERNÁNDEZ MUELAS, A., BENTOLILA BENCHIMOL, S. S. & IBARRA LORENTE, M., *op. cit.*

⁶³ SEVEM. Información de proyecto. Recuperado el 27 de enero de 2022 en <https://www.sevem.es/informacion-de-proyecto/>.

⁶⁴ DSN GOB. Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019-2023. Recuperado el 25 de enero de 2022 en <https://www.dsn.gob.es/es/file/3058/download?token=dEAzcdoN>.

de relieve la necesidad de reforzar la generación de inteligencia relacionada con el crimen organizado, en especial el tráfico ilícito hacia España de productos ilícitos de todo tipo en contenedores tanto por vía marítima como aérea, así como el mercado ilícito a través de internet de medicamentos falsos y anabolizantes que generan graves problemas de salud pública. También se destaca la necesidad de mejorar y potenciar las campañas de información y concienciación a la comunidad, donde se muestre la realidad e implicaciones de las actividades criminales.

En cualquier caso, como acabamos de ver hace un momento, una de las principales herramientas de lucha contra este fenómeno, pone el foco en la concienciación de los propios consumidores sobre los riesgos asociados al consumo de medicamentos ilegales y falsificados. A tal efecto, existen proyectos y programas de investigación, campañas de concienciación y formación, con el objetivo de optimizar el uso de recursos en las actividades desarrolladas a nivel nacional e internacional⁶⁵. En este sentido, la OMS ha elaborado un completo listado de verificación para que los consumidores puedan estar informados y asesorados sobre posibles indicios que les ayuden a detectar medicamentos falsificados o de calidad inadecuada adquiridos a través de Internet. En España, esta guía sirve de complemento al sistema de verificación nacional DISTAFARMA. También, relacionados con los programas de concienciación, podemos destacar la existencia del Instituto Internacional de Investigación contra Medicamentos Falsificados (IRACM), que coopera desde hace años entre la Organización Mundial de Aduanas y es una organización internacional independiente, exclusivamente dedicada a la lucha contra la falsificación de fármacos, principalmente por medio de programas de sensibilización y formación⁶⁶.

6. CONCLUSIONES

La mundialización del espacio criminal es una innegable realidad que multiplica la delincuencia y le da dimensiones cada vez más trágicas. Los delincuentes internacionales actúan en cualquier lugar del planeta y, además, suelen integrar en sus filas a individuos residentes, o incluso, nacidos en los propios territorios en los que se ejecuta la acción criminal. Estos graves fenómenos criminales por su misma naturaleza precisan de una organización delictiva estructurada, que trasciende más allá del individualismo tradicional del derecho penal y parece enfocarse en la órbita de la criminalidad organizada. La dificultad en estos casos estriba en la necesidad de identificar y seleccionar a las personas físicas que forman parte de la organización, ya que es frecuente que colaboren personas ajenas a ellas, o al menos, no integradas formalmente en su estructura interna.

En la actualidad, nuestra sociedad moderna considera los medicamentos como un elemento esencial de su día a día y los ciudadanos tienen una confianza y dependencia de los productos farmacéuticos, pues buscan una mayor vitalidad y un bienestar físico y psíquico. De manera paralela a esa realidad, se ha venido produciendo un progresivo

⁶⁵ *Ídem*.

⁶⁶ EUIPO. Programa de aprendizaje electrónico sobre medicamentos falsificados. Recuperado el 12 de febrero de 2021 en <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/news/-/action/view/1784738>.

incremento de la industria farmacéutica, que trata de dar respuesta a estas demandas, elaborando productos dotados de unas propiedades terapéuticas que han mejorado considerablemente la salud y el bienestar de las personas.

Únicamente una de cada diez mil moléculas sintéticas se convierte en fármaco y sólo uno, de cada diez de los medicamentos investigados en laboratorios, llega a la oficina de farmacia. En efecto, la creación de un nuevo fármaco desde su investigación inicial hasta la llegada a nuestro hogares, requiere una media de entre 10 y 15 años y una inversión 1.000 millones de euros⁶⁷.

Pues bien, los poderes públicos y las instituciones han mostrado en los últimos años una preocupación por el fenómeno del tráfico ilegales de medicamentos, teniendo lugar cada vez un mayor intervencionismo estatal con normativas, tanto penal como administrativa, y prevenciones de todo tipo. Sin duda, en este ámbito es vital la existencia de un marco legal administrativo apropiado para el control de todas las actividades, así como la ejecución de las tareas de supervisión por las autoridades competentes, desde la fabricación de los medicamentos hasta su entrega a los pacientes.

El objetivo perseguido por todas las autoridades implicadas debe ser, garantizar que los productos farmacéuticos y los operadores de este mercado, cumplan con las necesarias condiciones de seguridad, eficacia, veracidad y objetividad, teniendo presente que debe garantizarse por completo el proceso de elaboración, distribución y comercialización de los medicamentos que llegan hasta el consumidor final.

La comunidad internacional y el Derecho Penal interno de cada Estado, en consecuencia, no pueden quedar impasibles ante conductas delictivas tan relevantes para la salud pública colectiva global y que son objeto de una gran repulsa social. La falsificación y tráfico ilegal de medicamentos por las organizaciones criminales transnacionales es, en realidad, una conducta que afecta y atenta no solo contra la salud pública internacional, sino muy especialmente contra la confianza y transparencia de un mercado global tan importante como el de los fármacos. En este mercado mundial especializado, más que en ningún otro, deben exigirse siempre las notas de claridad y sencillez en la descripción de los productos, seguridad en la formulación de las composiciones y eficacia en las dosis terapéuticas.

Nos encontramos antes profesionales del sector que aportan los conocimientos y las posibilidades de adquisición de determinados productos para la fabricación, falsificación y tráfico. Por otro lado, existen deportistas, profesionales sanitarios, entrenadores y otros, que aportan una amplia red de contactos de potenciales clientes a los que distribuir los medicamentos, usando frecuentemente estructuras legales para facilitar la venta al público.

Tal y como hemos analizado en líneas anteriores, existe una gran flexibilidad en las organizaciones en cuestión que complica la investigación policial y el seguimiento de la actividad de estas organizaciones. En este tipo de tráfico es clave la detección policial y

⁶⁷ MENDOZA CALDERÓN, S., "La creciente importancia de la falsificación y el uso desviado de medicamentos como formas de criminalidad transnacional", *op. cit.*

la rápida actuación para evitar la inmediata recomposición y rápida adaptación que caracteriza a este mercado con demandas y necesidades tan cambiantes.

Los informes de la UNODC que mencionábamos en líneas anteriores indican que, los grupos criminales suelen tener una capacidad de adaptación mucho más amplia y rápida que las instituciones policiales y de justicia, sobre todo de ciertos países, lo que complica la identificación de la calidad de falsificación de los productos y la recolección de evidencia debido, entre otras cosas, a la escasez de instalaciones analíticas científicas que analicen los medicamentos.

En este ámbito son esenciales los estudios de riesgos, al igual que ocurre en el ámbito interno de las organizaciones empresariales, que deben ejecutarse para analizar los riesgos de comisión de este tipo de delitos. Para ello, se exigen determinados análisis que definan la realidad y el contexto tanto en la esfera nacional como en la internacional. A continuación, se deben identificar los riesgos concretos de comisión de los diversos delitos relacionados con el tráfico de medicamentos en sus diversas modalidades. Los riesgos una vez identificados, deben ser evaluados por la mayor o menor posibilidad y peligrosidad de realización. Por último, se deben analizar los controles y herramientas que puedan servir para supervisar y prevenir la comisión de los delitos y de los riesgos evaluados. Tras ejecutar esos esos análisis y estudios, los controles y herramientas de prevención deberán asignarse e implantarse, especialmente en el ámbito internacional, exigiéndose un continuo monitoreo de los riesgos, así como una evaluación y revisión sistemática de estos.

Por otro lado, el mercado el de medicamentos y drogas es uno de los sectores económicos más pujantes en esta economía globalizada. Es por ello, que, en las regulaciones normativas actuales, tanto nacionales como internacionales, los delitos de tráfico de sustancias peligrosas o medicamentos han sido separados del delito de tráfico de drogas. En efecto, aunque ambas conductas atentan contra la salud público, se ha visto oportuno su separación dogmática, debido quizás al aumento cuantitativo de estas modalidades delictivas, pero también al salto cualitativo y a la especialización de las organizaciones criminales que se dedican a realizar estas conductas. Considero muy acertada esta premisa, pues la especialidad de estos delitos de tráfico ilegal de medicamentos, que coexisten en paralelo con el tráfico legal, así como la estructura y colaboradores de las organizaciones criminales que los ejecutan, exige un estudio pausado e individualizado que permita hacer frente a este tipo de delincuencia. De hecho, se hace extremadamente complejo dar un concepto genérico de criminalidad organizada transnacional, pues habría que abarcar comportamientos bastante heterogéneos y subsumirlos dentro de las tradiciones de distintos países que cuentan con figuras jurídicas propias⁶⁸.

⁶⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas", *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 86, 2016, págs. 62-114.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, E., "Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en el extranjero", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 2001, págs. 199-224.
- CÁMARA ARROYO, S., "El medicamento como instrumento del delito: análisis del delito farmacológico y las intoxicaciones medicamentosas desde la Medicina legal, el derecho penal y su jurisprudencia", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 1, 2020, págs. 307-419.
- CATALÁN MATAMOROS, D., GONZÁLEZ OCHANDO, N., PECHARROMAN ARRIBAS, H., FERNÁNDEZ MUELAS, A., BENTOLILA BENCHIMOL, S. S. & IBARRA LORENTE, M., "Los medicamentos falsificados en internet y el proyecto europeo fakeshare: experiencias y actuaciones en España", *Revista Española Salud Pública*, núm. 90, 2016, págs. 1-14.
- CASTRO MORENO, A., "Conductas relativas a la expendición ilegal de medicamentos", en *El delito farmacológico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2020, págs. 62-63.
- COUNCIL OF EUROPE, "Moneyval: Committee of experts on the evaluation of anti-money laundering measures and the financing of terrorism", 2008, pág. 10.
- CUESTA AGUADO, P. M., "Valoración político criminal de la intervención penal en el control del tráfico de personas, objetos o mercancías", en *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2014.
- DE LA CORTE, L. & GIMÉNEZ SALINAS, F. A., *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Barcelona. Editorial Ariel, 1.ª ed., 2010
- ÉCIJA BERNAL, A., "Principales conductas antisociales de Internet II", *Diario La Ley*, núm. 8973, 2017, págs. 1-13.
- FERNÁNDEZ OGALLAR, B., "El proceso de armonización del derecho penal en la Unión Europea", en *El Derecho Penal armonizado de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 1.ª ed., 2014, págs. 171-174.
- GARCÍA CASTRILLÓN, C. O., "Autorizaciones de comercialización y comercio paralelo de medicamentos", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2003, págs. 1771-1775.
- GONZÁLEZ RADÍO, V., "Justicia y globalización", *Instituto Nacional de Administración Pública*, 2000, págs. 102-106.
- GONZÁLEZ URIEL D., "Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional", *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, núm. 1, 2017, págs. 151-183.
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., "Las altas tecnologías de la información al servicio del blanqueo de capitales transnacional", en *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Salamanca, Editorial Universidad de Salamanca, 2002, págs. 193-214.

- JORDÁ SANZ, C. & GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, A., "El tráfico ilícito de medicamentos: un mercado ilegal para el crimen organizado", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 17, 2015, págs. 1-22.
- MENDOZA CALDERÓN, S., "La creciente importancia de la falsificación y el uso desviado de medicamentos como formas de criminalidad transnacional", en *Derecho Penal Sanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2018.
- MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., 2011, págs. 93 y ss.
- MENDOZA CALDERÓN, S., "Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo", *Revista penal*, núm. 35, 2015, págs. 100-128.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2000, págs. 1435-1457.
- PASCUAL CADENA, A., "Los riesgos penales", en *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*, Barcelona, Editorial Bosch, 1.ª ed., 2016.
- QUINTANO RIPOLLES, A., "Compendio de Derecho Penal", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 1958, pág. 149.
- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, R., "La falsificación de medicamentos y su represión penal análisis de la situación actual y propuestas de reforma", *Diario La Ley*, núm. 7144, 2009.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, Editorial Trivium, 2.ª ed., 1985, pág. 90.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, "*Transnational Organized Crime in East Asia and the Pacific: A Threat Assessment*", 2013, pág. 129.
- VÁZQUEZ MOURELLE, R., RODRÍGUEZ COSTA, E., POSE REINO, J. M. & CADÓRNIGA VALIÑO, L., "El tráfico inverso de medicamentos. Experiencia en Galicia". *Revista Española Salud Pública*, núm. 5, 2015, págs. 431-445.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas", *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 86, 2016, págs. 62-114.

5. WEBGRAFÍA

- AEMPS. Procedimiento de notificación de robos, extravíos u otros desvíos de medicamentos al tráfico ilícito. Recuperado el 15 de febrero de 2022 en https://www.aemps.gob.es/industria/distribucion_medicamentos/instru-comunica-trafico-ilicito/home.htm.

- AEMPS. Puesta en marcha de la «Convención Medicrime» contra la falsificación de medicamentos. Recuperado el 13 de febrero de 2022 en https://www.aemps.gob.es/informa/notasinformativas/medicamentosusohumano-3/medIlegales/2015/icm_mi_19-15-convencion-medicrime/.
- ANMAT. La Falsificación de Medicamentos como Problema Sanitario por la Dra. María José Sánchez y Sebastián Tobar. Recuperado el 5 de febrero de 2022 en <http://www.anmat.gov.ar/comunicados/Falsificacion.pdf>.
- CNMC. Informe sobre el proyecto de real decreto por el que se regulan los productos sanitarios. Recuperado el 29 de enero de 2022 en https://www.cnmc.es/sites/default/files/3642663_1.pdf
- DSN GOB. Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019-2023. Recuperado el 25 de enero de 2022 en <https://www.dsn.gob.es/es/file/3058/download?token=dEAzcdoN>.
- EEAS EUROPA. Intercambio de experiencias sobre el tráfico de vacunas y otros medicamentos COVID. Recuperado el 5 de febrero de 2022 en https://eeas.europa.eu/delegations/brazil/94100/intercambio-de-experiencias-sobre-el-tr%C3%A1fico-de-vacunas-y-otros-medicamentos-covid_ky.
- EMPACT. Conclusiones sobre la continuación permanente del ciclo de actuación de la UE contra la delincuencia organizada y las formas graves de delincuencia internacional. Recuperado el 15 de diciembre de 2021 en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-fight-against-crime/>.
- EUIPO. Programa de aprendizaje electrónico sobre medicamentos falsificados. Recuperado el 12 de febrero de 2021 en <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/news/-/action/view/1784738>
- FARMAMUNDI. El crimen organizado y la falsificación de medicamentos. Recuperado el 7 de enero de 2022 en <http://esencialesparalavida.org/2015/10/21/el-crimen-organizado-y-la-falsificacion-de-medicamentos/>
- FORBES. Por Covid-19, el crimen organizado se beneficia con tráfico de medicinas. Recuperado el 20 de enero de 2022 en <https://www.forbes.com.mx/el-lado-oscuro-de-faceapp/>.
- GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. Las cinco actividades del crimen organizado que recaudan más dinero en el mundo. Recuperado el 25 de enero de 2022 en https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_economia_crimen_organizado_mj.
- IMPACT. Counterfeit Medicines: an update on estimates. Recuperado el 9 de febrero de 2022 en <https://www.who.int/medicines/services/counterfeit/impact/TheNewEstimatesCounterfeit.pdf>.

- INCB. Informes de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes como órgano independiente y cuasi judicial constituido por expertos que fue establecido en virtud de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. Recuperado el 16 de febrero de 2022 en <https://www.incb.org/incb/es/publications/annual-reports/annual-report.html>.
- ISBD. Adulteraciones, falsificaciones y decomisos. Una amenaza mundial: el tráfico de medicamentos falsos es mejor negocio que las drogas. Recuperado el 10 de febrero de 2022 en <https://www.saludyfarmacos.org/lang/es/boletin-farmacos/boletines/nov2013/p42454/>.
- SEVEM. Información de proyecto. Recuperado el 27 de enero de 2022 en <https://www.sevem.es/informacion-de-proyecto/>.
- UNODC. El tráfico ilícito de mercancías falsificadas y el crimen organizado transnacional. Recuperado el 12 de enero de 2022 en https://www.unodc.org/documents/counterfeit/FocusSheet/Counterfeit_focussheet_ES_HIRES.pdf.

CRÓNICAS

Participación ciudadana y TIC: un binomio efectivo

Civic participation and TIC: An effective binomial

DIANELIS ROSADA CASTELLANOS*

Profesora de Derecho
Universidad de Granma (Cuba)

dianelisrosada@gmail.com



<https://orcid.org/0000-0002-7076-1425>

Nuestra cabeza es redonda para permitir al pensamiento cambiar de dirección
Francis Picabia

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad, quien ha sido objeto en los últimos tiempos de procesos globalizantes, y se ha visto afectada además por un sinnúmero de fenómenos, ha evolucionado y con ella lo han hecho también las tendencias, costumbres, la criminalidad, y muchas otras esferas; dando lugar a transformaciones de distintos ámbitos y magnitudes, lo que genera además cambios en las formas de pensar, tanto individual como colectivamente.

Una de las cuestiones que indudablemente ha adquirido gran desarrollo es la implementación de las TIC (Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones), a partir de la aparición de la Internet en 1969, que sin dudas, se encuentra como uno de los hechos más relevantes en la historia de la informática, que nace como una necesidad de la sociedad para almacenar y dar otros usos a la información.

Recepción: 30/05/2022

Aceptación: 01/06/2022

Cómo citar este trabajo: ROSADA CASTELLANOS, Dianelis, "Participación ciudadana y TIC: un binomio efectivo", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 5, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 155-159, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.07>

* Licenciada en Derecho. Máster en Ciencias Penales y Criminológicas.

A raíz de las nuevas circunstancias que en el presente siglo tienen lugar, principalmente con la aparición de la más reciente pandemia que azota a la humanidad, comúnmente denominada “COVID-19”, se hace necesario realizar un replanteamiento de las bases en que se fundamenta la participación ciudadana, a fin de lograr una mejor interacción con el uso e implementación de las TIC, como una forma de hacer más eficiente su ejercicio.

En correspondencia, se pretende realizar una sistematización de los fundamentos teóricos sobre la participación ciudadana y la implementación de las TIC para su ejercicio más efectivo y democrático.

Los métodos empleados para tal efecto fueron: análisis-síntesis, inducción-deducción, y sociológico, lo que permitirá adoptar las conclusiones correspondientes.

1.1. Participación ciudadana

Para hablar de participación ciudadana, debemos establecer el vínculo que esta tiene con otros procesos, fenómenos, instituciones y categorías propias del Derecho.

Si bien es cierto que el Derecho posee tres dimensiones: normativa, social y axiológica o valorativa; pues precisamente, la participación ciudadana, perfectamente podría englobarse en la segunda de estas, nos referimos entonces a la dimensión social. Y esto puede decirse porque las normas, que tienen fines sancionatorios y educativos, son *prima facie* para regular la vida en sociedad, o sea que ese alcance social al que nos referimos anteriormente está determinado por la necesidad de ordenar las relaciones sociales.

Esas relaciones sociales pueden ser de las personas entre sí, ya sean naturales o jurídicas, o de estas con el Estado, y es ahí justamente donde aparece la participación ciudadana como un mecanismo del ejercicio de la democracia y que en cierta medida contribuye a hacer más efectivos los mecanismos de control.

Es importante destacar que aunque resulte difícil establecer una definición de democracia capaz de abarcar todos los rasgos propios de esta, tal y como sucede con muchas otras categorías del Derecho por su propia naturaleza, si se puede hacer mención a un criterio bastante consensual, que se refiere a la relación que tiene esta con determinadas reglas establecidas para que la mayoría de los ciudadanos participen en forma directa o indirecta en las decisiones políticas que competen a una determinada colectividad (Prince, 2005).

Varios han sido los autores que han pretendido delimitar conceptualmente la participación ciudadana.

Algunos establecen diferencias entre participación política y participación cívica; como es el caso de (Balardini, 2005) y (Colombo, 2007). Para ellos, la participación política incluye acciones que buscan influenciar las decisiones del gobierno, relacionarse con organizaciones político-ciudadanas y votar en elecciones de representantes políticos; mientras que la participación cívica involucra acciones de voluntariado, de donación de

fondos para organizaciones no gubernamentales o de apoyo a causas medioambientales (Alvídrez y Franco, 2016).

Por su parte, (Villasante, 1995), considera que los ejemplos de participación política en un modelo democrático representativo, como en la mayor parte de sus expresiones occidentales (Colombo, 2007), se caracterizan por la influencia indirecta de las personas a través de representantes, conformándose de esta manera el fenómeno de la participación democrática.

(Arnstein, 1969) la concibe como la capacidad de intervenir colectivamente en el proceso de toma de decisiones presente en la dinámica entre gobierno y ciudadanos. De esta misma forma, para (Merino, 1996: 180), significa: “Intervenir en los centros de gobiernos de una colectividad, participar en sus decisiones de la vida colectiva, de la administración de sus recursos, del modo como se distribuyen sus costos y beneficios”.

Es claro que para estos dos autores no es necesaria una diferenciación entre participación política y cívica, sino que ambas confluyen en una misma definición.

Asimismo, puede encontrarse fácilmente en la (Wikipedia, 2016) una definición de participación ciudadana. Al respecto, la enciclopedia hace referencia al:

“Conjunto de acciones o iniciativas que pretenden impulsar el desarrollo local y la democracia participativa a través de la integración de la comunidad al quehacer político. Está basada en varios mecanismos para que la población tenga acceso a las decisiones del gobierno de manera independiente, sin necesidad de formar parte de la administración pública o de un partido político”.

Si bien esta enunciación no se encuentra desacertada, es necesario tener en cuenta muchos más aspectos a la hora de establecer una tesis objetiva, práctica al respecto, que se halle contextualizada a la nueva contemporaneidad.

Durante los últimos años se viene potenciando la necesidad de un proceso de participación más activo y a tono con la realidad social en que nos encontramos, teniendo en cuenta los beneficios son diversos, pues al aportar el punto de vista de los usuarios/clientes contribuye a mejorar los proyectos y facilita su desarrollo, pero además ayuda y mejora la toma de decisiones en todas sus fases.

Para que la participación ciudadana tenga éxito y sea eficiente, debe estar bien planificada tal y como se recoge en el “Manual Europeo sobre Toma de Decisiones y participación pública”, esta se debe concebir a partir de:

- Análisis previo
- Integración con la toma de decisiones
- Revisión de la gestión

- Revisión por los agentes involucrados
- Documentación y seguimiento

Una de las formas más frecuentes de llevar a cabo el proceso de participación ciudadana es la consulta popular, que en la modernidad tiene varias manifestaciones:

- decisión de la votación, acerca los electos, reglada por la constitución y las leyes que determina el sistema electoral.
- decisión de la legislativa, acerca de un proyecto de ley
- decisión de una petición, acerca de una solicitud
- decisión de un plebiscito. acerca de una propuesta o una controversia política
- decisión de la revocatoria del mandato o *referéndum revocatorio*, acerca de un funcionario electo
- decisión del referéndum, acerca de una propuesta de ley específica.

1.1.A. El caso de Cuba

La legitimidad del Estado cubano a partir del triunfo de la Revolución en 1959, radicó en tres fuentes: la convocatoria a la participación popular, la garantía estatal de la justicia social y la defensa de la soberanía nacional.

Con la Constitución de 1976 se encaminó el proceso revolucionario hacia un Estado de Derecho socialista. El texto reguló los procedimientos para la toma de decisiones estatales y habilitó nuevas formas de participación. Esos mecanismos se han ido perfeccionando paulatinamente durante las últimas décadas, a través de la reforma constitucional de 1992, la creación de los consejos populares en el 2000, etc.

Sin embargo, en los momentos actuales esto debe ser una prioridad de cara al proceso de actualización del modelo socialista de desarrollo económico - social aprobado desde el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (PCC). La posibilidad de incrementar la participación de la ciudadanía en el sistema estatal cubano enfrenta numerosos obstáculos, provenientes de su ambiente, pero también del propio perfil del modelo.

Las soluciones a los problemas que suscitan en la sociedad cubana actual en torno a los procesos de participación ciudadana se encuentran en varios órdenes: ejercer prerrogativas ya consagradas, transformar el sentido de las regulaciones vigentes que otorgan prevalencia a la soberanía estatal sobre la soberanía popular y habilitar nuevos mecanismos de participación que empoderen a la ciudadanía a través de la participación directa y del control de la representación. Si la concentración y la centralización de poder son incompatibles con la promoción de la participación, deben orientarse entonces hacia la socialización del poder y la soberanía ciudadana

1.2. Implementación de las TIC

La informática es definida por la Real Academia Española como un “conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores”. Esta, sin dudas, con su desarrollo ha cambiado la perspectiva y el curso de la humanidad, haciendo de los distintos procesos, es especial el de la participación ciudadana, más asequibles para todos.

(Vásquez, 2002) considera que el uso de las TIC implica conocerlas y emplearlas para diversas tareas. Para (Tissen, 2005) las TIC constituyen una respuesta a las necesidades de la sociedad. Enuncia (Mas, 2007: 164) que “el papel protagónico de las TIC en la sociedad actual las convierte en un factor fundamental para el mejoramiento de la calidad de vida”;

Sobre este particular, (Sánchez, 2008) refiere que la intensificación del uso de medios de comunicación, no pueden más que mejorar la acción política en escenarios de desafección tan evidentes como los que afligen a las democracias representativas nacionales y locales. Agrega, que las TIC deben aprovecharse para el desarrollo integral de una comunidad, con visión integral de desarrollo, y sobre todo, que impulse el potencial humano en sus diferentes dimensiones para afianzar así la prosperidad económica, pero con equidad, y el fortalecimiento democrático con transparencia y justicia social.

Sin dudas, uno de los beneficios que proporciona la incorporación de las TIC en los procesos participativos, es la reducción del distanciamiento entre ciudadanos y representantes políticos, lo que a su vez contribuiría a evitar intermediarios en los procesos comunicativos relacionados con ambas partes y, por otro, para el fomento de la incidencia ciudadana en la agenda política.

2. CONCLUSIONES

La participación ciudadana como parte de las transformaciones que suceden, se encuentra íntimamente vinculada a la revolución tecnológica que promueve una ciudadanía más informada y participativa, lo cual permitirá de forma directa, alcanzar mejores niveles en su calidad de vida colaborando así al desarrollo humano.

RECENSIONES

ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo (Dir.), *Abogacía y proceso contencioso-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª ed., 2019, 743 páginas*

CRISTINA ALONSO SALGADO

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela (España)

cristina.alonso@usc.es

 <https://orcid.org/0000-0002-0383-3169>

La publicación que procedemos a recensionar es una obra colectiva que, bajo la magnífica dirección de Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN y la coordinación de Ángel DE ÁLVARO MONTERO, aglutina a una muy nutrida nómina de juristas en torno a un objetivo, sin duda, digno de encomio: el análisis del siempre complejo proceso contencioso-administrativo.

En este empeño se han embarcado notables especialistas en la materia, y han logrado, sin duda, aunar con éxito el bagaje intelectual propio de la reflexión científica, junto con el análisis de la práctica forense. Si bien se piensa, no es ello tarea fácil, pues, con independencia de la propia dificultad que, *per se*, entraña el proceso contencioso-administrativo, concitar en relación a un determinado horizonte perspectivas diferentes es, en no pocas ocasiones, ciertamente difícil.

Recepción: 27/07/2021

Aceptación: 20/12/2021

Cómo citar este trabajo: ALONSO SALGADO, Cristina, “ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo (Dir.), *Abogacía y proceso contencioso-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª ed., 2019, 743 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 5, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 163-165, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.08>

* Financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación/ _Proyecto “Veinte años de la LJCA: una revisión crítica desde la perspectiva procesal” (DER2017-88678-P).

En el marco de la “Axuda da Xunta de Galicia para a consolidación e estruturación de unidades de investigación competitivas de Galicia (grupos de potencial crecemento)” para el período 2019/2021 (exp. ED431B 2019/14).

Aun cuando resulta imposible hacerle justicia a la obra a través de un análisis diacrónico de su índice de contenidos, no nos podemos resistir a, en beneficio del potencial lector, adelantar algunas pinceladas que sirvan para dar buena cuenta de su excelsa calidad.

La obra se estructura sobre cuatro ejes vertebradores encarnados en forma de otras tantas secciones. La primera de ellas efectúa una aproximación al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y a los medios alternativos de solución de controversias, centrando su interés, particularmente, en los órganos judiciales, la competencia y las partes y las actuaciones previas a la iniciación del procedimiento. En relación a estas últimas, destaca el pormenorizado análisis de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA articulado en torno a tres ideas: el agotamiento de la vía administrativa (litigios entre Administraciones, vía de hecho, inactividad material, impugnación de disposiciones de carácter general, etc.); la impugnación en materia de contratación; y el arbitraje y la Administración.

La segunda sección versa sobre el procedimiento contencioso-administrativo, haciendo un especial esfuerzo analítico en las diligencias preliminares, las medidas cautelares, el procedimiento ordinario y el procedimiento abreviado. Sobre este procedimiento cabe notar la contribución de PALOMAR OLMEDA. Y ello porque, a su través, se examinan, entre otros puntos de interés, supuestos tales como las cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas; sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político; asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje; o cuestiones cuya cuantía no supere los treinta mil euros.

La sección tercera gira en torno a los recursos contra las resoluciones procesales, destacando al respecto tanto los recursos contra providencias y autos, como el recurso de apelación, el recurso de casación, los recursos contra las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia y la revisión de sentencias. En particular, en el Capítulo XIII titulado “*De la revisión de sentencias en el orden contencioso-administrativo*”, FUERTES LÓPEZ ofrece un análisis integral de la materia a través del estudio de su naturaleza jurídica, características, regulación, y requisitos o motivos de revisión, así como del órgano competente, procedimiento y resoluciones recurribles.

Y, por último, la cuarta de las secciones aborda la ejecución de sentencias y, en especial, los incidentes en la ejecución. Justamente, sobre este aspecto es sobre el que trata el trabajo de LÓPEZ GIL. En él, la autora examina algunas de las principales aristas en relación al artículo 109 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: objeto y partes del incidente, procedimiento, aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.

De todo cuanto se viene de apuntar, cabe inferir que la obra que tenemos entre las manos ofrece al lector un punto de anclaje para el examen de las dificultades que hoy día plantea el proceso contencioso-administrativo. Como es fácil comprender, no se trata de una cuestión menor. Y ello porque la nutrida representación de especialistas que participan en este proyecto se afana no sólo en detectar e identificar sus principales aspectos problemáticos, sino también en poner sobre la mesa propuestas de solución para atajar el mar de complejidades vinculadas, desde casi el principio de los tiempos, al referido

proceso. Escriben los autores sin efectuar concesiones de ningún tipo. La perspectiva crítica atraviesa la obra de principio a fin, justamente, en la consideración de que únicamente procediendo del modo apuntado es posible proporcionar al lector una herramienta inequívocamente útil tanto desde un enfoque teórico, como desde una perspectiva práctica.

En definitiva, la obra aborda un proceso conocido por sus aristas y dificultades, a través de un examen riguroso y pormenorizado y con un uso de la pluma, francamente, inmejorable. Es por ello que, sin duda, la publicación está destinada a convertirse en una obra de lectura obligada, no sólo para los juristas que frecuentan desde su especialidad el contencioso-administrativo, sino también, y muy especialmente, para aquellos que en algún momento tengan la fortuna de tropezar con él.

**CASTAÑOS CASTRO, Paula, *La donación obligacional*, Reus,
Madrid, 1ª ed., 2021, 264 páginas**

MARÍA LUISA MORENO-TORRES HERRERA

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Málaga (España)

mlmt@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0001-5003-0409>

Es bien sabido que, dado que el Código civil español conceptúa la donación como un modo de adquisición de la propiedad, se ha suscitado desde antiguo un debate doctrinal acerca de la admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de un modelo distinto de donación, la llamada donación obligacional, que sería aquel contrato (el título) por el que se acuerda la transmisión futura y a título gratuito de un bien, y que, consecuentemente, generaría únicamente efectos obligacionales, estando necesitado de la *traditio* (el modo) para producir el efecto de transmitir el dominio al donatario.

Aunque el debate pueda considerarse puramente dogmático, la relevancia práctica de la cuestión resulta indudable si se tiene en cuenta que no son infrecuentes los negocios mediante los cuales un sujeto no dona un bien a otro en el mismo momento de perfección del negocio, sino que se compromete a hacerlo en un momento posterior.

La monografía que bajo el título “La donación obligacional” ha escrito la Doctora Paula Castaños Castro parte de esta realidad y persigue dos objetivos claramente diferenciados, que se anuncian desde el principio, y que encuentran cumplida respuesta en la obra. El primero de los objetivos es perfilar adecuadamente la figura y distinguirla de otras con las que aparece frecuentemente confundida. Y el segundo establecer si las normas que el

Recepción: 18/04/2022

Aceptación: 01/16/2022

Cómo citar este trabajo: MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa, “CASTAÑOS CASTRO, Paula, *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 1ª ed., 2021, 264 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 5, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 171-173, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.09>

Código civil dedica a la donación traslativa son o no aplicables a esta modalidad de donación. Entre esas normas se incluyen las que regulan los requisitos de validez de la donación.

En ningún momento se ha pretendido resucitar el debate sobre la admisión de donaciones no traslativas, y mucho menos agotar los argumentos a favor de uno u otro punto de vista, sino que, con un criterio sumamente pragmático y realista, y tras constatar que la jurisprudencia unas veces da la impresión de admitir la figura y otras no, se ha comprendido que el asunto realmente importante no es tanto pronunciarse sobre la admisibilidad o no de la donación no traslativa, como distinguirla de otras figuras. Solo estableciendo las necesarias distinciones pueden comprenderse y enjuiciarse los oscuros pronunciamientos de los tribunales relativos a la cuestión.

Lo anterior no significa, obviamente, que pueda prescindirse, en un estudio monográfico sobre la donación obligacional, del debate sobre su admisibilidad tal y como hasta ahora ha sido planteado. De ahí que, tras un primer capítulo dedicado a exponer cuál es la configuración de la donación en el ordenamiento español, se trate en el segundo de la admisibilidad, en ese mismo ordenamiento, de la donación obligacional.

En cuanto a la configuración de la donación en el actual ordenamiento español, no es, tampoco, un asunto exento de controversia. Son muchos los autores que defienden la naturaleza contractual de la donación, a pesar de que nuestro Código la contempla como un modo de adquirir la propiedad. La autora rebate de manera convincente la tesis sobre la naturaleza contractual de la donación, eliminando cualquier sombra de duda sobre el hecho de que el legislador español la ha configurado como un modo de adquirir el dominio, lo que no implica desconocer sus aspectos contractuales, que son evidentes en la fase de formación. Concluye que en nuestro sistema donar es transmitir.

Lo anterior no es óbice para que pueda admitirse, pese al silencio legislativo, la llamada donación obligacional, que no sería una transmisión actual, sino el compromiso válido y exigible de transmitir a título gratuito en un momento posterior. El capítulo segundo versa sobre la admisión de la donación obligacional en el Derecho español vigente. La autora realiza una valoración de los argumentos esgrimidos por los defensores y por los detractores de la figura y toma partido en el debate, explicando cuáles son a su juicio los argumentos decisivos a favor de la aceptación, *de lege lata*, de una donación no traslativa. Sin embargo, no le dedica a este aspecto más atención de la estrictamente necesaria, y lo hace con buen criterio, por cuanto que sus verdaderas aportaciones a la construcción de la figura son otras, que se recogen y desarrollan, estas sí de modo exhaustivo, en los capítulos sucesivos.

Las decisiones que se toman en la obra sobre los aspectos que merecen un análisis en profundidad y aquellos otros que por el contrario no lo precisan resultan tan acertadas como infrecuentes en la literatura jurídica. Es muy común acoger y mantener, en ocasiones sin demasiada reflexión, los planteamientos usuales de la doctrina, a pesar de que, en no pocas ocasiones, lo que verdaderamente aporta conocimiento y contribuye al

avance científico es justamente lo contrario. Un nuevo enfoque puede arrojar mucha luz y es ello lo que ocurre en esta obra. Las confusas y en ocasiones muy discutibles declaraciones de los tribunales sobre figuras a las que se califica de promesa de donación, ponen a la autora, y de su mano al lector, sobre la pista de que lo que posee verdadero sentido no es discutir, en abstracto, sobre si contamos o no con un marco normativo en el que tenga cabida una donación no traslativa, sino que lo realmente útil es perfilar de modo muy preciso los caracteres y presupuestos de ese otro tipo de donación. Y, una vez cumplido ese objetivo, establecer su régimen jurídico.

Desde esta óptica se explica el contenido del resto de la monografía y muy en particular el notable y muy necesario empeño que se pone en definir la donación obligacional y distinguirla de otras figuras, como las promesas (unilaterales o bilaterales) de donación, las donaciones *mortis causa* o las donaciones sujetas a condición suspensiva o a término inicial. No se acomete, en cambio, la tarea de diferenciar la donación obligacional de otros negocios a título gratuito claramente alejados de la donación, como el comodato o cesión gratuita del uso de una cosa. Y se trata, nuevamente, de la opción acertada, por cuanto que este aspecto queda fuera del camino que se debe seguir para la consecución de los fines que el estudio persigue.

Una vez alcanzado el nada fácil objetivo de definir la donación obligacional, se aborda en el siguiente capítulo la importante tarea de analizar sus requisitos. Es obvio, y así se advierte, que el análisis ha de estar referido precisamente a la donación, y no a cualquier contrato. De ahí que las normas de referencia sean las particularidades que sobre consentimiento, objeto y forma se contienen en la regulación de la donación traditoria. De este modo se va respondiendo de manera clara y argumentada a la cuestión de si todos y cada uno de los preceptos que el Código civil dedica a los elementos esenciales de la donación (tales como los arts. 623, 624, 625, 627, 633 o 634) son o no aplicables a la donación obligacional.

Este mismo planteamiento se mantiene en el último y más extenso de los capítulos del libro, que lleva por título “Causas de extinción de la donación obligacional”. Dado que la donación regulada en el Código posee unas particulares causas de extinción, resulta inexcusable preguntarse por su aplicación a la donación obligacional: ¿pueden preverse cláusulas de reversión en las donaciones obligacionales?, ¿se les aplican las causas de revocación de donaciones y, en general, el régimen jurídico de la revocación?, ¿y las reglas sobre reducción de las donaciones inoficiosas? A las anteriores cuestiones, inspiradas por la normativa de la donación traslativa, se suman otras no menos relevantes y que son específicas de la donación obligacional, como la de la posibilidad de que el donante que empeora de fortuna en el periodo de tiempo que va desde la celebración del contrato hasta su ejecución deje sin efecto la donación por esta causa.

La repercusión práctica de las anteriores preguntas resulta innegable, pero la elaboración de las respuestas conlleva una elevada complejidad y exige un manejo de las técnicas de interpretación de las normas propio de juristas de talla. La autora supera con creces la

prueba, demostrando una madurez y cualificación para la tarea que es obvio que no pueden improvisarse, sino que son resultado de un trabajo de años.

Lo más curioso es que, pese a las dificultades de las cuestiones que se abordan, la lectura resulta en todo momento ágil y fluida, siendo este uno de los aspectos más destacables del libro. No es solo que el estilo literario sea claro -que lo es- sino que las ideas y razonamientos están presentadas en el orden oportuno y sin reiteraciones innecesarias, tan frecuentes en los textos jurídicos. A buen seguro que ello no es fruto de la casualidad, sino de una gran claridad conceptual y de pensamiento, a la que acompaña, desde luego, una pluma exenta de todo artificio.

En conclusión, “La donación obligacional” es, sin duda, una aportación muy relevante. Es cierto que no agota, ni lo pretende, todas las cuestiones que suscita este contrato, pero representa un avance muy significativo en su construcción, por lo que cabe pensar que se convertirá en una referencia imprescindible en la materia.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos*, Tecnos, Madrid, 1ª ed., 2021, 228 páginas

ISABEL ZURITA MARTÍN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Cádiz (España)

isabel.zurita@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0002-3851-5937>

La obra que aquí se recensiona es, ante todo, un trabajo valiente; podría decirse, incluso, atrevido. Si tuviera que añadirsele un subtítulo, este podría ser: “Un libro-denuncia”. Y es que “Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos”, es una obra que denuncia situaciones de negación o limitación de derechos, que a la mayoría de los ciudadanos españoles nos pudieron pasar por alto en las distintas fases de evolución de la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2, sobre las que la autora reflexiona ahora con sosiego y, en algunos casos, con sentida turbación.

Con lenguaje claro y directo, la Dra. Vivas Tesón desgrana a lo largo de siete capítulos el contenido de una obra dirigida a poner en evidencia, no solo las insuficiencias del sistema sanitario, sino, lo que es más significativo en nuestro ámbito de estudio, las carencias e imperfecciones de nuestro ordenamiento jurídico, tanto en su vertiente teórica como en su aplicación práctica.

Recepción: 01/05/2022

Aceptación: 01/06/2022

Cómo citar este trabajo: ZURITA MARTÍN, Isabel, “VIVAS TESÓN, Inmaculada, *Vivir con discapacidad en el contexto de una pandemia: el derecho a tener derechos*, Tecnos, Madrid, 1ª ed., 2021, 228 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 5, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 171-173, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2022.i5.10>

El primer capítulo realiza una labor contextual, como indica su propia rúbrica, haciéndonos reflexionar sobre cuestiones que normalmente orilla el ciudadano medio; como la inadvertida discriminación por razón de edad –el edadismo–, que en España constituye un extendido tipo de maltrato. La autora describe el impacto que la pandemia y la crisis sanitaria ha supuesto para las personas con discapacidad, hasta llegar a calificarlo como un fracaso social. En el centro temporal de la pandemia, la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto un impulso renovador que debería desembocar en la primera reforma social – como enfatiza la Dra. Vivas- que podría introducirse en la Constitución Española, si sale adelante la prevista modificación del artículo 49 de nuestra Carta Magna propuesta por el Anteproyecto de reforma aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 2018. Se critica, sin embargo, rotundamente, las discordancias conceptuales existentes en torno a la discapacidad y dependencia en ámbitos legales administrativos y civiles diversos, que provocan indudables muestras de inseguridad jurídica para el aseguramiento de los derechos de estas personas.

En los capítulos que siguen, la autora desvela distintas muestras de discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito legal, teórico y práctico. Entre ellas, su preterición en el Plan Nacional que España elaboró frente a una posible pandemia de gripe en 2005, en el que las personas con discapacidad no fueron mencionadas ni una sola vez, y del que no se tomó nota desgraciadamente para hacer frente a la nueva pandemia que estaría por llegar en 2020. Por otra parte, las trágicas cifras que nos ha dejado la pandemia del COVID 19; del total de fallecimientos acaecidos en España como consecuencia de la enfermedad, el 67% tuvieron lugar en residencias para la tercera edad. Inmaculada Vivas denuncia con contundencia que estas personas perdieron la vida cuando no les tocaba, pues murieron por fallos en nuestro sistema sociosanitario, y por ello debería exigirse las correspondientes responsabilidades.

Asimismo, la autora delata con firmeza, sin reserva alguna, la violación de derechos que las personas mayores sufrieron como consecuencia del déficit en la atención sanitaria experimentada durante la pandemia. Se vulneró en muchos casos el artículo 14 de la Constitución, en tanto la discriminación sufrida por ellas en el acceso a los servicios sanitarios no tuvo, siguiendo sus palabras, “ninguna justificación objetiva, proporcionada ni razonable, atentando frontalmente contra su dignidad”. La selección apriorística de pacientes según un criterio de utilidad social a efectos de recibir atención médica vital es discriminatoria y vulnera los derechos humanos. Y esto se produjo en España durante la crisis sanitaria, y así también es denunciado por la Dra. Vivas.

En su opinión, el proceso que siguió la vacunación, dando prioridad a las personas de mayor edad, trató de corregir estos errores iniciales; pero para muchos ya era demasiado tarde. En este contexto, el capítulo sexto realiza un repaso a las resoluciones judiciales que se han emitido en relación a la negativa a la vacunación de personas con discapacidad por parte de sus familiares, caracterizadas por su carácter paternalista. Debe atenderse en estos casos, como acertadamente manifiesta la autora, a cuál habría sido la voluntad de la persona con discapacidad, respuesta ahora clara a la luz de la Ley 8/2021.

Ya para finalizar, la Dra. Vivas dedica el último capítulo de la obra a las necesarias reformas que debe afrontar el legislador para hacer frente a la post-pandemia, que, de entrada, deben atender en todo caso a los principios que enuncia la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. En este sentido, la autora realiza propuestas concretas, relativas a distintos sectores de nuestro ordenamiento, como el laboral –solicitando incentivos al empleo inclusivo–, o el de los seguros privados, en cuyo ámbito no debe discriminarse a las personas con discapacidad por considerarlas enfermas.

No cabe duda, como concluye la profesora Vivas, que debemos prepararnos para el futuro, ante la posibilidad de encontrarnos ante una nueva pandemia, que no debe hallarnos desprevenidos en la necesaria defensa del principio de igualdad y no discriminación.

El libro que se presenta aquí merece ser leído, y sorprenderá al lector. Seguro tomará conciencia de una realidad por él en muchos casos desconocida, al mismo tiempo que le hará reflexionar sobre la extrema importancia de velar por los derechos de las personas con discapacidad como reflejo del respeto a la propia dignidad humana. Hemos de dar las gracias a la autora por la valentía de haber traducido todo ello en palabras que reivindican humanidad y justicia.

