



REVISTA D'INTERNET, DRET I POLÍTICA  
REVISTA DE INTERNET, DERECHO Y POLÍTICA

IDP Número 37 (marzo, 2023)

# Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC



<https://idp.uoc.edu>

ISSN 1699-8154

# IDP Número 37 (Marzo, 2023)

## MONOGRÁFICO: «HATE SPEECH, DISCRIMINATION AND ONLINE MEDIA»

**Cibersexo transaccional: victimización e intervención penal**

*Josep M. Tamarit Sumalla*

**¿Comunicación ofensiva y de odio o desinformación programada? Un análisis de las características y discurso del evento conspiranoico #ExposeBillGates**

*Jesús C. Aguerri; Fernando Miró-Llinares*

**Respuesta social ante la aporofobia: retos en la intervención social**

*Eva María Picado Valverde; Amaia Yurrebaso Macho; Raquel Guzmán Ordaz*

**El Derecho penal auspiciado por la Unión Europea para frenar los discursos de odio y la discriminación**

*Álvaro Alzina Lozano*

## ARTÍCULOS

**El papel del profesorado universitario español ante el nuevo modelo europeo de educación superior y el despliegue tecnológico en la docencia**

*Albert Lladó Martínez*

**Régimen tributario del *software* de facturación de empresarios y profesionales**

*Rafael Oliver Cuello*

**Metavers i NFT, nous reptes tecnològics en la imposició indirecta i internacional**

*Ignasi Belda*

**Las obligaciones sujetas a control administrativo automatizado**

*Oscar Capdeferro Villagrasa*

**Monográfico: «Hate speech, discrimination and online media»**

# Cibersexo transaccional: victimización e intervención penal

Josep M. Tamarit Sumalla  
Universitat Oberta de Catalunya

Fecha de presentación: junio 2022  
Fecha de aceptación: julio 2022  
Fecha de publicación: noviembre 2022

## Resumen

La extensión de las prácticas de sexo transaccional en el ciberespacio, provocada especialmente por la difusión de plataformas que facilitan el cibersexo, suscita la necesidad de examinar cuál sería la respuesta penal adecuada a las conductas que atenten contra la libertad y la indemnidad sexual en el contexto de estas prácticas. La transformación que las relaciones sexuales experimentan en la sociedad digital hace patentes las profundas deficiencias de la actual regulación de los delitos relativos a la prostitución en el derecho español, lo cual obliga a emitir recomendaciones de política criminal que tengan en cuenta otros modelos legislativos. La jurisprudencia española se ha mostrado receptiva ante las nuevas formas de relación sexual producidas por la digitalización de la vida social, al flexibilizar los requisitos para la apreciación de los delitos de agresión y abuso sexual, lo que plantea dudas respecto a si con ello se incurre en una vulneración de la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal.

## Palabras clave

cibersexo; prostitución; sexo transaccional; sextorsión; victimización

## *Transactional cybersex: victimization and penal intervention*

### **Abstract**

*The abundance of transactional sexual practices in cyberspace, caused particularly by the spreading of platforms that facilitate cybersex, raises the need to examine what the correct penal response would be towards behaviour that threatens freedom and sexual indemnity in the context of such practices. The transformation that sexual relationships undergo in a digital society throws into sharp relief the profound shortcomings in current regulations of crimes related to prostitution in Spanish law, making it necessary to release criminal policy recommendations that bear in mind other legislative models. Spanish jurisprudence has shown itself to be receptive in the face of the new forms of sexual relationships caused by the digitalization of social life by making flexible the requirements for sexual abuse and aggression crimes, which raises doubts surrounding whether this incurs a violation of the prohibition of the analogical application of criminal law.*

### **Keywords**

*cybersex; prostitution; transactional sex; sextortion; victimization*

## 1. La política criminal ante la digitalización de las relaciones sexuales

Las relaciones sexuales no han permanecido ajenas a las transformaciones derivadas de la difusión de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y la digitalización de amplios espacios de la vida social. Este proceso se ha visto acelerado como consecuencia de las restricciones de los contactos personales originadas por la epidemia de 2020 y afecta tanto a menores como a personas adultas. El concepto cibersexo, como sus equivalentes en inglés *cybersex*, *computersex* o *netsex*, hace referencia a las interacciones entre dos o más personas conectadas mediante una red tecnológica que realizan, de modo sincrónico, actos de autoestimulación sin contacto físico entre ellas. Esta definición podría ser considerada demasiado restrictiva, al excluir otras formas de sexo virtual, como las de mera visualización o de carácter asincrónico. En todo caso, permite caracterizar aquellas interacciones en las que un medio tecnológico de comunicación o una red social no son utilizados meramente como fase preparatoria de un encuentro sexual presencial, sino que la relación sexual se lleva a cabo únicamente en el ciberespacio.

Este trabajo tiene como objetivo señalar los puntos clave que deberían orientar la política criminal hacia las conductas de cibersexo transaccional susceptibles de afectar a bienes jurídicos merecedores de protección en la esfera de la sexualidad, a partir de una revisión de los estudios empíricos publicados sobre la materia. Para ello, se ha acometido una revisión de la bibliografía existente a nivel internacional y se han seleccionado las sentencias y la bibliografía jurídica más representativas de la evolución del derecho aplicado en España en aquellos aspectos más relevantes para el indicado objeto de estudio.

El proceso de digitalización ha generado nuevas oportunidades para la comisión de tales conductas. En España, el derecho penal ha respondido de manera gradual a nuevas demandas de intervención. En el plano legislativo, han aparecido nuevos tipos delictivos en el Código Penal (CP), como en otras legislaciones europeas. Si el CP 1995

contenía el germen de los delitos relativos a la utilización de menores e incapaces para la producción de material pornográfico (art. 189), las reformas de 1999, 2003, 2010 y 2015 fueron ampliando progresivamente el ámbito de conductas delictivas e incrementando las penas. Además, la LO 5/2010 emprendió un avance de la barrera de protección del bien jurídico con la incriminación de actos preparatorios realizados mediante las TIC contra menores (*child online grooming*) en el actual artículo 183 ter-1 CP, y la LO 1/2015 extendió el ámbito de personas protegidas e introdujo nuevas figuras delictivas, como la «nueva» corrupción de menores (art. 183 bis CP) o el embaucamiento (*soliciting*) del artículo 183 ter-2 CP, además de incriminar ciertas conductas de sexting, la difusión no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales que menoscabe gravemente la intimidad personal (art. 197-7 CP).

## 2. Evolución jurisprudencial: cibersexo y sextorsión

Al mismo tiempo, la jurisprudencia ha evolucionado en la aplicación de los tipos penales anteriores a la era digital. En diversas sentencias, los tribunales han llegado a aceptar que un delito puede ser cometido en el ciberespacio, asimilando prácticas de interacción sexual *online* a las relaciones materializadas en el espacio físico. En relación con los delitos de exhibicionismo (art. 185 CP) o difusión de material pornográfico entre menores de edad (art. 186 CP), cabe citar, por ejemplo, la SAP Barcelona (7) núm. 418/2019, de 27 de junio, que confirmó la condena a un hombre adulto que mostró a un menor, con quien contactó por internet, una fotografía y un vídeo en el que aparecía masturbándose; o, en un sentido similar, la SAP Santander (1) núm. 432/2017, de 12 de diciembre.

Respecto al delito de abuso sexual, el Tribunal Supremo, en la sentencia 301/2016, de 12 de abril, apreció por primera vez este delito en la conducta de un sujeto cuya relación con la víctima se desarrolló íntegramente *online*. El condenado era un hombre adulto que mantuvo una relación mediante chat con una niña de 10 años, a quien convenció de que le mostrara imágenes suyas de contenido sexual.<sup>1</sup> Es discutible si es correcto asimilar estas

1. Analicé críticamente esta línea jurisprudencial en un artículo anterior (Tamarit, 2018).

relaciones a aquellas en las que, pese a no llegar a haber contacto corporal entre abusador y víctima, los hechos ocurren en el contexto de un encuentro físico, como el caso de la STS núm. 450/2018, de 10 de octubre, en la que se condenó como autor de un delito de abuso sexual a un individuo que en un baño pidió a un niño de 12 años que se masturbara al tiempo que él también lo hacía, sin contacto corporal entre ambos.

Posteriormente, en sentencia 377/2018, de 23 de julio, el TS admitió la concurrencia de un delito de abuso sexual en un caso con víctimas adultas, en el que confirmó una condena por este delito, además de los de revelación de secretos (art. 197 CP) y amenazas. El acusado se había apoderado mediante artificios tecnológicos de archivos personales de diversas mujeres, en los que aparecían desnudas y realizando conductas sexuales, y bajo amenaza de difundir los contenidos logró que mantuvieran durante un tiempo contactos mediante mensajería instantánea en los que las mujeres, a requerimiento del acusado, se masturbaban e introducían objetos. El TS se refiere a los hechos como un caso de sextorsión y los califica como «delito de abuso sexual de carácter virtual o por internet, que no requiere de modo específico un “contacto sexual” directo por parte del autor del delito, sino de “actos que vayan encaminados a atentar contra la libertad sexual” de las víctimas». Según el tribunal, el *modus operandi* del autor permitía situarlo en una «posición de superioridad virtual por internet, de tal manera que ya ha vencido la inicial oposición de la víctima, cuando el autor le pide a ésta que lleve a cabo actos de carácter sexual por internet en una relación privada».

El hito más significativo de esta evolución jurisprudencial ha sido la STS 447/2021, de 26 de mayo, en la que se condenó como autor de un delito de agresión sexual (además de corrupción de menores) a un hombre adulto que en el contexto de una comunicación cibernética determinó a una niña de 12 años a realizar actos sexuales sobre su propio cuerpo. El salto cualitativo que supuso esta sentencia reside en el hecho de haberse apreciado la concurrencia de un delito cuya descripción típica exige una acción de violencia o intimidación. En este caso, la existencia de intimidación se fundamenta, según el tribunal, en la

«manifiesta idoneidad conminatoria del comportamiento desarrollado por el acusado», que «explica causalmente la conducta de contenido sexual desarrollada por la menor sobre su propio cuerpo». Sin embargo, el mal con que el autor amenazó a la víctima para conseguir su objetivo no consistió en lo que tradicionalmente venían exigiendo los tribunales y la doctrina penal, un mal grave calibrado en términos de proporcionalidad (amenaza de un ataque a la vida, integridad física o libertad sexual de la víctima o de un tercero próximo a esta), sino en un mal también realizable en el ciberespacio, la amenaza de difundir las imágenes de la menor con contenido sexual.

Según la fundamentación jurídica de la sentencia, «el hecho de que fuera la propia niña, bajo intimidación, quien realizara los tocamientos con contenido sexual explícito sobre sus partes íntimas (...) no afecta a la idoneidad de la acción para lesionar el bien jurídico protegido: la libertad de autodeterminación personal proyectada sobre el derecho de toda persona a decidir cuándo, cómo, con quién y a quién mostrar su cuerpo o manifestar su sexualidad o sus deseos sexuales». En apoyo de este criterio se citan sentencias del propio tribunal en las que se habían juzgado hechos perpetrados en un contexto de proximidad física entre autor y víctima (así, las SSTS 1397/2009, 301/2016, 450/2018 y 159/2019). El tribunal acude al concepto *sextorsión*, utilizado en la sentencia de 11 de junio de 2020 de la Corte europea de Derechos humanos (caso *Buturuga c. Rumanía*), que constituye, según el TS, «una de las formas más graves de ciberviolencia intimidatoria».

En este caso, el TS se explaya en argumentos sobre los que sustenta su valoración de la gravedad de los hechos: «para muchas personas, y especialmente para los niños y niñas, sobre todo a partir de la preadolescencia, las comunidades virtuales se han convertido en un espacio de interacción social decisivo, abierto a un número indeterminado de personas (...). Este nuevo ciberespacio de interacción social fragiliza los marcos de protección de la intimidad, convirtiendo en más vulnerables a las personas cuando, por accesos indebidos a sus datos personales, pierden de manera casi siempre irreversible, y frente a centenares o miles de personas, el control sobre su vida privada».<sup>2</sup>

2. Agrega finalmente el tribunal: «Cuando tales datos se relacionan con la sexualidad, junto a su divulgación indiscriminada, y en especial si la víctima es mujer, y a consecuencia de constructos sociales marcados muchas veces por hondas raíces ideológicas patriarcales y machistas, se activan mecanismos en red de criminalización, humillación y desprecio.»

### 3. ¿Es el cibersexo equivalente al sexo convencional?

Las anteriores sentencias suscitan cuestiones de tipicidad penal, pues la amenaza de difusión, que en algunas es concebida como abuso de superioridad (constitutivo de abuso sexual), ha sido en otro caso interpretada como intimidación, con la consiguiente elevación a la categoría de agresión sexual. La trascendencia de esta cuestión disminuirá si se aprueba definitivamente la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual (2022),<sup>3</sup> al unificarse en una sola figura delictiva de agresión sexual los supuestos anteriormente constitutivos de agresión y de abuso sexual, pese a que la apreciación de la existencia de intimidación pueda seguir teniendo relevancia.<sup>4</sup>

Mayor interés tiene el problema de la equivalencia entre el cibersexo y las relaciones sexuales con contacto corporal, lo cual obliga a preguntarse, ante todo, si la tesis de la equivalencia puede fundamentarse en postulados empíricos. La respuesta sería afirmativa en la medida en que los resultados de la investigación victimológica permitan sostener que los efectos de las conductas cometidas en el ciberespacio son equiparables a los de los comportamientos acaecidos en el espacio físico, por su capacidad de intimidación y por las secuelas psíquicas que pueden producir en la víctima.<sup>5</sup> La equiparación puede plantearse, en su caso, en términos valorativos, no naturalísticos, si se entiende que los efectos del abuso (o de la agresión), pese a ser distintos, serían «igualmente graves» aunque

la relación sexual no haya ido más allá del ciberespacio.<sup>6</sup> Cuestión distinta será si esta asimilación se considera incompatible con el principio de legalidad y la prohibición de la analogía, en este caso *in malam partem* (art. 4 CP).

Una mirada al derecho comparado permite advertir que los tribunales españoles, a diferencia de los de otros países, disponen de escasas opciones legales para calificar hechos como los aquí examinados de acuerdo con tipos delictivos específicos que prevean una respuesta penal adecuada a la gravedad del ataque al bien jurídico determinada por el legislador. El Código Penal alemán, aun sin tipificar una conducta de abuso en un contexto de cibersexo, en su parágrafo 176 a) tipifica el delito de «abuso sexual de niños sin contacto corporal»<sup>7</sup> con una pena de 6 meses a 10 años de prisión. El Código Penal francés, sin embargo, consagra legalmente la tesis de la equivalencia, al prever en su artículo 222, modificado por Ley de 21 de abril de 2021, que «constituye igualmente una agresión sexual el hecho de imponer a una persona, mediante violencia, intimidación, amenaza o sorpresa, el hecho de sufrir un ataque sexual de un tercero o de proceder ella misma a un tal ataque». Otros códigos muestran un panorama similar al de la ley española, al no contener normas específicas que condicionen la decisión de los tribunales sobre la posible asimilación del cibersexo a las relaciones con contacto corporal en la interpretación de los tipos de abuso o agresión sexual (o figuras equivalentes).<sup>8</sup>

3. Proyecto de Ley aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 27 de mayo de 2022, en tramitación en el Senado.

4. Véase Acale Sánchez (2021).

5. En la investigación criminológica es frecuente referirse a abuso sexual en términos genéricos. Esta expresión abarca toda clase de comportamientos, violentos o no, y también las interacciones sexuales en el ciberespacio. Algunos estudios no solo incluyen el ciberabuso en la misma categoría conceptual, sino que aportan datos que apoyan la tesis de la equivalencia material entre esta forma de abuso y el ocurrido en el espacio físico. Así, Jonsson y otros (2019), tras un estudio con una muestra de más de 5.000 estudiantes de una escuela secundaria en Suecia, concluyen que el abuso *online* es una forma grave de abuso sexual dados los efectos psíquicos que provoca en las personas afectadas.

6. La cuestión, planteada en abstracto, reviste gran complejidad. Una de las dificultades reside en la determinación del bien jurídico afectado, pues en los ciberabusos, además del ataque, más o menos grave, a la libertad sexual que se produce en el momento del «encuentro virtual», habría que valorar la gravedad de la difusión potencial a perpetuidad de las imágenes en el ciberespacio fuera del control de la víctima, que puede afectar al bien jurídico intimidad más que a la libertad sexual.

7. El referido tipo prevé diversas conductas delictivas: a) cometer actos sexuales ante un niño o permitir a un tercero cometer actos sexuales sobre sí mismo; b) determinar a un niño a que cometa actos sexuales (sin que ello constituya un delito más grave), o c) influir en un menor mediante contenidos pornográficos o una conversación similar. La norma establece una relación de subsidiaridad expresa respecto del tipo de abuso sexual, que tiene prevista una pena más grave.

8. El artículo 609 bis del CP italiano prevé la imposición de una pena de 6 a 12 años de prisión a quien determina a alguien, mediante violencia, amenaza o abuso de autoridad, a realizar o a soportar actos sexuales. Idéntica respuesta penal se dispone para quien realiza actos sexuales con menores de 14 años o con menores de 16, si el autor es ascendiente (art. 609 *quater*). El delito de corrupción de menores tiene prevista una penalidad inferior (art. 609 *quinquies*), como en el CPE.

El Código Penal español (en adelante, CPE) prevé, en su artículo 183-2, el hecho de compeler a un menor de 16 años a realizar actos sexuales sobre sí mismo, aunque lo hace en el contexto de una conducta de violencia o intimidación y sin diferenciación punitiva respecto a otros actos de agresión sexual. Por otra parte, el artículo 183 bis CPE, por el que se castiga a quien, «con fines sexuales, determine a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos», es una opción alternativa a la calificación de los hechos como agresión o abuso sexual, aunque presenta varias limitaciones: el tipo abarca conductas menos intrusivas para el bien jurídico (como hacer presenciar), lo cual puede explicar que la pena sea muy inferior a las conductas de abuso sexual, y la protección solo alcanza hasta víctimas de 16 años.

Otro desafío que plantea la digitalización de las relaciones sexuales a la política criminal es la difuminación de la delimitación conceptual entre fenómenos distintos, que han recibido normalmente valoraciones diferentes: el abuso sexual, la pornografía, el exhibicionismo y la prostitución. Aún más allá, algunos autores han destacado que los contactos digitales están borrando la línea divisoria entre la industria sexual y los métodos convencionales de cortejo (Upadhyay, 2021). La realidad emergente del cibersexo se suma a otras tendencias, como la espiritualización del concepto de violencia, que tiene un claro reflejo en la esfera sexual,<sup>9</sup> y la proliferación de formas de relación sexual definidas como sexo transaccional, a las que vamos a referirnos a continuación.

## 4. Sexo transaccional

El recurso al concepto *sexo transaccional* parte de que el concepto *prostitución* no capta toda la diversidad de situaciones en las que alguien presta servicios sexuales a cambio de una contraprestación (dinero, bienes, drogas o ciertas ventajas). Las notas de habitualidad y promi-

cuidad, con las que normalmente ha sido caracterizada la prostitución,<sup>10</sup> no permiten aplicar este concepto a ciertas relaciones: aquellas en las que los encuentros sexuales no tienen un carácter habitual (*casual relationships*), la persona que ofrece sexo tiene otra actividad principal, es selectiva a la hora de escoger a su pareja sexual, accede a la relación sexual no solo por ánimo de lucro o no percibe una remuneración dineraria directa (y normalmente prefijada), sino alguna ventaja acordada por las dos partes.<sup>11</sup>

Además, el término *prostitución* tiene una inevitable carga moral, pues connota corrupción y degradación. El concepto *trabajo sexual*, reivindicado por quienes defienden la necesidad de normalizar o regularizar ciertas actividades, permite, además, captar algunas actividades que desbordan la idea de prostitución, como la pornografía, el baile erótico, el *striptease* o la exposición sexual a través de internet. Sin embargo, hay interacciones, como las mencionadas anteriormente, que no cabe percibir como trabajo y otras en las que, pese a haber habitualidad, no concurre la nota de promiscuidad, como las *sugar relationships*, en las que una persona (*sugar baby*) mantiene una relación con cierta estabilidad con otra que tiene un mayor nivel económico (*sugar daddy* o *mummy*, normalmente de mayor edad y estatus social) y por la que percibe una serie de ventajas, de carácter dinerario o no. *Sexo transaccional* es un concepto utilizado en diversos estudios realizados en el ámbito internacional, a veces en un sentido amplio y otras para designar estrictamente estas formas de prestación sexual remunerada que escapan a las concepciones clásicas de la prostitución o el trabajo sexual.<sup>12</sup>

Estas formas de relación permanecen invisibles para ciertos autores y, especialmente, en el discurso político sobre el problema de la prostitución. Lo mismo sucede con el cibersexo retribuido. Es frecuente distinguir entre prostitución en la calle (a la que habría que añadir la de carretera y quizás la de ciertos locales), que se presume en gran parte forzada y próxima al tráfico de personas, y

9. Véase como ejemplo el documento de un Grupo de Trabajo en el seno de la ONU, que se refiere a «violencia digital» o «ciberviolencia» contra las mujeres: <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2015/9/cyber-violence-report-press-release>.

10. Véase sobre el concepto prostitución, en el derecho penal español, Llobet (2017) y González Tascón (2020).

11. A partir del artículo de Caldwell *et al.* (1989), las publicaciones científicas sobre sexo transaccional (ST) han ido aumentando hasta la actualidad.

12. Si en algunos estudios, sobre todo los primeros, predominó un concepto estricto de ST (referido a las situaciones que no encajaban en las ideas de prostitución o trabajo sexual, *vid.* Stoebenau *et al.*, 2016, o McMillan *et al.*, 2018), en tiempos recientes predomina el uso de un concepto amplio, que comprende todos los supuestos de intercambio de sexo por prestaciones y evita usar los conceptos prostitución o trabajo sexual (Jiwatram-Negron *et al.*, 2022; Armstrong *et al.*, 2021, o Hansen & Johansson, 2022, quienes proponen abandonar la idea de prostitución por sus connotaciones negativas).



una prostitución que escapa al estereotipo, en gran medida voluntaria pero percibida por cierto sector como residual.<sup>13</sup> El sexo retribuido realizado en pisos por personas que captan a sus clientes a través de páginas web o redes sociales es menos visible que el de la calle o los grandes locales y es menos accesible al control policial, pero hay evidencia de que ha pasado a representar la mayoría de la oferta existente.<sup>14</sup> Aún está más invisibilizado en muchos estudios y en la opinión publicada el sexo retribuido prestado por hombres o por transgéneros, pese a que es una realidad en absoluto residual.<sup>15</sup> Estas visiones distorsionadas y simplificadas de una realidad multiforme y compleja han llevado a señalar la existencia de una «mitología de la prostitución» (Weitzer, 2010a).<sup>16</sup>

Las oportunidades generadas por las TIC han tenido reflejo en esta clase de relaciones, en un doble sentido: de un lado, al facilitar el contacto entre personas que luego se encuentran en el espacio físico, y, de otro, por el cibersexo retribuido, en diversas modalidades. Es ya común constatar que la industria del sexo se ha adaptado rápidamente a la era digital (Farley, 2014; Prakash, 2020): en una primera fase lo hizo mediante la captación de clientes y, en una segunda, mediante la oferta de cibersexo, especialmente como respuesta a las restricciones a la movilidad provocadas por la pandemia en 2020. El concepto «ciberprostitución» puede resultar adecuado para referirse a los casos de personas que ya ejercían esta actividad y han pasado

a ofrecer servicios sexuales remunerados en el ciberespacio, pero además hay otra realidad, la que muestran plataformas como Onlyfans,<sup>17</sup> Tumbler o Grindr (Brennan, 2017), entre otras (Wangt y Ding, 2022), que han tenido un crecimiento enorme a partir de la epidemia, sin olvidar la contribución que las plataformas de citas y encuentros sexuales han hecho a la aparición de relaciones de sexo transaccional.<sup>18</sup> Además del crecimiento, algunos autores han destacado que la digitalización del sexo transaccional ha producido una transformación de este, en aspectos como un mayor nivel de conexión emocional entre el vendedor y el comprador del servicio,<sup>19</sup> de lo que son un ejemplo ofertas como la «experiencia de novios».<sup>20</sup>

La insuficiencia de estudios empíricos sobre los fenómenos indicados se hace especialmente patente en lo que concierne al cibersexo transaccional. Un estudio pionero sobre «prostitución virtual» (Cardiff, 1996) examinó la problemática jurídica relacionada con los teléfonos eróticos en los EUA y puso de manifiesto que, en algunos Estados, hechos que habían sido tolerados al amparo de un marco jurídico liberal ante la pornografía eran penalmente perseguidos de acuerdo con las normas más severas relacionadas con la prostitución. La respuesta penal ante las conductas de sexo virtual facilitadas por las nuevas tecnologías de comunicación se fundaba en que las normas penales que permitían castigar la compra de servicios sexuales o los comportamientos de intermediación y fa-

13. Véase una amplia referencia al debate sobre la voluntariedad de la prostitución en España en Llobet (2017), Maqueda (2009) y Villacampa (2015).
14. Véase, sobre el desplazamiento de la oferta de sexo retribuido de la calle a los pisos, con referencia a España Ariño Villarroya (2022).
15. Según McCarthy *et al.* (2012), entre un 20 y un 25 % de las personas involucradas en el trabajo sexual son hombres. Los estudios sobre ST (en sentido amplio) centrados en países desarrollados revelan que el porcentaje de hombres y de mujeres que venden sexo es similar, e incluso algunos estudios muestran que la prevalencia es mayor en hombres que en mujeres (así, Berga *et al.*, 2015).
16. Weitzer (2005) advierte de que estas distorsiones están favorecidas por el paradigma de la opresión, que es más una perspectiva política que un enfoque científico sustentado empíricamente. Este paradigma, esencialista y unidimensional, percibe la prostitución como inherentemente violenta (una forma de violación pagada) y se basa en estudios que recurren al sensacionalismo y a la generalización apresurada. Frente a ello, el autor defiende un paradigma polimorfo, sensible a las complejidades, que no considera la violencia como algo endémico del comercio sexual y ve en este una constelación de transacciones, relaciones de poder y experiencias individuales resultado de una distribución diversificada y contingente de las relaciones de subordinación.
17. Onlyfans permite un contacto directo entre los creadores de contenido y sus seguidores, sin apenas intermediarios. Los creadores cobran a cambio del acceso a los contenidos, por lo que la plataforma percibe un 20 % de los ingresos. Sobre las cifras de Onlyfans, véase <https://hubite.com/es/onlyfans-stats/> (visitado 15 junio 2022). La oferta de contenido sexual en la plataforma es conceptualizada frecuentemente como pornografía o «porno amateur». Así, por ejemplo, «OnlyFans se aferra al porno para huir de la crisis de suscriptores que asola Netflix», *elDiario.es*. (visitado 15 junio 2022): [https://www.eldiario.es/tecnologia/onlyfans-aferra-porno-huir-crisis-suscriptores-asola-netflix\\_1\\_9063909.html](https://www.eldiario.es/tecnologia/onlyfans-aferra-porno-huir-crisis-suscriptores-asola-netflix_1_9063909.html)
18. Como indican Armstrong *et al.* (2021), el creciente uso de internet para encontrar parejas sexuales ha generado un incremento de las relaciones de ST.
19. Así, Cunningham y Kendall (2013), aunque los autores atribuyen este cambio, en el contexto de los EUA, a la legalización parcial que ha conllevado de facto la digitalización.
20. Alude a la *girlfriend experience* (a menudo publicitada en las ofertas de sexo retribuido como «trato de novios»), Ariño (2022).

cilitación no requerían contacto físico entre el cliente y la persona que presta el servicio.

Diversos estudios han revelado que el crecimiento de la oferta de servicios sexuales en internet ha producido cierto desplazamiento de la prostitución callejera hacia lugares cerrados, con captación en línea de clientes, al tiempo que la demanda evolucionaba también en este sentido.<sup>21</sup> Sin embargo, el efecto más significativo de ese crecimiento fue el incremento global del mercado de la prostitución, como confirma el aumento de consumidores. Cunningham y Kendall (2011) hallaron que las mujeres con mayores recursos que habían ejercido su actividad en la calle pasaron a practicarla en pisos o en doble modalidad, mientras que las que tenían menos formación y oportunidades de evolución, así como las víctimas de tráfico, mantuvieron su actividad en la calle.

Algunos estudios han indicado que las personas que practican ciberprostitución tienen un menor riesgo de violencia y reciben ciertas recompensas físicas y psíquicas por lo que hacen (Weitzer, 2005). Estas afirmaciones parecen razonables, aunque es dudoso que tengan suficiente apoyo empírico. Según Dlamini y Nzama (2019), quienes entienden la ciberprostitución como la involucración en actividades de cibersexo a cambio de dinero, favores o ganancias consideran que esta tiene menos riesgos, en comparación con la prostitución callejera (los autores no distinguen adecuadamente entre cibersexo remunerado y prostitución anunciada en línea), pues quienes la practican sufren menos violencia y pueden ejercer un mayor control sobre su trabajo y esta es una de las razones por las que prefieren esta forma de contactar con sus clientes, que las expone a menos victimización producida por estos, los proxenetas o la policía.<sup>22</sup> En un riguroso estudio empírico, Cunningham y Kendall (2011) hallaron que las mujeres que ofrecen en línea servicios sexuales están menos involucradas en prácticas de riesgo que las que ejercen la prostitución en la calle, aunque la diferencia no se apreció respecto a las que habían desplazado la actividad de la calle a lugares cerrados anunciados en internet.

Farley (2014), representante muy destacada del «paradigma de la opresión» y de la posición abolicionista, ha criticado a quienes distinguen entre prostitución *online* y *offline*, entre prostitución y tráfico y entre la prostitución de menores y de mayores de edad, distinciones que considera falaces. La autora constata que la mayor parte de la prostitución se practica en línea, como muestra un informe policial en Syracuse (Nueva York, EUA), según el cual el 90 % del mercado de la prostitución migró a internet entre 2009 y 2011, y un estudio propio que refleja que el 88 % de los clientes en 2011 contactó por internet con mujeres y menores que ofrecían estos servicios, en agencias de *escorts*, burdeles o salones de masaje. Farley designa como prostitución *online* aquella que es anunciada por internet y sostiene que tiene la desventaja de favorecer el anonimato y dificultar la persecución, aunque no se pronuncia respecto a si presenta diferencias respecto a otras formas de prostitución en cuanto a los riesgos de victimización y para la salud de las personas que la practican. También se refiere a los riesgos de lo que denomina *webcam prostitution* o la videotecnología, que permite a los clientes (*pornographers*) consumir pornografía en línea, que «no puede distinguirse de las agresiones sexuales de niños filmadas o del tráfico» (Farley, 2014).

Una muestra de la rápida transformación que experimenta el mercado del cibersexo es la aparición de iniciativas que aprovechan la oportunidad de obtener lucro ofreciendo servicios de intermediación, de las que surge una suerte de proxenetas digitales (*e-pimp*) que compran imágenes a mujeres y hombres jóvenes y las ofrecen a quienes están dispuestos a pagar por ello a cambio de conversaciones con escritores fantasma que simulan ser las personas de las imágenes.<sup>23</sup>

Lamentablemente, no hay estudios en España que permitan aportar claridad respecto a estas cuestiones. Aun siendo evidente el incremento de la oferta de servicios sexuales remunerados en internet en los últimos años, no se dispone de datos fiables en cuanto a la evolución cuantitativa del fenómeno, en sus diversas variantes,<sup>24</sup> ni

21. Vid. Cunningham y Kendall (2011). El incremento de la oferta de prostitución por internet ha sido también constatado en Sudáfrica por Dladimi y Nzama (2019).

22. Con todo, no puede olvidarse que en algunas ofertas de cibersexo cabe encontrar elementos análogos con la prostitución convencional, como listas de precios. Véase, como ejemplo: <https://medium.com/revista-alma-mater/solo-env%C3%ADo-fotos-si-pagas-primero-la-ruta-del-comercio-sexual-en-cuba-e37b4caff5d6>

23. E. Marcus (2022), «The E-Pimps of OnlyFans», *The New York Times Magazine*, 16 mayo.

24. Pueden verse algunos datos en Peyró Outeiriño y otros (2018), Rodríguez Borges y Torado (2017), Rubio Arribas (2012) y Ariño (2022).

sobre los riesgos de victimización que supone la práctica del cibersexo transaccional.

## 5. Respuesta penal al cibersexo transaccional

El CPE no contiene tipos delictivos que describan de modo explícito comportamientos relacionados con el cibersexo. El capítulo V del título VIII, dedicado a «los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», no es una excepción. Ante ello cabe preguntarse si es previsible que la posición que ha sostenido el TS en relación con ciertos casos calificados como abuso sexual o agresión sexual pueda extenderse a conductas de cibersexo en el ámbito de una relación de sexo transaccional. Si nos ceñimos al ámbito de las conductas con posibles víctimas adultas, no habría duda respecto a los supuestos de extorsión, en los que alguien utiliza las imágenes sexuales de una persona, con quien ha establecido contacto en un contexto de sexo transaccional, para exigirle que realice actos sexuales más allá de lo pactado y aceptado voluntariamente por ella, utilizando la amenaza de difundir las imágenes como medio para doblegar su voluntad. La respuesta consecuente con la citada posición jurisprudencial sería calificar tales hechos como agresión sexual (de acuerdo, además, con la versión reformada de 2022).

Más allá de estos supuestos, el siguiente interrogante es si incurre en un delito de determinación a la prostitución (art. 187 CPE) quien utiliza alguno de los medios descritos en el tipo (violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima) para conseguir que una persona practique conductas de cibersexo retribuido. Habría que resolver, en tal caso, si el concepto legal prostitución comprende las referidas conductas, si son llevadas a cabo de acuerdo con las notas de habitualidad o promiscuidad (en la medida en que se pretenda evitar una concepción más amplia del referido concepto). Por supuesto, no es descartable que los tribunales, ante un caso de esta clase, sigan la misma senda que han emprendido en relación con los abusos y las agre-

siones sexuales, aceptando la idea de una «prostitución virtual», incluso en la posible aplicación de la modalidad típica del proxenetismo coercitivo del segundo párrafo del artículo 187 CPE («quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma»), en la versión reformada en sentido restrictivo por la LO 1/2015. Sin embargo, no debería olvidarse que ello nos acerca a la cuestión de fondo, nunca debidamente resuelta, que subyace tras las figuras delictivas de los artículos 187 y 188 CPE, la relación concursal con el delito de agresión sexual.

Según ha señalado Pozuelo (2022), los tribunales suelen apreciar que concurre un solo delito del artículo 187 CPE cuando alguien determina a una persona a ejercer esta práctica por uno de los medios descritos en este precepto, sin que lleguen a calificar el hecho, además, como agresión o abuso sexual, lo cual, además de a la defectuosa técnica legislativa, es atribuible, según la autora, a la no del todo superada exigencia de ánimo lúbrico como elemento subjetivo específico implícito en estos delitos y a la «arcaica idea de que cuando una persona ejerce la prostitución deja de tener plena libertad sexual». Como han mostrado diversos autores,<sup>25</sup> la aplicación de la cláusula concursal del artículo 187-3 CPE resulta muy compleja y ninguna de las propuestas de interpretación lleva a soluciones racionales político-criminalmente, pues si la posición jurisprudencial dominante conlleva un trato privilegiado para ciertas conductas atentatorias contra la libertad sexual cometidas en un contexto de prostitución, las propuestas de extender la protección penal a las víctimas de prostitución forzada frente a todas las agresiones sexuales sufridas lleva, en el marco del derecho vigente, a una respuesta penal desproporcionada.<sup>26</sup>

## 6. El necesario viraje de la política criminal

Como se ha indicado al principio, el estudio criminológico pretendía orientarse hacia la política criminal. La mayoría de las reformas legislativas del CPE que han afectado

25. Véase por todos, además de la citada autora, Morales Prats y García Albero (2016). González Tascón (cit.) se muestra crítica también respecto a la posición judicial dominante sobre la problemática concursal y aboga por una reformulación legislativa de estos delitos, aunque no se ha cumplido su deseo de que la Ley de protección integral frente a la violencia sexual abordara la cuestión.

26. Pozuelo (2022), pese a sostener una propuesta interpretativa de este tipo, reconoce que la solución ideal requiere una reforma legal que elimine los solapamientos de tipos existentes.

a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual han incidido, hasta el momento solo de modo tangencial, en la regulación de los delitos de los artículos 187 y 188. Ello ha sido consecuencia del imposible consenso entre las fuerzas políticas y sociales, dada la profunda división existente entre abolicionistas y partidarios de regular el trabajo sexual. Más allá de esta cuestión, es necesaria una reforma de estas figuras delictivas que elimine la referencia al concepto *prostitución* y en su caso describa en términos más concretos las conductas que se consideren merecedoras y necesitadas de respuesta penal. Una opción que debería estudiar y debatir el legislador sería prescindir de las mencionadas figuras, ya que los atentados a la libertad e indemnidad sexual respecto a los que hay consenso en que deben ser castigados pueden ser calificados de acuerdo con los tipos delictivos de agresión sexual y abuso sexual. Que se hayan tipificado los delitos de tráfico de personas, con la finalidad de explotación sexual, es una razón más para mejorar técnicamente la respuesta penal a la victimización producida en este contexto prescindiendo de unos tipos delictivos que propician problemas concursales de difícil resolución. Sea cual sea la opción emprendida, es recomendable que las conductas de cibersexo pasen a estar explícitamente previstas por la ley penal, con la fijación de un marco penal diferenciado respecto a los delitos de agresión sexual.

En relación con los delitos relativos a menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 188 CPE), la necesidad de evitar el concepto *prostitución* es especialmente importante, de modo coherente con la

consolidación del concepto *explotación comercial infantil* en el ámbito internacional. En la creación del nuevo tipo del artículo 188-4 CPE, la LO 1/2015 anticipó ya este criterio, al rehuir el término prostitución y describir la conducta delictiva como solicitar, aceptar u obtener, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Ahí no hay dudas respecto a la subsunción en el tipo de las conductas de explotación sexual en las que no concurre habitualidad o promiscuidad. Otra cuestión pendiente de clarificación es, también en este caso, si los supuestos de cibersexo deben ser entendidos como relación sexual, por lo que resultaría necesaria, también aquí, una previsión específica que evite, además, el riesgo de que cualquier relación de cibersexo con un menor sea calificada como pornografía infantil (art. 189 CPE), con lo cual las penas serían, absurdamente, mucho más graves en los casos de cibersexo que en las relaciones sexuales remuneradas con contacto corporal si la víctima tiene entre 16 y 18 años.

La aproximación a la problemática aquí examinada lleva una vez más a señalar la necesidad de desarrollar estudios empíricos que permitan conocer la prevalencia de la victimización asociada a las diversas formas de sexo transaccional, en particular a las que se producen en el ciberespacio, de modo que puedan conocerse los factores de riesgo y los efectos en las posibles víctimas y se evite construir una política criminal sobre falacias.<sup>27</sup>

27. Alude Llobet (2017) a las diversas falacias descriptivas y normativas presentes en este ámbito de la política criminal.

## Referencias bibliográficas

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2021). «Valoración de los aspectos penales del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral de la libertad sexual de 26 de julio 2021». *Revista Sistema Penal Crítico*, núm. 2: págs. 155-180.
- ARIÑO VILLARROYA, A. (2022). *La prostitución en la Comunitat valenciana. Una mirada sociológica*. Valencia: Tirant humanidades.
- ARMSTRONG, H.L.; SANT, J.M.; SKALA, A.; WANG, L; ZHU, J.; LACHOWSKY, N.J.; CARD, K.G.; BENOIT, C.; OLAREWAJU, G.; HOGG, R.S.; MOORE, D.M.; ROTH, E.A. (2022). «Factors associated with transactional sex among a cohort of gay, bisexual and other men who have sex with men in Vancouver, Canada». *Sexual Health*, vol. 18, núm. 6, págs. 487-497. <https://doi.org/10.1071/SH21128>
- ASHFORD, C. (2009). «Male Sex Work and the Internet Effect: Time to Re-Evaluate the Criminal Law?». *The Journal of Criminal Law*, vol. 73, núm. 3, pág. 258. <https://doi.org/10.1350/jcla.2009.73.3.573>
- BERG, R.C.; SCHMIDT, A.J.; WEATHERBURN, P.; The EMIS Network (2015): «Transactional Sex: Supply and demand among European men who have sex with men (MSM) in the context of local laws». *International Journal of Sexual Health*, vol. 27, núm. 3, págs. 286-302. <https://doi.org/10.1080/19317611.2014.982263>
- BRENNAN, J. (2017). «Cruising for cash: Prostitution on Gindr». *Discours, Context & Media*, vol. 17, págs. 1-8. <https://doi.org/10.1016/j.dcm.2017.02.004>
- BULLOUGH, B.; BULLOUGH, V.L. (1996). «Female Prostitution: Current Research and Changing Interpretations». *Annual Review of Sex Research*, vol. 7, núm. 1, págs. 158-180.
- CARDIFF, D. (1996). «Virtual Prostitution: New Technologies and the World's Oldest Profession». *Hasting Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 18, núm. 4, págs. 869-900.
- CUNNINGHAM, S.; KENDALL (2011). «Prostitution 2.0: The changing face of sex work». *Journal of Urban Economics*, vol. 69, págs. 273-287. <https://doi.org/10.1016/j.jue.2010.12.001>
- CUNNINGHAM, S.; KENDALL (2013). «Prostitution 3.0: A Comment». *Iowa Law Review Bulletin*, núm. 98, págs. 130-141.
- DLAMINI, S.; NZAMA, N.P. (2019). «A criminological exploration of Cyber Prostitution within the South African context: a systematic review». *American Journal of Humanities and Social Sciences Research*, vol. 3, núm. 1, págs. 136-145.
- FARLEY, M. (2014). «Online prostitution and trafficking». *Albany Law Review*, vol. 77, núm. 3, págs. 1039-1094. <https://doi.org/10.1177/0886260515600874>
- FARLEY, M.; GOLDING, J.M.; SCHUCKMAN, E.; MALAMUTH, N.M.; JARRET, E. (2015). «Comparing sex buyers with men who don't buy sex: new data on prostitution and trafficking». *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 32, núm. 23, págs. 3601-3625. <https://doi.org/10.1177/0886260515600874>
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. (2020). «Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*.
- HANSEN, M.A.; JOHANSSON, I. (2022). «Predicting attitudes towards transactional sex: the interactive relationship between gender and attitudes on sexual behaviour». *Sexuality Research and Social Policy*, núm. 19, págs. 91-104. <https://doi.org/10.1007/s13178-020-00527-w>

- JONSSON, L.S.; FREDLUND, C.; PRIEBE, G.; WADSBY, M.; SVEDIN, C.G. (2019). «Online sexual abuse of adolescents by a perpetrator met online: a cross-sectional study». *Child and Adolescent Psychiatry and Mental Health*, vol. 13, núm. 32. <https://doi.org/10.1186/s13034-019-0292-1>
- LLOBET ANGLÍ, M. (2017). «¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de lege lata y desaciertos de lege ferenda». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 19, págs. 1-34.
- MAQUEDA ABREU, M.L. (2017). «La prostitución: el “pecado” de las mujeres». *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, núm. 35. <https://doi.org/10.7203/CEFD.35.9791>
- MAQUEDA ABREU, M.L. (2019). «Orden público y prostitución: ¿una relación agotada?». En: Colomer Bea, D. y Alonso Rimo, J. (dir.). *Derecho Penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, págs. 393-417.
- MCCARTHY, B.; BENOIT, C.; JANSSON, M.; HEALEY P.; MAGNUSON, D. (2012). «Regulating sex work: heterogeneity in legal strategies». *Annual Review Law Soc*, vol. 8, págs: 255-271. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102811-173915>
- MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R. (2016). «Comentario al artículo 187». En: Quintero Olivares, G. (dir.). *Comentarios al Código Penal español*, t.1, págs. 1351-1363.
- PEYRÓ OUTEIRIÑO, M.B.; FRESNO GARCÍA, M.; URADAN, L. (2018). «Prostitución online traansgénero y salud pública. Un estudio netnográfico en Tenerife». *Comunitania: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, núm. 15, págs. 243-262. <https://doi.org/10.5944/comunitania.15.12>
- POZUELO, L. (2022). «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas». *InDret*, núm. 1.
- PRAKASH, P. (2020). «From Brothels to your door step: the rise of cyber prostitution». *Mukt Shabd Journal*, vol. 9, núm. 4, págs. 157-166.
- RODRÍGUEZ BORGES, P.F.; TORADO, E. (2017). «Un estudio sobre el comercio sexual de mujeres y publicidad. El papel de la prensa española». *Vivat Academia*, núm. 141, págs. 93-114. <https://doi.org/10.15178/va.2017.141.93-114>
- RUBIO ARRIBAS, F.J. (2012). «Consumo y prácticas sociales ocultas: la prostitución». *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, vol. 34, núm. 2, págs. 211-226. [https://doi.org/10.5209/rev\\_NOMA.2012.v34.n2.40740](https://doi.org/10.5209/rev_NOMA.2012.v34.n2.40740)
- TAMARIT SUMALLA, J. (2018). «¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC». *Internet, Dret i Política*, núm. 26, págs. 1-15. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i26.3121>
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015). «A vueltas con la prostitución callejera: ¿hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave?». *Estudios penales y criminológicos*, núm. 35, págs. 413-455.
- Wang, S.; Ding, R. (2022). «“Business Inquiries are Welcome”: Sex Influencers and the Platformization of Non-normative Media on Twitter». *Television & New Media*, págs. 1-18. <https://doi.org/10.1177/15274764221077666>

**Cita recomendada**

TAMARIT SUMALLA, Josep M. (2022). «Cibersexo transaccional: victimización e intervención penal». En: «Hate speech, discrimination and online media». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 37. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa]  
<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i37.401902>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

**Sobre el autor**

Josep M. Tamarit Sumalla  
Catedrático de Derecho Penal. Universitat Oberta de Catalunya  
[jtamarit@uoc.edu](mailto:jtamarit@uoc.edu)

Catedrático de derecho penal en la Universidad de Lleida desde 1999 y en la Universitat Oberta de Catalunya desde 2010. Su actividad de investigación está centrada esencialmente en la victimología. Ha liderado diversos proyectos de investigación en el ámbito de la victimización sexual.

**Monográfico: «Hate speech, discrimination and online media»**

# ¿Comunicación ofensiva y de odio o desinformación programada? Un análisis de las características y discurso del evento conspiranoico #ExposeBillGates

Jesús C. Aguerri

Universidad Miguel Hernández de Elche

Fernando Miró-Llinares

Universidad Miguel Hernández de Elche

Fecha de presentación: febrero 2022

Fecha de aceptación: septiembre 2022

Fecha de publicación: marzo 2023

## Resumen

Primero algunos procesos electorales y luego la crisis de la COVID-19 han situado en el centro de atención de los eventos de comunicación ofensiva y peligrosa en las redes sociales a la desinformación. La presente investigación analiza un evento de desinformación, el lanzamiento y difusión del hashtag #ExposeBillGates, a través de los 183.016 tuits que utilizaron dicho hashtag durante su periodo de actividad en junio de 2020. Mediante análisis de redes y recurriendo al procesado del contenido de los mensajes se ha podido observar que la dimensión del evento fue altamente dependiente de la participación de un pequeño número de cuentas, así como encontrarse cierta comunicación violenta y de carácter injurioso, pero no discurso de odio. Se discute la necesidad de estudiar más en profundidad la relación entre dos macrofenómenos comunicativos de naturaleza distinta pero más imbricados en su origen «problemático» de lo que puede parecer.

## Palabras clave

desinformación; discurso del odio; noticias falsas; text-mining; análisis de redes; análisis del discurso



## *Offensive and hateful communication or programmed disinformation? An analysis of the characteristics and discourse of the #ExposeBillGates conspiracy event*

### **Abstract**

*First, some electoral processes and then the COVID-19 crisis have brought offensive and dangerous disinformation events in social media into the spotlight. This research analyses an event concerning disinformation and the launch and dissemination of the hashtag #ExposeBillGates, through the 183,016 tweets that used this hashtag during its period of activity in June 2020. Through network analysis and by processing the content of the messages through text mining, it was observed that the size of the event was highly dependent on the participation of a small number of accounts, and some violent and abusive communication was found, although not hate speech. The need to deeply study the relationship between two macro communicative phenomena of a different nature, but more intertwined in their “problematic” origin than may appear, is discussed.*

### **Keywords**

*Misinformation; hate speech; fake news; text mining; network analysis; discourse analysis*

## Introducción

En la última década, la comunicación humana se ha visto definida por la irrupción de las redes sociales e internet (Balkin, 2004; Zhang y Ghorbani, 2020). Esta transformación ha creado la posibilidad de compartir información y conocimientos en todo el mundo, pero también ha facilitado la difusión de todo tipo de discursos (Tandoc, Linn y Ling, 2017). Una de las primeras cuestiones problemáticas que trajo consigo el nuevo ecosistema comunicativo fue la difusión de discursos radicales y de odio (Gerrard, 2018; Goldsmith y Wu, 2006; Van Loo, 2017). Frente a ello, la Unión Europea y sus Estados miembros desarrollaron y aplicaron leyes y actos destinados específicamente a impedir la difusión de determinados discursos a través de internet (Miró-Llinares, 2017; Klonick, 2018; Heldt, 2019), así como las redes sociales crearon diferentes *community standards* destinados supuestamente a mejorar y hacer más amigables sus entornos comunicativos, pero que conllevaban una restricción directa de los contenidos que se podían publicar en estas.

Inicialmente, el centro de esas regulaciones era el denominado discurso de odio, pero estas limitaciones no se ajustaban exclusivamente a esta forma de discurso, sino que solían abarcar otras formas de comunicación ofensiva que entraban dentro de la más amplia «comunicación violenta y de odio» (Miró-Llinares, 2016). Más recientemente, la difusión de noticias falsas ha reintroducido el debate sobre los límites de la libertad de expresión. Según algunos autores (Lazer *et al.*, 2018; Bennett y Livingston, 2018), la desinformación ha emergido como una de las principales características de nuestras sociedades, y este fenómeno podría haber influido en acontecimientos políticos relevantes, como la elección de Donald Trump (Bovet y Makse, 2019; Grinberg *et al.*, 2019) o el Brexit (Bastos y Mercea, 2017), y haber tenido importantes consecuencias durante la crisis de la COVID-19 (Ahmed, *et al.*, 2020).

Desinformación y discurso de odio se pueden, por tanto, ver unidos en las consecuencias que pueden producir y, sobre todo, en la reacción normativa a la que estos dan lugar. Además, investigaciones previas han encontrado ciertas relaciones entre odio y desinformación (Miró-Llinares *et al.*, 2018), por lo que se observa, por ejemplo, cómo la circulación de ciertas narrativas falsas se relaciona con variaciones en los delitos de odio (Gray

y Hansen, 2021). Pero ¿se manifiestan realmente ambos fenómenos de forma conjunta en eventos específicos? La presente investigación explorará un evento de desinformación en redes sociales, el lanzamiento del *hashtag* #ExposeBillGates, para conocer las características de este evento en términos descriptivos, pero también para observar si es posible establecer relaciones entre un evento de este tipo y ciertas formas de comunicación violenta, con especial atención al discurso de odio. Para ello se ha recurrido al análisis tanto de los metadatos como del contenido de 183.016 tuits asociados a dicho *hashtag*, lo que nos ha permitido tanto aproximarnos al discurso generado por la suma de los participantes en el *hashtag* como observar las características del evento. Este *hashtag* se lanzó el 14 de junio de 2020, en plena pandemia, y en apenas 48 horas alcanzó una envergadura muy notable, hasta rozar los 200.000 tuits. El popular *hashtag* #MeToo alcanzó los 600.000 tuits, pero necesitó cuatro meses para ello (Makinova *et al.*, 2018), y el #metooinceste -campaña que en 2021 denunció el abuso sexual infantil en Francia y que alcanzó una gran repercusión internacional- solo logró 91.501 tuits durante su semana de vida (Aguerrí *et al.*, 2022).

Asimismo, los metadatos de este *hashtag* se han comparado con los metadatos de 155.688 tuits asociados al *hashtag* #SinCienciaNoHayFuturo. El resultado de los análisis realizados nos ha permitido observar que el evento de desinformación está altamente concentrado, es decir, que su dimensión y, por tanto, alcance son muy dependientes del papel de un pequeño número de cuentas. Sin embargo, no ha podido encontrarse directamente discurso de odio dentro de los principales discursos generados en torno al *hashtag*.

## 1. Desinformación y comunicación violenta y de odio

La crisis de la COVID-19 ha puesto de manifiesto la importancia de la difusión de información fidedigna (Ahmed, *et al.*, 2020) y ha revelado cómo ciertos actores políticos pueden utilizar los contextos de crisis para difundir noticias falsas, mezclando la información falsa con el discurso del odio (Shimizu, 2020). La propia OMS ha descrito la proliferación de la desinformación durante la pandemia como una «infodemia» que «puede

obstaculizar una respuesta eficaz de salud pública, crear confusión y desconfianza entre la población» (WHO, 2020). Esta desinformación ha estado compuesta tanto por noticias falsas como por teorías de la conspiración (Bierwiazzonek *et al.*, 2020), una forma concreta de desinformación que se caracteriza por las afirmaciones falsas relativas a la existencia de grupos de actores poderosos que actúan en secreto para alcanzar objetivos malévolos (Bale, 2007; Van Prooijen y Douglas, 2018). Sin embargo, la desinformación durante la crisis no es solo un problema para la salud pública. Como describió la alta representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (2020), durante la crisis también han circulado discursos de odio que culpan a grupos religiosos o étnicos específicos de la propagación del virus. Además, esta comunicación conjunta también subrayaba que las instituciones europeas habían detectado que «actores extranjeros y determinados terceros países [...] han participado en operaciones de influencia selectiva y campañas de desinformación en torno al COVID-19 en la UE». Tanto Europol (2020) como Interpol (2020) también han emitido informes en los que señalan esta relación entre desinformación y seguridad.

Ante hechos como estos, y al igual que ocurrió con el discurso de odio primero, aunque supuestamente por motivos distintos –en este caso como «un riesgo para la seguridad nacional» (Gobierno de España, 2019)–, los Gobiernos nacionales e instituciones internacionales como la Comisión Europea han comenzado a incluir la desinformación como uno de los discursos que deben ser evitados y perseguidos en redes sociales (Comisión Europea, 2018).

Así, la Comisión Europea ha instado a los Estados miembros a tomar medidas contra la desinformación, que han definido como información engañosa o verificablemente falsa que se difunde para obtener un beneficio económico o para engañar intencionadamente al público, y que puede causar un daño público (Code on practice on disinformation, 2018). A la vez, desde una perspectiva académica, se han puesto de manifiesto los problemas que la lucha contra este tipo de información puede plantear para la libertad de expresión (Miró-Llinares, 2020). La preocupación por las consecuencias que la difusión de ciertos discursos ofensivos o violentos (Bilewicz *et al.*, 2017) puede tener, tanto en ciertos usuarios como en la sociedad en su conjunto, abarca ahora también a los discursos falsos, que en realidad ya preocupaban y, de hecho, ya se encontraban criminalizados anteriormente, cuando eran parte

de la difusión del discurso de odio, como sucede con la denominada *Auschwitz-lüge*, la negación del Holocausto, criminalizada en Alemania desde 1985 (Brugger, 2002).

Asimismo, durante las últimas décadas se han aportado múltiples definiciones de discurso de odio, no todas ellas coincidentes (Boeckmann y Turpin-Petrosino, 2002; Jacobs y Potter, 1997; Matsuda, 1989; Robinson y Darley, 1995; Waldron, 2012), y es que definir el odio y lo odioso es una tarea, cuando menos, controvertida. Sin embargo, las diferentes definiciones tienen un elemento en común que es recogido por la Organización de las Naciones Unidas al definir el discurso de odio como «todo tipo de comunicación que ataca o usa un lenguaje curso peyorativo o discriminatorio en referencia a una persona o grupo de personas en base a quién son» (2020, pág. 19). Este elemento común es el hecho discriminatorio (Miró Llinares, 2016), pero junto a él aparece también como elemento protagónico el prejuicio. Ha podido observarse que la desinformación, especialmente en su vertiente conspiranoica, tiende a apoyarse sobre el prejuicio hacia determinadas minorías, muy especialmente hacia los judíos, o individuos de otras etnias o nacionalidades (Fong *et al.*, 2021; van Prooijen y van Lange, 2014; Grzesiak-Feldman, 2013; Cook *et al.*, 2020; Kofta y Sedek, 2005).

El primer punto de unión, pues, entre discurso de odio y desinformación estriba en el uso que ambos hacen de la mentira. La desinformación se construye sobre la mentira, pero no debe obviarse que el discurso de odio, bien mediante la difusión de estereotipos y epítetos peyorativos, bien a través del uso de la falsedad para justificarse, está íntimamente ligado a la difusión de información falsa. De hecho, ha podido observarse que una de las transformaciones del discurso de odio al empezar a difundirse con cierta fuerza por el ciberespacio en la década de los noventa fue su giro en busca de ciertas «racionalizaciones», de cierta «lógica» más allá de los prejuicios propios, para lo cual aumentó su relación con informaciones falsas sobre la que poder construirse (Meddaugh y Kay, 2009).

El principal punto de contacto entre desinformación y discurso de odio se produce en lo relativo a las razones de su criminalización (Klonick, 2018), en el ámbito de la regulación estatal o de su censura privada en redes sociales (Heldt, 2019), cuando son las propias plataformas las que restringen el contenido. Al igual que ocurre con el discurso de odio, la desinformación en sí misma no es objeto de criminalización, sino que lo es exclusivamente aquella que

se enmarca en las dos razones potencialmente usadas por los Estados para justificar la criminalización de actos discursivos o de habla: o bien por su capacidad como acto de habla para producir algún tipo de violencia o daño por parte de otro, o bien por su intrínseca capacidad lesiva u ofensiva (Miró-Llinares, 2017). Así, la incitación al odio se ha criminalizado, bien por constituir una forma de incitación a la violencia más o menos directa, bien por considerarse una forma en sí misma dañina u ofensiva al atentar contra principios y valores relacionados con la solidaridad y la igualdad (Waldron, 2012). Estos argumentos coinciden también con los que tradicionalmente han utilizado los Estados para criminalizar actos comunicativos (Miró-Llinares, 2016) que no necesariamente poseen un carácter discriminatorio. El discurso de odio es una categoría de la más amplia comunicación violenta y de odio (VHC, del inglés *violent and hate communication*), que incluye «todo acto comunicativo que incita -de forma directa o indirecta- o amenaza con la violencia [...], toda ofensa o daño al honor o a la dignidad de personas concretas y todo comportamiento que pueda considerarse ofensivo o vejatorio para la sociedad» (Miró-Llinares, 2016, pág. 94).

Los argumentos que se utilizan para criminalizar o censurar la desinformación son muy similares a los descritos (Pielemeier, 2020). Generalmente, la justificación para la prohibición de estos contenidos se centra en la capacidad que tienen estos discursos para producir daño, pero detrás de la censura de la desinformación en las redes sociales también está la ofensa propia que supone la percepción social de una falsedad y la propia bondad de la veracidad percibida por los gestores de las redes. De hecho, en este sentido, y siguiendo a Miró-Llinares (2016), entender el *hate speech* como una forma concreta de un fenómeno más amplio, el de la comunicación violenta y de odio, y encontrar las interrelaciones entre la desinformación y la comunicación violenta y de odio, lo cual también implica observar su relación con el discurso de odio, es vital tanto para comprender el fenómeno de la comunicación en el ciberespacio como para el diseño de estrategias eficaces que permitan combatirla. En consecuencia, la presente investigación tiene un carácter descriptivo, al buscar conocer qué características tiene en términos estructurales un evento de desinformación, pero, al mismo tiempo, la presente investigación también busca aproximarse a la relación entre discurso de odio y desinformación, preguntándose si ambos tipos de discurso se unen en eventos específicos. Bajo esta pregunta de investigación que acabamos de formular subyacen

dos hipótesis (H) que trataremos de comprobar en la presente investigación: en el evento de desinformación encontraremos comunicación violenta (H1) y en el evento de desinformación encontraremos discurso de odio (H2).

## 2. Método y materiales

#ExposeBillGates fue una convocatoria, de origen desconocido, que invitó a los usuarios de la red social Twitter a usar el *hashtag* homónimo el día 14 de junio de 2020 para «denunciar» que las vacunas contra la COVID-19 que se estaban preparando no era realmente vacunas, sino parte de un plan de Bill Gates para inocular microchips de control mental en la población mundial (Goodman y Carmichael, 2020). En unas fechas similares, concretamente tres días después, se celebró otra «manifestación» digital relacionada con la ciencia, en este caso bajo el *hashtag* #SinCienciaNoHayFuturo. Esta segunda movilización fue convocada por organizaciones de científicos españoles para reclamar más financiación y apoyo por parte de las autoridades al sistema científico español. Si bien el interés de la presente investigación es el evento de desinformación #ExposeBillGates, también se recogieron los tuits de la campaña #SinCienciaNoHayFuturo para tener un set de datos que pudiera usarse como contraste. La elección concreta de la campaña se debió a la cercanía en el tiempo entre los dos eventos y a que en ambos casos estamos ante campañas organizadas que proponen el uso de un *hashtag* específico durante un día para lanzar ciertas demandas relacionadas con la ciencia.

Los tuits que utilizaron el *hashtag* #ExposeBillGates fueron recogidos el 18 de junio y el 21 del mismo mes, los del *hashtag* #SinCienciaNoHayFuturo. En ambos casos se utilizó el *software* R (v. 3.5.3) (R Core Team, 2018) y el paquete *rtweet* (v. 0.7) (Kearney, 2019), que mediante la API REST de Twitter permite la recopilación de todos los tuits publicados en los últimos siete días que cumplan ciertos criterios de búsqueda. En este caso, el criterio de búsqueda fue el uso de uno u otro *hashtag*. A excepción de los análisis de redes, los diferentes análisis estadísticos, así como la visualización de los resultados, de los 183.016 tuits pertenecientes al *hashtag* #ExposeBillGates y de los 155.688 del *hashtag* #SinCienciaNoHayFuturo fueron realizados también con R gracias al paquete *tidyverse* (v. 1.3.0) (Wickham *et al.*, 2019).

Mediante los paquetes *rtweet* (v. 0.7) (Kearney, 2019) y *rgfx* (v. 0.16.0) (Vega Yon, Fábrega Lacoa y Kunst, 2015), la base de datos fue transformada en una red direccionada, en la que las cuentas de Twitter actúan como nodos y los retuits de un usuario a otro, como aristas, y se exportó a un formato compatible con *Gephi* (v. 0.9.2), un *software* de análisis y visualización de redes especialmente adecuado para trabajar con redes con un elevado número de nodos y aristas como la nuestra (Bastian, Heymann y Jacomy, 2009).

*Gephi* fue utilizado tanto para el cálculo del *eigenvector* -un parámetro de centralidad que permite apreciar el papel, más o menos dominante, de cada nodo de una red- de los nodos como para la visualización de las redes, cuya distribución gráfica procede del uso del algoritmo *ForceAtlas2* (Jacomy, Venturini, Heymann y Bastian, 2014). El tamaño de los nodos es proporcional al *eigenvector* del nodo, con una escala de tamaños de 5 a 250, y su color está determinado por la pertenencia a un clúster que aglutine a más de un 4 % de los nodos (el resto se muestra en gris). Los clústeres fueron formados mediante el algoritmo de detección de comunidades de *Gephi* (Blondel, Guillaume, Lambiotte y Lefebvre, 2008; Lambiotte, Delvenne y Barahona, 2015) de forma aleatoria, teniendo en cuenta el peso de las aristas y con una resolución de 1,0. Los nombres de las cuentas mostrados en las visualizaciones de las redes corresponden a aquellas cuentas con un *eigenvector* igual o superior a 0,3. Este análisis de redes realizado ha permitido la descripción y visualización de una conversación multitudinaria, lo que ha posibilitado determinar su estructura, en términos de autores, y los actores más relevantes a la hora de generar y difundir el discurso.

Una vez realizado este primer análisis de los metadatos del evento, el texto de los tuits que usaron el *hashtag* #ExposeBillGates fue analizado a través de *text mining* mediante el *software* R (v. 3.5.3) (R Core Team, 2018) y el paquete *tidytext* (Silge y Robinson, 2016). En primer lugar, se generó un corpus de documentos con el texto de los tuits que fue filtrado -se eliminaron así las *stop words* (preposiciones, artículos y conjunciones), URL, signos de puntuación, etc.- y tokenizado (Silge y Robinson, 2017). La tokenización es un proceso que reestructura los datos y descompone cada documento en palabras, lo que genera una nueva base de datos en la que cada fila representa una palabra de un documento concreto. Una vez preprocesado el texto, se realizaron diferentes análisis (análisis de frecuencia de los términos y búsquedas específicas por palabras clave), entre los que cabe destacar la construcción de redes de correlaciones entre palabras. La construcción de redes de correlaciones nos permite visualizar

relaciones entre palabras sobre la base de su tendencia a aparecer juntas dentro de una misma pieza. Tomando como unidad de análisis las palabras que forman el corpus de documentos, se ha estudiado su grado de correlación con otras palabras utilizadas por el usuario. Para medir dicha correlación se ha utilizado el coeficiente phi ( $\phi$ ) de correlaciones entre todas las palabras del corpus, calculado para cualquier par de palabras X e Y.

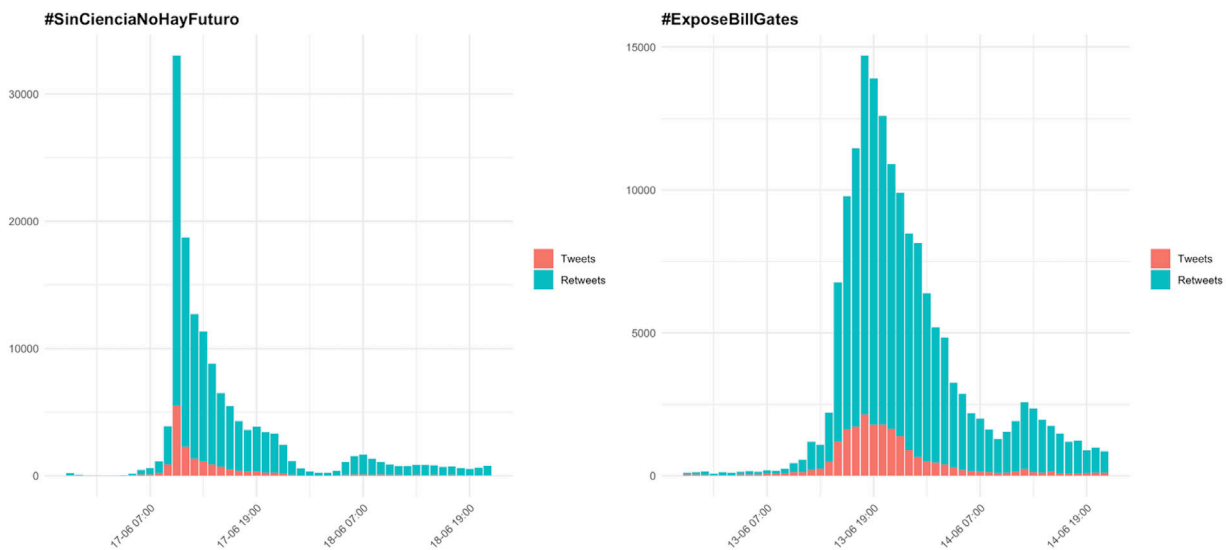
Todas estas correlaciones pueden representarse gráficamente, mediante cadenas de Márkov, como redes de correlaciones entre palabras. Se puede construir así una inmensa red formada por todas las palabras del corpus en la que la intensidad de los vínculos variará en función del grado de correlación. Filtrar esta red por las palabras con mayor frecuencia -en este caso  $n > 4600$ - y mantener tan solo aquellas correlaciones moderadas o mayores ( $\phi \geq 0,3$ ) permite descubrir redes de palabras que tienen relevancia en el corpus y que se encuentran interconectadas. Así, la red de correlaciones utilizada en la presente investigación permite ver los principales discursos asociados al *hashtag* durante su periodo de mayor actividad (13 y 14 de junio), bien por estar presentes sus términos en más tuits, bien porque los tuits en los que se encuentran fueron retuiteados un elevado número de veces. Por último, debe señalarse que las técnicas de *text mining* empleadas tienen como principal limitación que dejan de lado los discursos minoritarios y simplifican en cierto grado los discursos presentes en los documentos analizados. No obstante, a cambio, estas técnicas permiten procesar y analizar un elevado número de documentos, y extraer los componentes principales de los discursos con mayor peso.

## 3. Resultados

### 3.1. Patrón temporal y relación retuit-tuit

En primer lugar, debe señalarse que ambos eventos siguen un patrón temporal similar; como muestra la figura 1, al principio de la manifestación la actividad de los usuarios alcanza un pico notable y luego disminuye rápidamente hasta alcanzar una actividad testimonial. Esta figura también nos permite apreciar la importancia de los retuits en el contenido original -tuits- a la hora de determinar la dimensión de ambos eventos. En el *hashtag* #ExposeBillGates, de los 183.016 casos que componen nuestra muestra, solo un 12,5 % son tuits originales, y en el *hashtag* #SinCienciaNoHayFuturo, solo el 11,7 % de los 155.688 casos lo son.

Figura 1. Evolución temporal de la actividad de los dos hashtags



Fuente: elaboración propia

Profundizando un poco más en esta relación entre tuits y retuits, puede apreciarse que en ambos eventos las medias de retuits por cada tuit publicado son similares ( $M_{\#exposebillgates} = 8,06$ ;  $M_{\#sincienciaohayfuturo} = 8,16$ ). No obstante, estas medidas y sus similitudes deben ser tomadas con cautela, ya que el 58 % de los tuits en #ExposeBillGates no logra ningún retuit, de hecho, la media queda en 0 y el rango intercuartílico está en un solo retuit, mientras que la desviación estándar se sitúa en 146,77. En #SinCienciaNoHayFuturo, el porcentaje de tuits sin ningún retuit baja hasta el 43,5 %, y la media asciende hasta 1, lo que sitúa el rango intercuartílico en 3 retuits y la desviación estándar en 79,6. Estas diferencias parecen indicar que la dimensión del hashtag #ExposeBillGates y, por tanto, su éxito como evento dependen más de una pequeña cantidad de tuits que logran un gran impacto al acumular una importante cantidad de retuits.

### 3.2. Usuarios involucrados y centralidad

En el hashtag #ExposeBillGates participaron 76.858 usuarios, que contribuyeron de media con 2,4 tuits o retuits ( $min = 1,0$ ;  $M = 2,4$ ;  $SD = 6,3$ ;  $Mdn = 1,0$ ;  $max = 587$ ). Debe destacarse que el 12,5 % de los usuarios es responsable de publicar el 50 % de los tuits o retuits. En el hashtag #SinCienciaNoHayFuturo participaron 56.799 usuarios con 155.688 tuits o retuits ( $min = 1,0$ ;  $M = 2,7$ ;  $SD = 10,4$ ;  $Mdn = 1,0$ ;  $max = 636$ ). Es decir, el 7,5 % de los usuarios es responsable de publicar el 50 % de los tuits o retuits. Sin embargo, si nos centramos solo en los tuits publicados -excluimos retuits-, observamos que en #ExposeBillGates el 14,3 % de los usuarios son responsables del 50 % del contenido original añadido al hashtag, por lo que este porcentaje asciende hasta el 19,7 % en #SinCienciaNoHayFuturo.

Tabla 1. Retuits medios por tuit y usuario

Hashtag	Tuits medios por usuario	Ratio de retuits por tuit de cada usuario				
		Media	Desviación estándar	Mediana	Mínimo	Máximo
#ExposeBillGates	2,086028	6,653011	130,61901	0	0	10501
#SinCienciaNoHayFuturo	1,622765	6,023788	61,22674	1	0	3650

Fuente: elaboración propia

Como ya hemos establecido, en la determinación de la dimensión del *hashtag* tiene una gran importancia el número de retuits que consiguen los usuarios que participan en este. En ambos *hashtags* la media de los retuits que consigue un usuario por cada tuit publicado es similar ( $M_{\text{exposebillgates}} = 6,65$ ;  $M_{\text{sinCienciaNoHayFuturo}} = 6,02$ ), aunque ligeramente mayor en #ExposeBillGates. Pero, de nuevo, volvemos a encontrarnos en el evento de desinformación una importante dispersión de los datos, ya que, pese a que la media de los ratios de los retuits por tuits conseguidos por cada usuario supera los 6 retuits, la media se vuelve a situar en 0 y la desviación estándar alcanza los 130,6 -valor notablemente superior que en #SinCienciaNoHayFuturo, en el que este parámetro se queda en 62,2-. Que la media de los ratios de retuits por tuit de cada usuario sea tan similar en los dos *hashtags*, e incluso un poco mayor, a pesar de que el 50 % de los usuarios no consiguiera ningún retuit en ninguno de sus tuits, parece indicar la existencia de un pequeño número de cuentas con altos ratios medios de retuit por tuit, lo que sería coherente con la ya observada aparente importancia de un pequeño número de tuits con un gran número de retuits.

Para corroborar la importancia que ciertas cuentas pudieran tener a la hora de determinar la dimensión del evento, debe medirse la centralidad de dichas cuentas dentro de la red formada por las relaciones de retuit que se dan dentro de la etiqueta. Como ya se ha explicado, en la presente investigación utilizaremos el *eigenvector* como medida de centralidad. La distribución de este parámetro varía entre ambos *hashtags* -tabla 2- y, como permiten apreciar visualmente las figuras 2 y 3, el *hashtag* #SinCienciaNoHayFuturo tiene un mayor número de nodos de tamaño medio [0,3;0,6], mientras que el *hashtag* #ExposeBillGates se construye fundamentalmente en torno a un pequeño grupo de nodos con una gran centralidad, cada uno de ellos con su propia y definida comunidad. Al observar la figura 3, podemos apreciar que hay siete grandes nodos, correspondientes a las siete cuentas con más centralidad, cada una con su propia comunidad. Este pequeño número de cuentas es responsable en un alto grado de la dimensión y difusión del evento.

Tabla 2. Distribución de los nodos por tamaño

Valor eigenvector	Hashtag	N.º de nodos
[0, 0,1]	#ExposeBillGates	79848
	#SinCienciaNoHayFuturo	52385

Valor eigenvector	Hashtag	N.º de nodos
(0,1, 0,2]	#ExposeBillGates	7
	#SinCienciaNoHayFuturo	32
(0,2, 0,3]	#ExposeBillGates	4
	#SinCienciaNoHayFuturo	9
(0,3, 0,4]	#ExposeBillGates	1
	#SinCienciaNoHayFuturo	8
(0,4, 0,5]	#ExposeBillGates	2
	#SinCienciaNoHayFuturo	6
(0,5, 0,6]	#ExposeBillGates	1
	#SinCienciaNoHayFuturo	1
(0,6, 0,7]	#ExposeBillGates	1
	#SinCienciaNoHayFuturo	0
(0,7, 0,8]	#ExposeBillGates	1
	#SinCienciaNoHayFuturo	0
(0,8, 0,9]	#ExposeBillGates	2
	#SinCienciaNoHayFuturo	0
(0,9, 1]	#ExposeBillGates	1
	#SinCienciaNoHayFuturo	1

Fuente: elaboración propia

Figura 2. Red formada por los tuits asociados a #ExposeBillGates

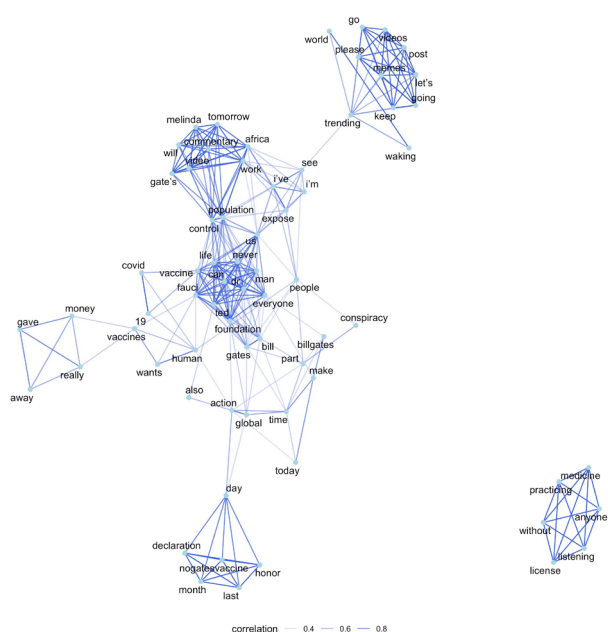


Fuente: elaboración propia





Figura 4. Red de correlaciones entre los términos usados por cada usuario



Fuente: elaboración propia

## 4. Discusión

Las redes sociales, casi desde su nacimiento, no han dejado de ocuparse de regular, retirando y restringiendo, algunos discursos y expresiones. Una inquietud de la que también han participado los Estados. La preocupación comenzó por aquellos discursos que incitan a la violencia y a la discriminación contra colectivos especialmente vulnerables y por discursos que por sí mismos ofenden a personas individuales o a colectivos y, sin abandonar estos, se centran también ahora en una serie de discursos caracterizados por la manipulación del mensaje que se transmite y la mayor o menor falsedad de lo que se expresa. Estos discursos se suelen englobar en el concepto de desinformación (Miró-Llinares y Aguerri, 2021).

Aunque se trata de discursos y expresiones que aparentan ser sencillamente diferenciables, en ocasiones se observan mezclados en concretos eventos comunicativos de alguna red social, si bien generalmente, tal y como se había visto en el estudio de eventos de discurso de odio y se ve ahora en este que analiza un evento en el que el centro del mensaje es la desinformación de carácter conspiranoico, esto acontece de modo testimonial. Al igual que en las comunicaciones de la red social Twitter

durante los días posteriores a los atentados de *Charlie Hebdo*, donde había algunos mensajes de desinformación y conspiranoia relacionados con la islamofobia o con el odio a algunos sectores ideológicos, aunque se trataba de escasos mensajes dentro de una muestra enorme (Miró-Llinares, 2016), en el estudio que hemos realizado en torno al evento #ExposeBillGates encontramos también algunos mensajes ofensivos contra personas concretas que incluso pueden constituir incitación a la violencia contra esas personas -tal es el caso de acusar a Bill Gates de tener un plan para controlar el mundo y enriquecerse a través de las vacunas-. Al fin y al cabo, una forma de incitar a la violencia o al odio a un colectivo puede ser atribuir falsamente algo a ese grupo, y una forma de difundir desinformación es encrespar al receptor del mensaje pidiéndole acción contra un colectivo o una persona. En consecuencia, la presente investigación nos ha permitido observar, por un lado, que efectivamente puede existir cierta relación entre desinformación y comunicación violenta, verificándose la hipótesis 1, pero que, a diferencia de lo que se había sugerido previamente (Miró-Llinares *et al.*, 2018), y en sentido contrario a lo que sugería nuestra hipótesis 2, *desinformación*, al menos en su vertiente conspiranoica, y *discurso de odio* pueden manifestarse por separado. No obstante, esto solo ha podido comprobarse partiendo de la observación de la desinformación, es decir, aunque se ha observado que puede haber desinformación separada del discurso de odio, no ha podido abordarse aquí si el discurso de odio puede darse de forma autónoma y sin vincularse con la desinformación.

Debe también mencionarse que la presente investigación tiene una notable limitación, el hecho de restringirse al estudio de un caso concreto. Sin embargo, el análisis de un caso concreto, aunque compromete la generalización de los resultados, sí que nos ha permitido profundizar tanto en su estructura como en su discurso y extraer cierta información relevante para conocer, al menos de manera preliminar, posibles características del discurso conspiranoico en redes sociales y, especialmente, apuntar a ciertas características relativas a la difusión de estos mensajes en el ciberespacio. En cuanto a la estructura del evento conspiranoico, hemos podido observar que este es altamente dependiente de un número muy restringido de cuentas, de modo que su extensión y alcance recae en un alto grado sobre la actividad de unos pocos usuarios. En lo relativo a su discurso, hemos podido ver que este también está notablemente concentrado y sigue unas líneas temáticas muy marcadas.

Dentro del evento conspiranoico, los escasos mensajes que se apartan de la línea central del evento y pueden encajar en el concepto amplio de comunicación violenta - aunque no supongan discurso de odio en sentido estricto- son más bien *outliers* -elementos poco relevantes y ajenos al cuerpo central del discurso- de un evento mucho más homogéneo y de movimiento uniforme de lo que podría pensarse. Los resultados indican que el evento no solo está concentrado en el sentido de ser dependiente de un pequeño número de cuentas con gran centralidad, sino también que el discurso gravita en torno a unos pocos conceptos que generan un discurso con cierta cohesión y orientado a un objetivo marcado y alejado del odio en sentido estricto. Esto debe llevar a plantearnos que quizás, aunque esta afirmación debe realizarse con cautela, nos encontramos ante un evento programado de alguna forma, o bien en el sentido de ser un evento orquestado por algún actor con capacidad para coordinar a un pequeño número de cuentas que «dirigirían» a un buen número de usuarios; o bien en el sentido de ser producto de la programación de la propia red social y su tendencia a homogenizar los discursos y los públicos. Así, al no ser un evento que se centre inicialmente en un colectivo y al estar tan centralizado, el discurso de odio no parece tener cabida aquí. No obstante, a lo que no se puede responder es así, en el caso de que la conspiración hubiera sido de otro tipo e interesara atribuir a alguien una acción orquestada y lesiva de los intereses de la sociedad, el odio hubiera campado o no a sus anchas. Pareciera, aunque habrá que investigar más al respecto para aseverarlo, que los usuarios siguen

en el *hashtag* de desinformación un camino marcado y que los discursos se relacionan e instrumentalizan dentro de ese camino predefinido. Este hecho tiene implicaciones notables a la hora de dirigir los esfuerzos destinados a restringir la difusión de ciertos discursos considerados lesivos en redes sociales, ya que aporta elementos para dudar del carácter caótico de la comunicación en redes que suele darse por hecho. Si, como hemos observado en el caso concreto estudiado, la desinformación en redes sociales y los discursos que la conforman tienden a depender de un número restringido de cuentas con gran influencia, las actuaciones de respuesta a este fenómeno deben tener en cuenta esta circunstancia para que la respuesta sea efectiva y, fundamentalmente, respetuosa con los derechos de los ciudadanos. Además, dada esta capacidad para manifestarse por separado que parecen tener la desinformación y el odio, los abordajes tanto en el ámbito de la intervención pública como de la moderación de contenido deben realizarse de forma diferenciada para poder aprehender adecuadamente uno y otro fenómeno.

Trabajo financiado por el proyecto #FakePenal (PID2021-1257300B-I00) concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Proyectos de Generación de Conocimiento 2021) y por la Ayuda FJC2020-042961-I financiada por MCIN/AEI / 10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU/PRTR»

## Referencias bibliográficas

- AHMED, W.; VIDAL-ALABALL, J.; DOWNING, J.; LÓPEZ-SEGUÍ, F. (2020). «COVID-19 and the 5G Conspiracy Theory: Social Network Analysis of Twitter Data». *Journal of medical internet research*, vol. 22, núm. 5, págs. 1-9. DOI: <https://doi.org/10.2196/19458>
- AGUERRI, J.C.; MOLNAR, L.; MIRÓ-LLINARES, F. (2022, en impresión). «Old crimes reported in new bottles: The disclosure of child sexual abuse on Twitter through the case #MeTooIncest». *Social Network Analysis and Mining*.
- Alto representante de la unión para asuntos exteriores y política de seguridad (2020). «La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos» [en línea]. Disponible en: <https://bit.ly/3tY4dYu>
- BALKIN, J. M. (2004). «Digital speech and democratic culture: A theory of freedom of expression for the information society». *New York University Law Review*, vol. 79, núm. 1, págs. 1-58. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.470842>
- BASTIAN, M.; HEYMANN, S.; JACOMY, M. (2009). «Gephi: An Open Source Software for Exploring and Manipulating Networks». En: *International AAAI Conference on Web and Social Media* [en línea]. Disponible en: <https://gephi.org/publications/gephi-bastian-feb09.pdf>. [Fecha de consulta: 2 julio de 2021].
- BASTOS, M. T.; MERCEA, D. (2017). «The Brexit Botnet and User-Generated Hyperpartisan News». *Social Sciences Computer Review*, vol. 37, núm. 1. DOI: <https://doi.org/10.1177/0894439317734157>
- BENNETT, W. L.; LIVINGSTON, S. (2018). «The disinformation order: Disruptive communication and the decline of democratic institutions». *European Journal of Communication*, vol. 33, núm. 2, págs. 122-139. DOI: <https://doi.org/10.1177/0267323118760317>
- BILEWICZ, M.; SORAL, W.; MARCHLEWSKA, M.; WINIEWSKI, M. (2017). «When Authoritarians Confront Prejudice. Differential Effects of SDO and RWA on Support for Hate-Speech Prohibition». *Political Psychology*, vol. 38, núm. 1, págs. 87-99. DOI: <https://doi.org/10.1111/pops.12313>
- BLONDEL, V. D.; GUILLAUME, J.-L.; LAMBIOTTE, R.; LEFEBVRE, E. (2008). «Fast unfolding of communities in large networks». *Journal of Statistical Mechanics: Theory and Experiment*, vol. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1088/1742-5468/2008/10/P10008>
- BOECKMANN, R. J.; TURPIN-PETROSINO, C. (2002). «Understanding the harm of hate crime». *Journal of Social Issues*, vol. 58, núm. 2, págs. 207-225. DOI: <https://doi.org/10.1111/1540-4560.00257>
- BRUGGER, W. (2002). «The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)». *German Law Journal*, vol. 3, núm. 12. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2071832200015698>
- BOVET, A.; MAKSE, H. A. (2019). «Influence of fake news in Twitter during the 2016 US presidential election». *Nature Communications*, vol. 10, núm. 7, págs. 1-14. DOI: <https://doi.org/10.1038/s41467-018-07761-2>
- BROWN, A. (2018). «What is so special about online (as compared to offline) hate speech?». *Ethnicities*, vol. 18, núm. 3, págs. 297-326. DOI: <https://doi.org/10.1177/1468796817709846>
- CAMMAERTS, B. (2009). «Radical pluralism and free speech in online public spaces The case of North Belgian extreme right discourses». *International Journal of Cultural Studies*, vol. 12, núm. 6, págs. 555-575. DOI: <https://doi.org/10.1177/1367877909342479>
- COMISIÓN EUROPEA (2018). «The 2022 Code of Practice on Disinformation» [en línea]. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>

- COMISIÓN EUROPEA (2018). «Action Plan Against Desinformation» [en línea]. Disponible en: [https://www.eeas.europa.eu/node/54866\\_en](https://www.eeas.europa.eu/node/54866_en)
- COOK, J.; VAN DER LINDEN, S.; LEWANDOWSKY, S.; ECKER, U. K. H. (2020). «How to spot COVID-19 conspiracy theories». *Center for Climate Change Communication, George Mason University* [en línea]. Disponible en: <https://www.climatechangecommunication.org/how-to-spot-covid19-conspiracy-theories/>
- ERJAVEC, K.; KOVACIC, M. P. (2012). «“You Don't Understand, This is a New War!” Analysis of Hate Speech in News Web Sites' Comments». *Mass Communication and Society*, vol. 15, núm. 6, págs. 899-920. DOI: <https://doi.org/10.1080/15205436.2011.619679>
- EUROPOL (2020). «Catching the virus cybercrime, disinformation and the COVID-19 pandemic». *Europol* [en línea]. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/catching-virus-cybercrime-disinformation-and-covid-19-pandemic>
- FARKAS, J.; SCHOU, J.; NEUMAYER, C. (2018). «Cloaked Facebook pages: Exploring fake Islamist propaganda in social media». *New Media y Society*, vol. 20, núm. 5, págs. 1850-1867. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444817707759>
- FONG, A.; ROOZENBEEK, J.; GOLDWERT, D.; RATHJE, S.; VAN DER LINDEN, S. (2021). «The language of conspiracy: A psychological analysis of speech used by conspiracy theorists and their followers on Twitter». *Group Processes & Intergroup Relations*, vol. 24, núm. 4, págs. 606-623. DOI: <https://doi.org/10.1177/1368430220987596>
- GERRARD, Y. (2018). «Beyond the hashtag: Circumventing content moderation on social media». *New Media & Society*, vol. 20, núm. 12, págs. 4492-4511. DOI: <https://doi.org/10.1177/1461444818776611>
- GERSTENFELD, M. (2020). «Anti-Jewish Coronavirus Conspiracy Theories in Historical Context». En: Efraim Karsh (ed.). *The COVID-19 Crisis: Impacts and Implications*. Begin-Sadat Center for Strategic Studies
- GOLDSMITH, J.; WU, T. (2006). *Who Controls the Internet Illusions of a Borderless World*. Oxford: University Press. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780195152661.001.0001>
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2019). *Informe Anual de Seguridad Nacional 2019*. Madrid: Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática [en línea]. Disponible en: <https://bit.ly/3Aur6p6>. [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2020].
- GÓMEZ-QUINTERO, J.; AGUERRI, J.; GIMENO-MONTERDE, C. (2021). «Representaciones mediáticas de los menores que migran solos: Los MENA en la prensa española». *Comunicar*, vol. 66, págs. 95-105. DOI: <https://doi.org/10.3916/C66-2021-08>
- GOODMAN, J.; CARMICHAEL, F. (2020, mayo). «Coronavirus: Bill Gates 'microchip' conspiracy theory and other vaccine claims fact-checked». *BBC News* [en línea]. Disponible en: <https://bbc.in/39ouo1b>
- GRAY, C.; HANSEN, K. (2021). «Did Covid-19 Lead to an Increase in Hate Crimes Toward Chinese People in London?». *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 37, núm. 4, págs. 569-588. DOI: <https://doi.org/10.1177/10439862211027994>
- GRINBERG, N.; JOSEPH, K.; FRIEDLAND, L.; SWIRE-THOMPSON, B.; LAZER, D. (2019). «Fake news on Twitter during the 2016 U.S. presidential election». *Science*, vol. 363, págs. 374-378. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.aau2706>
- GRZESIAK-FELDMAN, M. (2013). «The effect of high-anxiety situations on conspiracy thinking». *Current Psychology*, vol. 32, págs. 100-118. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12144-013-9165-6>
- HELDT, A. (2019). «Let's Meet Halfway: Sharing New Responsibilities in a Digital Age». *Journal of Information Policy*, vol. 9, págs. 336-369. DOI: <https://doi.org/10.5325/jinfopoli.9.2019.0336>

- INTERPOL (2020). «Cybercrime: COVID-19 impact». Lyon: Interpol [en línea]. Disponible en: <https://www.interpol.int/content/download/15526/file/COVID-19%20Cybercrime%20Analysis%20Report-%20August%202020.pdf>
- JACOBS, J. B.; POTTER, K. A. (1997). «Hate crimes: A critical perspective». En: M. Tonry (ed.). *Crime and Justice: a Review of Justice*, vol. 22, págs. 1-50. DOI: <https://doi.org/10.1086/449259>
- JACOMY, M.; VENTURINI, T.; HEYMANN, S.; BASTIAN, M. (2014). «ForceAtlas2, a Continuous Graph Layout Algorithm for Handy Network Visualization Designed for the Gephi Software». *PLoS ONE*, vol. 9, núm. 6. DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0098679>
- KEARNEY, M. W. (2019). «rtweet: Collecting and analyzing Twitter data». *Journal of Open Source Software*, vol. 4, núm. 42. DOI: <https://doi.org/10.21105/joss.01829>
- KLONICK, K. (2018). «The New Governors: The people, rules and processes governing online speech». *Harvard Law Review*, vol. 131, núm. 6, págs. 598-670 [en línea]. Disponible en: <https://bit.ly/39o23lf>
- KOFTA, M; SEDEK, G. (2005). «Conspiracy stereotypes of Jews during systemic transformation in Poland». *International Journal of Sociology*, vol. 35, págs. 40-64. DOI: <https://doi.org/10.1080/00207659.2005.11043142>
- KUHN, M. (2008). «Building Predictive Models in R Using the caret Package». *Journal of Statistical Software*, vol. 28, núm. 5. DOI: <https://doi.org/10.18637/jss.v028.i05>
- LAMBIOTTE, R.; DELVENNE, J.C.; BARAHONA, M. (2015). «Laplacian Dynamics and Multiscale Modular Structure in Networks». *IEEE Transactions on Network Science and Engineering*, vol. 1, núm. 2, págs. 76-90. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.0812.1770>
- LAZER, D. et al. (2018). «The science of fake news». *Science*, vol. 359, núm. 6380, págs. 1094-1096. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.aao2998>
- MANIKONDA, L.; BEIGI, G.; LIU, H.; KAMBHAMPATI, S. (2018). «Twitter for Sparking a Movement, Reddit for Sharing the Moment: #metoo through the Lens of Social Media». *ArXiv:1803.08022*. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.1803.08022>
- MATSUDA, M. J. (1989). «Public response to racist speech: Considering the victim's story». *Michigan Law Review*, vol. 87, núm. 8. DOI: <https://doi.org/10.2307/1289306>
- MEDDAUGH, P. M.; KAY, J. (2009). «Hate Speech or "Reasonable Racism?" The Other in Stormfront». *Journal of Mass Media Ethics*, vol. 24, núm. 4, págs. 251-268. DOI: <https://doi.org/10.1080/08900520903320936>
- MIRO-LLINARES, F. (2016). «Taxonomy of violent communication and the discourse of hate on the internet». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22, págs. 93-118. DOI: <https://doi.org/10.7238/idp.v0i22.2975>
- MIRÓ-LLINARES, F. (2017). *Cometer Delitos en 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*. Madrid: Marcial Pons.
- MIRÓ-LLINARES, F.; AGUERRI, J. C. (2021). «Misinformation about fake news: A systematic critical review of empirical studies on the phenomenon and its status as a "threat"». *European Journal of Criminology*, vol. 0, núm. 0. DOI: <https://doi.org/10.1177/1477370821994059>
- MIRÓ-LLINARES, F.; GÓMEZ-BELLVÍS, AB (2020). «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship». *Spanish Journal of Legislative Studies*, núm. 1, págs. 1-42. DOI: <https://doi.org/10.21134/sjls.v0i1.1837>

- MIRÓ-LLINARES, F.; MONEVA, A.; ESTEVE, M. (2018). «Hate is in the air! But where? Introducing an algorithm to detect hate speech in digital microenvironments». *Crime Sci*, vol. 7, núm. 15. DOI: <https://doi.org/10.1186/s40163-018-0089-1>
- OKSANEN, A.; HAWDON, J.; HOLKERI, E.; NASI, M.; RASANEN, P. (2014). «Exposure to online hate among young social media users». *Soul of Society: a Focus on the Lives of Children & Youth*, vol. 18, págs. 253-273. DOI: <https://doi.org/10.1108/s1537-466120140000018021>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2020). *United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presence* [en línea]. Disponible en: [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20PoA%20on%20Hate%20Speech\\_Guidance%20on%20Addressing%20in%20field.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20PoA%20on%20Hate%20Speech_Guidance%20on%20Addressing%20in%20field.pdf)
- PIELEMEIER, J.S. (2020). «Disentangling disinformation: What makes regulating disinformation so difficult?». *Utah Law Review*, vol. 917 [en línea]. Disponible en: <https://bit.ly/3idegoa>
- R Development Core Team (2018). *R: A Language and Environment for Statistical Computing* [en línea]. Disponible en: <http://softlibre.unizar.es/manuales/aplicaciones/r/fullrefman.pdf>. Vienna: R Foundation for Statistical Computing.
- ROBINSON, P. H.; DARLEY, J. M. (1995). *Justice, Liability, and Blame: Community Views and the Criminal Law*. Boulder
- SHIMIZU, K. (2020). «2019-nCoV, fake news, and racism». *The Lancet*, vol. 395, núm. 10225, pág. 685-686. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30357-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30357-3)
- SILGE, J.; ROBINSON, D. (2019). *Text Mining with R: A tidy Approach*. O'Reilly [en línea]. Disponible en: <https://bit.ly/2ST4UJS>
- VEGA YON, G.; FÁBREGA LACOA, J.; KUNST, J. (2015). *rgexf: Build, import and export GEXF graph files* [en línea]. Disponible en: <https://bit.ly/3CyOQZG>
- VAN LOO, R. (2017). «Rise of the digital regulator». *Duke Law Journal*, vol. 66, núm. 6, págs. 1267-1329. DOI: <https://bit.ly/39niy7t>
- VAN PROOIJEN, J. W.; VAN LANGE, P. A. M. (2014). «The social dimension of belief in conspiracy theories». En: van Prooijen, J.-W., van Lange, P. A. M. (eds.). *Power, politics, and paranoia: Why people are suspicious of their leaders*, págs. 237-253. Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139565417.017>
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020). «Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report - 45» [en línea]. Disponible en: <https://www.who.int/publications/m/item/situation-report---45>
- WICKHAM, H. et al. (2019). «Welcome to the tidyverse». *Journal of Open Source Software*, vol. 4, núm. 43. DOI: <https://doi.org/10.21105/joss.01686>
- TANDOC, E. C.; LINM, Z. W.; LING, R. (2017). «Defining "Fake News": A typology of scholarly definitions». *Digital Journalism*, vol. 6, núm. 2, págs. 137-153. DOI: <https://doi.org/10.1080/21670811.2017.1360143>
- YBARRA, M. L.; MITCHELL, K. J.; KORCHMAROS, J. D. (2011). «National Trends in Exposure to and Experiences of Violence on the Internet Among Children». *Pediatrics*, vol. 128, núm. 6, págs. e1376-e1386. DOI: <https://doi.org/10.1542/peds.2011-0118>
- WALDRON, J. (2012). *The harm in hate speech*. Harvard University Press. DOI: <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674065086>
- ZHANG, X.; GHORBANI, A. A. (2020). «An overview of online fake news: Characterization, detection, and discussion». *Information Processing and Management*, vol. 57, núm. 2, págs. 1-26. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ipm.2019.03.004>

### Cita recomendada

AGUERRI, Jesús C.; MIRÓ-LLINARES, Fernando (2022). «¿Comunicación ofensiva y de odio o desinformación programada?: un análisis de las características y discurso del evento conspiranoico #ExposeBillGates». En: «Hate speech, discrimination and online media». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 37. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa]  
<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i37.397192>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

### Sobre el autor

Jesús C. Aguerri

Investigador posdoctoral. Centro Crímina, Universidad Miguel Hernández de Elche

[j.aguerri@crimina.es](mailto:j.aguerri@crimina.es)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7730-8527>

Investigador posdoctoral (Juan de la Cierva-Formación en el Centro Crímina para el Análisis y la Prevención de la Delincuencia). Es doctor en Sociología por la Universidad de Zaragoza y ha desarrollado su trabajo alrededor de la sociología del ciberespacio y la gestión de la libertad de expresión.

Fernando Miró-Llinares

Catedrático de Derecho Penal. Centro Crímina, Universidad Miguel Hernández de Elche

[f.miro@crimina.es](mailto:f.miro@crimina.es)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6379-5857>

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Miguel Hernández de Elche y director del Centro Crímina para el Análisis y la Prevención de la Delincuencia. Ha sido investigador principal de múltiples proyectos nacionales e internacionales, y es autor de numerosas publicaciones de impacto sobre la gestión del discurso en redes sociales, la radicalización y el ciberespacio.



# Respuesta social ante la aporofobia: retos en la intervención social

Eva María Picado Valverde  
Universidad de Salamanca

Amaia Yurrebaso Macho  
Universidad de Salamanca

Raquel Guzmán Ordaz  
Universidad de Salamanca

Fecha de presentación: mayo 2022

Fecha de aceptación: octubre 2022

Fecha de publicación: marzo 2023

## Resumen

La aporofobia o aversión al pobre es un fenómeno discriminatorio que causa un gran daño social, de manera directa, a sus víctimas, dadas las consecuencias de la victimización sufrida, y a toda la comunidad en forma de deshumanización social que asume y normaliza dichas conductas.

Este trabajo analiza la percepción social en relación con el conocimiento de la aporofobia y el impacto emocional que provocan los sucesos aporofóbicos en comparación con otros sucesos victimizantes.

Se ha diseñado un cuestionario *ad hoc* en el que se diferencia, en una primera fase, la evaluación de conocimiento de la aporofobia, mientras que en una segunda se analiza el impacto emocional que provocan diferentes noticias, distinguiendo entre 1) situaciones con victimización aporofóbica real; 2) situaciones neutras donde a pesar de no haber victimización por aporofobia se publicitan apelando a denominaciones asociadas con estas conductas y grupo de personas, como puede ser «sin techo», indigente y/o vagabundo; y, por último, 3) situaciones que ni aluden ni se asocian con la aporofobia.

En la investigación han participado voluntariamente 1.735 personas mayores de 18 años de las cuales el 56 % son mujeres. La edad de los participantes se distribuye en tres franjas: un 34,5 % entre 18 y 30 años; un 34,8 % entre 31 y 65 años, y un 30,7 % de personas mayores de 65 años.

Los resultados demuestran un desconocimiento generalizado del concepto aporofobia y un mayor impacto emocional en los sucesos aporofóbicos a diferencia de otros sucesos, siendo significativamente mayor en el caso de las mujeres.



Esta investigación evidencia la necesidad de diseñar acciones dirigidas a 1) informar de forma exhaustiva y real sobre el fenómeno; 2) concienciar sobre sus implicaciones y consecuencias, y 3) capacitar en la adquisición y desarrollo de competencias como la empatía, con el fin de crear una cultura de rechazo social hacia la aporofobia.

### Palabras clave

aporofobia; exclusión social; discriminación, victimizaciones

## *Social response to aporophobia: challenges in social intervention*

### Abstract

*Aporophobia, or aversion to the poor, is a discriminatory phenomenon that causes great social harm directly to its victims, given the consequences of the victimization suffered, and to the entire community in the form of social dehumanization that assumes and normalizes such behaviour.*

*This work analyses social perceptions in relation to the knowledge of aporophobia and the emotional impact caused by aporophobic events in comparison with other victimizing events.*

*An ad hoc questionnaire has been designed to differentiate, in the first phase, the assessment of knowledge of aporophobia, and in the second phase, the emotional impact of various news items. The second phase aimed to analyse the emotional impact of said news items, distinguishing between 1) situations with actual aporophobic victimization; 2) neutral situations which, albeit without victimization by aporophobia, are publicized using names associated with these behaviours and groups of people, such as "homeless", indigent and/or vagrant; and finally, 3) situations that neither allude to nor are associated with aporophobia.*

*A total of 1,735 people over the age of 18 voluntarily participated in the survey, 56% of whom were women. Participants' ages were divided into three groups: 34.5% between 18 and 30 years old, 34.8% between 31 and 65 years old, and 30.7% over 65 years old.*

*The results show a general lack of awareness of the concept of aporophobia and a greater emotional impact of aporophobic events than other kinds. These findings were significantly higher in the case of women.*

*This research demonstrates the need to design action aimed at 1) providing exhaustive and real information about the phenomenon; 2) raising awareness about its implications and consequences, and 3) training in the acquisition and development of skills such as empathy in order to generate a culture of social rejection of aporophobia.*

### Keywords

aporophobia; social exclusion; discrimination; victimization

## Introducción

Desde que Cortina (1996) utilizara por primera vez la palabra *aporofobia*<sup>1</sup> para referirse a la actitud de rechazo, miedo u odio hacia los pobres, su uso se ha ido extendiendo y generalizando en el ámbito académico, profesional e investigador, sobre todo a partir de 2016, fruto de una intensa actividad mediática y académica de la propia Adela Cortina y otros compañeros, como el profesor de educación Marcelo Andrade, o el de filosofía moral Emilio Martínez-Navarro, lo que motivará su definitiva y plena aceptación en 2017, cuando la Fundación BBVA la reconoce como término del año, y la Real Academia de la Lengua la incorpora a su diccionario (RAE 2017). Todo ello coincidiendo con la publicación del libro *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, en la editorial Paidós (Cortina, 2017).

Aunque en la actualidad la aporofobia empieza a tener mayor visibilidad, no parecen interesarnos, como sociedad, las circunstancias y victimizaciones que rodean a las personas que la padecen (Aguilar y Buraschi, 2012; Cortina, 1997, 2017; Expósito, 2016; Hatento, 2015, 2017; Jorquera, 2017; Martínez-Navarro, 2002; Picado *et al.*, 2019, 2020; Sobremonte de Mendicuti *et al.*, 2019).

Construimos esquemas mentales que justifican nuestro desinterés y elaboramos falsos mitos sobre las personas pobres, tales como la atribución de delitos, culparlas de su propia situación de pobreza y exclusión, relacionarlas con consumos de drogas y alcohol, etc. La aporofobia es una actitud creada a partir de creencias sesgadas sobre comportamientos que causan rechazo, y que se transmiten por toda la sociedad. Las redes sociales y los medios de comunicación facilitan esta labor.

El informe sobre víctimas de delitos de odio por aporofobia realizado por el observatorio de delitos de odio contra personas sin hogar -Hatento (2017)- considera que en España existen 30.000 personas sin hogar, de las cuales 15.000 han tenido alguna experiencia relacionada con la aporofobia.

La percepción social del pobre difiere de la de la pobreza. Relacionamos a la persona con características negativas

con atribución de responsabilidad, es decir, alguien vago o vaga, dependiente del sistema de ayudas, parásito o incluso delincuente, que está en esta situación porque algo ha hecho mal, y que es culpable y responsable de lo que le pasa («ha fallado, es una persona fracasada»). Esta explicación del empobrecimiento como factor personal no permite identificarla como una situación concreta que cualquier persona puede atravesar en un momento dado, e impide, en definitiva, visualizar a la persona pobre como víctima de la situación de pobreza, por lo que se omiten las causas estructurales que la generan y posibilita eludir toda responsabilidad al sistema político y social, lo que fomenta y reproduce las situaciones de discriminación. La estigmatización al pobre desde estos sesgos y estereotipos es una distorsión cognitiva que desde una percepción sesgada provoca un rechazo a la persona (prejuicio), con lo que se dificulta la propia situación de pobreza. En palabras de Martínez-Navarro (2002), este planteamiento hace que la pobreza deje de ser una situación para convertirse en una acción negativa, algo que la persona pobre ha hecho mal. Atribuyéndole la responsabilidad o «culpa» de su acción, explica el empobrecimiento como factor personal, como característica personal, negando causas externas (estructurales, políticas, sociales). Un planteamiento que permite eludir la responsabilidad política del sistema, fomentando y reproduciendo la discriminación.

En palabras de Martínez-Navarro (2002), asistimos al «círculo vicioso de la aporofobia»: pues si ya la estigmatización a las personas pobres incrementa sus dificultades, cuando estas además cometen algún acto delictivo o violento, retroalimentamos esa visión sesgada y reforzamos su mala imagen.

Según Sobremonte de Mendicuti *et al.* (2019), a pesar de ser anecdóticos, numéricamente hablando, los delitos cometidos por el colectivo, el abordaje alarmista habitual por parte de los medios contribuye a generar una sensación de amenaza social que refuerza este prejuicio y favorece conductas discriminatorias. El uso de metáforas y un lenguaje alarmista (oleadas, mendicidad, alteración del orden público, amenaza) propaga estas ideas y estructura los estereotipos, las actitudes y las representaciones sociales distorsionadas.

1. El término, de origen griego, está compuesto etimológicamente por los vocablos *aporos*: pobre, carente de recursos, y *phobos*, temor intenso e irracional.

El presente estudio pretende analizar la percepción social que se tiene sobre la aporofobia evaluando, en un primer momento, el conocimiento de la sociedad sobre dicha realidad, así como la relación entre este tipo de discriminación y las ideas y creencias sesgadas sobre el colectivo de personas pobres. Después se analizará el impacto emocional que suscitan las victimizaciones aporofóbicas en contraposición a otro tipo de victimizaciones.

## 1. Metodología

### 1.1. Método y diseño de la investigación

Para llevar a cabo la investigación se ha utilizado una metodología mixta:

- a) cuantitativa para el análisis de variables sociodemográficas, el conocimiento de la aporofobia y los mitos más habituales interiorizados sobre este tipo de victimización; y
- b) cualitativa para el análisis de las preguntas abiertas y su categorización.

#### Procedimiento

Para la selección de los mitos de la aporofobia se realiza una búsqueda de aquellos que son más habituales, tal y como indican la bibliografía y los informes mostrados por las entidades del tercer sector que atienden a estas personas (Fundación Mambre, 2006; Fundación RAIS, 2007; Cortina, 2017; Picado *et al.*, 2019).

Para la selección de las noticias se realiza una búsqueda *online* en Google utilizando las noticias de los medios de comunicación publicados entre los años 2015 y 2021 con las siguientes palabras clave: aporofobia, indigente, vagabundo. Tras la revisión del contenido de cada artículo, el equipo investigador los categoriza en los tres grupos expuestos a continuación, con los resultados obtenidos:

- Victimizaciones sufridas por las personas sin hogar por comportamiento aporofóbico (3 noticias).
- Sucesos en los que se identifica a las personas sin hogar como «indigentes», que es un concepto aporofóbico porque denigra a la persona (5 noticias).

- Sucesos NO aporofóbicos y en los que además no se identifica ni a la víctima ni al agresor con un concepto aporofóbico (6 noticias).

Este proyecto de investigación se realiza en el marco del proyecto de innovación docente ID 2020/046, en el que, tras los permisos correspondientes, se pide a los estudiantes de diferentes grados de la Universidad su participación voluntaria, anónima y consentida en el proyecto de investigación, y tras la aceptación en este se les explica el objetivo y el procedimiento.

La metodología utilizada para la recogida de datos es la bola de nieve, con la diferencia de que la entrevista siempre la realiza la misma persona, pero cada una en su entorno. El muestreo no probabilístico permite que los participantes iniciales recluten al resto de los y las participantes teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- Personas mayores de 18 años de ambos sexos.
- Participación voluntaria en la investigación.
- Sin limitaciones en la capacidad comprensiva de las preguntas.

Los informantes han sido 92 estudiantes de los dos últimos cursos de las disciplinas pertenecientes a ciencias sociales y jurídicas, además del equipo de investigación formado por 11 profesoras de la Universidad de Salamanca. Las personas que han participado lo han hecho de manera voluntaria y previamente han recibido una formación específica sobre la aporofobia y los contenidos relacionados con el estudio. Tras el entrenamiento, han realizado una media de 15 entrevistas por entrevistador o entrevistadora. Los entrevistadores no han sido participantes de la entrevista y, para evitar el sesgo de respuesta, los encuestadores no han desvelado ningún dato relacionado con la aporofobia hasta la finalización de la entrevista.

### 1.2. Participantes

Se ha recogido una muestra de 1.735 participantes. Todos ellos eran mayores de edad y han aceptado participar voluntariamente en la investigación.

El 56 % son mujeres, frente a un 44 % de hombres, con edades comprendidas entre 19y 30 años (34 %), 31 y 65

años (35 %) y mayores de 65 años (31 %). El nivel de estudios de los participantes era: sin estudios (7 %), primarios (16 %), secundarios (36 %) y universitarios (41 %).

### 1.3. Instrumento

El instrumento es diseñado *ad hoc* por el equipo investigador sobre la base de una exhaustiva revisión bibliográfica. Está estructurado en las siguientes partes:

1.3.1. Primera parte: Consistía en diferentes preguntas relacionadas con la aporofobia, tanto de respuesta dicotómica sí/no, como preguntas abiertas.

a) **Preguntas cerradas:** se analiza el conocimiento del concepto de aporofobia y la interiorización de mitos y creencias erróneas sobre las personas en situación de sinhogarismo. Por ejemplo: ¿Alguna vez has oído la palabra *aporofobia*?

b) **Preguntas abiertas:** se permite a los participantes narrar su percepción sobre las personas que viven en la calle. *A posteriori* el equipo de investigación ha agrupado las respuestas dadas. Por ejemplo: ¿Qué es la aporofobia?

1.3.2. Segunda parte: Tras la revisión y selección de noticias se ha diseñado el instrumento en función de los tres grupos de noticias explicados anteriormente.

La diferencia del número de noticias en los tres grupos se debe a las noticias localizadas en diferentes medios *online*. El número de noticias localizadas por aporofobia es mucho menor que el resto.

Se pedía que cada entrevistado evaluara el impacto emocional que le provocaba la noticia en una escala Likert de 1 a 5, siendo 1 el menor impacto y 5 el que hubiera provocado mayor impresión emocional.

### 1.4. Análisis estadístico

Las técnicas y test estadísticos empleados han sido:

a) La descriptiva de variables cualitativas con tablas de frecuencias y porcentajes. Para el cruce de dos de estas variables se han empleado tablas de contingencia.

b) Las variables cuantitativas, Likert, han sido descritas mediante las herramientas habituales de centralidad (media) y variabilidad (desviación estándar), junto con la distribución de porcentaje de respuesta. También se han empleado el test de bondad de ajuste de Kolmogorov-Smirnov, junto con los índices de asimetría y curtosis, para estudiar su normalidad estadística.

c) Se empleó el test no paramétrico de Mann-Whitney U (M. W.) para analizar diferencias en las variables en función del sexo, y el Kruskal-Wallis H (K. W.) para las variables con más de dos categorías: edad y estudios.

d) Se utilizó el test chi-cuadrado de independencia (también conocido como chi-cuadrado de Pearson) para el cruce entre dos o más variables categóricas, que es un test para determinar la presencia/ausencia de relación entre este tipo de variables. La existencia de esta se puede inferir de diferencias significativas en la variable de respuesta entre las categorías del factor utilizando los valores de los residuos estandarizados corregidos (valores similares a las Z de la normal, donde el indicativo de significación es que los residuos sean  $\neq 2$ ).

e) Se utiliza la técnica de segmentación con CHAID para obtener tipologías de los perfiles. Con este análisis multivariante se permite identificar sujetos diferentes por su comportamiento en la variable de respuesta, es decir, el grado de impacto emocional de cada grupo de ítems, de manera que la muestra quede dividida o segmentada en grupos o submuestras internamente muy homogéneas (intragrupo) en cuanto a los factores, pero que mantengan diferencias significativas entre ellos (intergrupo).

f) El análisis estadístico se ha efectuado mediante la aplicación informática IBM-SPSS Statistics versión 25. En todas estas pruebas estadísticas inferenciales, se considera significación cuando  $p < ,05$ , alta significación cuando  $p < ,01$  y muy alta significación cuando  $p < ,001$ .

## 2. Resultados

### 2.1. Conocimiento y creencias sobre la aporofobia

En la tabla 1 se observa que:

- a) Cerca de la mitad de los participantes creen que la palabra indigente es aporofóbica. mayoría cree que son agredidas o insultadas por otros que no viven en la calle.
- b) Menos de un tercio de la muestra había oído antes la palabra *aporofobia*.
- c) Prácticamente, dos terceras partes creen que las personas que viven en la calle son agredidas o insultadas por otras que también viven en la calle. Y una gran
- d) Poco más de la mitad afirma creer que los que viven en la calle lo hacen porque tienen problemas de adicciones a distintas sustancias. Y apenas la cuarta parte tiene la creencia de que estas personas están en la calle porque tienen problemas de salud mental.

Tabla 1. Conocimiento y creencias sobre la aporofobia, en función del sexo del encuestado (N = 1722)

Codificación de la variable	Muestra total	Sexo		Test chi-cuadrado de Pearson		Tamaño del efecto
		Mujer	Hombre	Valor	P-valor	
C1 - palabra despectiva	42,9 %	45,2 %	40,0 %	4,70*	,030	,052
C2 - aporofobia	30,9 %	32,6 %	28,8 %	2,99 <sup>NS</sup>	,084	,042
C6 - agresiones / insultos por iguales	67,8 %	68,7 %	66,8 %	0,74 <sup>NS</sup>	,390	,021
C7 - agresiones / insultos por otras personas	85,4 %	88,2 %	81,8 %	13,83**	,000	,090
C8 - problemas de alcoholismo o drogas	53,1 %	52,3 %	54,2 %	0,64 <sup>NS</sup>	,423	,019
C9 - problemas de enfermedad mental	24,3 %	24,2 %	24,4 %	0,01 <sup>NS</sup>	,910	,001

<sup>NS</sup>NO significativo    \*Significativo    \*\*Altamente significativo

Fuente: elaboración propia

Se cruzaron estas variables en función de posibles factores diferenciales, en concreto: sexo, edad y estudios, mediante el test chi-cuadrado. Los resultados obtenidos son los siguientes:

- a) Por razón de sexo, como muestra la tabla 2, se han encontrado diferencias significativas en:

- La opinión de que la palabra indigente es despectiva ( $p < ,05$ ), que es algo mayor entre las mujeres (45,2 % frente al 40 %).
- La creencia de que los que viven en la calle son agredidos/insultados por otras personas que no viven en esa situación también es mayor entre las mujeres (88,2 % frente al 81,8 %;  $p < ,001$ ).

Tabla 2. Conocimiento y creencias sobre la aporofobia, en función de la edad del encuestado (N = 1725)

Codificación de la variable	Muestra total	Edad (años)			Test chi-cuadrado de Pearson		Tamaño del efecto
		18-30	31-65	> 65	Valor	P-valor	
C1 - palabra despectiva	42,9 %	53,1 %	35,3 %	40,2 %	41,17**	,000	,154
C2 - aporofobia	31,0 %	39,8 %	31,4 %	20,6 %	48,73**	,000	,168
C6 - agresiones / insultos por iguales	67,9 %	59,7 %	69,7 %	75,1 %	32,02**	,000	,136
C7 - agresiones / insultos por otras personas	85,4 %	88,9 %	84,5 %	82,5 %	9,95**	,007	,076
C8 - problemas de alcoholismo o drogas	53,2 %	48,9 %	48,7 %	63,0 %	29,88**	,000	,132

Codificación de la variable	Muestra total	Edad (años)			Test chi-cuadrado de Pearson		Tamaño del efecto
		18-30	31-65	> 65	Valor	P-valor	
C9 - problemas de enfermedad mental	24,3 %	16,8 %	23,2 %	34,0 %	45,49**	,000	,162
**Altamente significativo							

Fuente: elaboración propia

- b) Por razón de edad, como se observa en la tabla 3, se encuentran diferencias altamente significativas ( $p < ,001$ ) en todas las variables, excepto una que solo lo es con  $p < ,01$ .
- La creencia de que la palabra indigente es despectiva es mayor entre los más jóvenes (53,1 %) que en el resto, en especial con los del grupo central.
  - El conocimiento del término aporofobia es menor cuanto mayor sea la edad del encuestado, especialmente a partir de los 65 años (solo un 20,6 %).
  - La creencia de que son agredidos por otras personas de similar condición aumenta con la edad del encuestado (desde el 59,7 % hasta el 75,1 %). Mientras que en la pregunta relativa a que sean agredidos/insultados por otras personas que no viven en la calle la respuesta es similar en los tres grupos de edad, aunque se reduce ligeramente con la edad del encuestado (desde el 88,9 % hasta el 82,5 %).
  - Que las personas que viven en la calle tienen problemas de adicciones es una creencia más arraigada entre los de más edad (63 %). Algo que también ocurre en la creencia sobre sus problemas de salud mental (34 %).

Tabla 3. Conocimiento y creencias sobre la aporofobia, en función del nivel de estudios del encuestado ( $N = 1725$ )

Codificación de la variable	Muestra total	Nivel de estudios				Test chi-cuadrado de Pearson		Tamaño del efecto
		Sin Est.	Prim.	Secund.	Univer.	Valor	P-valor	
C1 - palabra despectiva	42,9 %	29,4 %	43,4 %	41,4 %	46,3 %	12,91**	,005	,086
C2 - aporofobia	31,0 %	6,7 %	18,1 %	25,2 %	45,1 %	130,03**	,000	,274
C6 - agresiones / insultos por iguales	67,9 %	66,4 %	76,2 %	70,0 %	63,1 %	17,84**	,000	,102
C7 - agresiones / insultos por otras personas	85,4 %	75,6 %	86,8 %	84,0 %	87,6 %	13,30**	,004	,088
C8 - problemas de alcoholismo o drogas	53,2 %	75,6 %	64,8 %	50,0 %	47,5 %	50,82**	,000	,172
C9 - problemas de enfermedad mental	24,3 %	45,4 %	31,3 %	22,8 %	19,3 %	46,81**	,000	,165
**Altamente significativo								

Fuente: elaboración propia

- c) Por razón de estudios, como se observa en la tabla 3.4, se han encontrado significaciones en todas las variables de todas las preguntas ( $p < ,001$ ), siendo algunas de ellas muy altas:
- El conocimiento del término aporofobia es muy bajo entre los encuestados sin estudio (6,7 %) y se va incrementando con el nivel de estudios (un 45,1 % entre universitarios).
  - La creencia de que la palabra indigente es aporofóbica es menor entre los participantes sin estudios (29,4 %), en comparación con el resto.
  - La creencia de que son agredidos/insultados por otras personas en similar situación es algo más alta entre participantes con estudios primarios (76,2 %) y secundarios (70 %) que entre los demás. En cuanto a la

creencia de que son agredidos por otras personas de distinta situación, esta es algo menos frecuente entre los encuestados sin estudios (75,6 %).

- La creencia de que los que viven en la calle tienen problemas de adicciones va disminuyendo a medida que aumenta el nivel de estudios, desde el 75,6 % hasta el 47,5 %. Y esto mismo ocurre con la creencia de que tienen problemas de salud mental, desde el 45,4 % hasta el 19,3 %.

En cuanto a las preguntas abiertas, cabe destacar que, pese a los resultados obtenidos con relación a las personas que sí conocían la palabra *aporofobia*, estas no tienen una definición mayor del concepto que la de: «fobia y rechazo a los pobres», y se destaca que, en algunos casos, no se contesta por no conocer bien la definición, mientras que en otros el término se confunde con otras palabras, como por ejemplo «agorafobia».

## 2.2. Razonamiento de los participantes sobre la situación de sinhogarismo

Las razones principales que manifiestan los participantes de los motivos de vivir en la calle están relacionadas con la falta de recursos económicos, las decisiones tomadas a lo largo de sus vidas o la falta de apoyos, pero en todos los casos atribuidas a cuestiones individuales de las personas.

Con relación a los pensamientos que les suscita observar una persona en la calle, las narraciones obtenidas se pueden categorizar en:

- Sentimientos negativos como: pena, tristeza e incluso compasión.
- Justificación o evitación de los sentimientos negativos, como: «cómo habrán acabado ahí, no juzgo».

En cuanto a las razones que dirimen sobre las dificultades para denunciar las situaciones de victimización sufridas por estas personas se clasifican en:

- Falta de información.
- Desconfianza en el sistema.
- Interiorización del estigma: «piensan que no les van a creer» o «están acostumbrados».

- Estigma social: «no les van a creer o a hacer caso».
- Se refieren a cuestiones personales: «presencia de trastornos mentales»; «son personas desestructuradas».

## 2.3. Impacto emocional de las noticias periodísticas relacionadas con la aporofobia

La parte principal del cuestionario está formada por 14 titulares de noticias, que se han clasificado en tres grupos de la siguiente manera:

- **Victimizaciones sufridas por las personas sin hogar por comportamiento aporofóbico.** Lo denominaremos *suceso aporofobia* (S. A.): 3 ítems (n.º 9, 12 y 14).
- **Sucesos en los que se identifica a las personas sin hogar como «indigentes»,** que es un concepto aporofóbico porque denigra a la persona. Se denominará *identificación aporofóbica* (I. A.) y corresponde a los 5 ítems siguientes: n.º 1, 3, 5, 6 y 8.
- **Sucesos NO aporofóbicos y en los que no se identifica ni a la víctima ni al agresor con un concepto aporofóbico.** Lo denominaremos *sucesos ordinarios* (S. O.) y corresponde a los siguientes 6 ítems (n.º 2, 4, 7, 10, 11 y 13).

Estos ítems han sido evaluados por los participantes en cuanto a su impacto emocional en una escala Likert, desde 1: menor impacto, hasta 5: mayor impacto.

En la tabla 4 se presenta una descriptiva básica de las respuestas de los participantes a estos ítems. Se observa que la variabilidad de las respuestas es similar en todos ellos, estando las desviaciones estándar entre  $\pm 1,05$  y  $\pm 1,32$  puntos, es decir, en torno a un 25 % de variación sobre el total de la escala posible de 5 puntos. Los valores medios se distribuyen entre un mínimo de 1,98 puntos para el ítem S. O.- N2 («La guardia Civil intercepta a dos presuntos ladrones»), que es por tanto el de menor impacto emocional, y el máximo de los 4,53 puntos del S. A.- N12 («Una menor quema a un indigente en un cajero porque "le molestaba"») y los 4,51 puntos del S. A.- N14 («Detenido un menor en Alicante por agredir y quemar a un mendigo que dormía en un cajero»), que son los que más impacto han causado.

Tabla 4. Descriptiva de las respuestas a la valoración del impacto emocional de los ítems (noticias) (N = 1735)

N.º ítem	N válido	% de respuesta de cada opción					Media	Desviación estándar
		1	2	3	4	5		
I. A. - N1	1730	8,2	13,0	26,1	25,6	27,2	3,51	1,24
I. A. - N3	1727	21,2	26,2	27,8	16,6	8,2	2,64	1,22
I. A. - N5	1729	6,3	11,9	20,4	27,6	33,7	3,71	1,22
I. A. - N6	1728	9,8	5,2	6,6	17,2	61,1	4,15	1,32
I. A. - N8	1727	5,8	2,7	5,2	15,2	71,1	4,43	1,10
S. A. - N9	1726	6,5	6,1	11,9	21,8	53,7	4,10	1,22
S. A. - N12	1726	5,7	2,3	2,6	12,2	77,2	4,53	1,06
S. A. - N14	1724	5,3	2,1	3,9	14,0	74,7	4,51	1,05
S. O. - N2	1729	48,6	22,9	15,7	7,1	5,7	1,98	1,20
S. O. - N4	1729	14,6	20,0	30,5	20,3	14,6	3,00	1,25
S. O. - N7	1728	12,2	16,7	29,5	23,7	18,0	3,19	1,26
S. O. - N10	1726	13,7	21,0	30,0	23,1	12,2	2,99	1,22
S. O. - N11	1726	29,4	27,8	26,1	10,8	5,9	2,36	1,18
S. O. - N13	1726	4,6	4,3	8,4	21,5	61,1	4,30	1,09

Fuente: elaboración propia

En el estudio del ajuste a la normalidad estadística de estas distribuciones de respuesta, se ha podido comprobar que todos ellos presentan diferencias altamente significativas ( $p < ,001$ ) en el test de bondad de ajuste de Kolmogorov-Smirnov. Más allá del efecto del  $N$  elevado en esta significación, los índices de asimetría y curtosis confirman que estos desvíos son muy elevados en al menos 9 de estos 14 ítems. Por tanto, debemos concluir que, en general, las variables en estudio no se distribuyen normalmente. Motivo que recomienda el uso de test no paramétricos para los análisis inferenciales que a continuación se abordan.

A continuación, se procedió a contrastar todos los ítems en función de varios factores explicativos (sexo, edad y estudios), con el objetivo de determinar si existen diferencias significativas entre esos grupos de población, en cuanto al impacto emocional que producen. Se han incluido también las variables de promedio total de cada uno de los grupos.

Los resultados mostrados en la tabla 5 nos indican claramente que, aunque las diferencias sean pequeñas en

muchos casos, son altamente significativas ( $p < ,001$ ) en la mayoría de las variables. Apenas hay un ítem donde la diferencia solo es significativa con  $p < ,05$ , y otro en el que no hay significación siquiera,  $p > ,05$ , ambos del grupo de noticias de sucesos ordinarios.

Al revisar los valores medios, se comprueba que en todas estas diferencias, que son altamente significativas, el impacto es siempre mayor entre las mujeres.

Tabla 5. Impacto emocional en función del sexo del encuestado (N = 1721 -mínimo-)

Variables	Media total	Sexo		Test M. W.	
		Mujer	Hombre	Valor	p-valor
I. A. - N1	3,51	3,67	3,31	5,94**	,000
I. A. - N3	2,64	2,74	2,52	3,63**	,000
I. A. - N5	3,70	3,82	3,56	4,71**	,000
I. A. - N6	4,15	4,28	3,98	5,80**	,000
I. A. - N8	4,43	4,57	4,26	6,15**	,000



Variables	Media total	Sexo		Test M. W.	
		Mujer	Hombre	Valor	p-valor
Identif. aporofóbica	3,69	3,81	3,53	8,19**	,000
S. A. - N9	4,10	4,26	3,90	6,43**	,000
S. A. - N12	4,53	4,65	4,38	6,17**	,000
S. A. - N14	4,51	4,59	4,40	4,41**	,000
Suc. aporofobia	4,38	4,50	4,23	6,45**	,000
S. O. - N2	1,98	1,93	2,05	2,00**	,045
S. O. - N4	3,00	3,05	2,93	1,92 <sup>NS</sup>	,054
S. O. - N7	3,18	3,32	3,00	5,27**	,000
S. O. - N10	2,99	3,09	2,87	3,74**	,000
S. O. - N11	2,36	2,43	2,26	3,50**	,000
S. O. - N13	4,30	4,41	4,16	5,36**	,000
Suc. ordinario	2,97	3,04	2,88	4,92**	,000

<sup>NS</sup>NO significativo    \*Significativo    \*\*Altamente significativo

Fuente: elaboración propia

Como muestra la tabla 6, se han encontrado bastantes diferencias significativas, aunque en menor cantidad que anteriormente con el sexo. Revisando por grupos:

- a) En el caso de los ítems de I. A., las diferencias son altamente significativas ( $p < ,001$ ) en la mayor parte de los ítems, con excepción de los dos con medias más altas (más impacto), donde la significación es menor (solo  $p < ,05$ ). Los valores medios no reflejan una regla general. Así, en tres de los cinco ítems, más en la variable de promedio total, se observa que el impacto es más alto en las personas de mayor edad (> 65 años). En los otros dos ítems, el impacto es mayor en el grupo intermedio de 31 a 65 años. Pero esto no implica que sean los participantes de menor edad aquellos en quienes el nivel de impacto es menor, ya que en varios ítems este menor impacto aparece en el grupo intermedio de 31 a 65 años. En todo caso, téngase en cuenta que las diferencias no son de magnitud elevada.
- b) En el grupo S. A. no existe diferencia ( $p > ,05$ ) en función de la edad en dos de sus tres ítems. En consecuencia, solo hemos encontrado significación ( $p < ,01$ ) en el ítem restante, que es el N14, donde se observa que el impacto

es algo menor entre los más jóvenes y algo mayor entre los del grupo de 31 a 65 años, para volver a bajar en los de más edad. Como consecuencia, en la variable del promedio total del bloque, hay significación ( $p < ,05$ ) en el mismo sentido antes comentado: más impacto en los de media edad de 31 a 65 años, y menor grado de impacto entre los más jóvenes y entre los de mayor edad.

- c) En el tercer grupo con S. O., no hay significación en dos ítems ni tampoco en la media global ( $p > ,05$ ). Sí que se observa alta significación (al menos  $p < ,01$ ) en tres ítems. En dos de ellos (N2 y N4), se observa que el impacto es más alto en los participantes con >65 años. Mientras que en el tercero (N10) el impacto es más alto entre los más jóvenes.

Tabla 6. Impacto emocional en función de la edad del encuestado (N = 1724 -mínimo-)

Variables	Media total	Sexo			Test K. W.	
		18-30	31-65	> 65	Valor	p-valor
I. A. - N1	3,51	3,44	3,42	3,68	16,63**	,000
I. A. - N3	2,64	2,62	2,49	2,85	19,67**	,000
I. A. - N5	3,71	3,76	3,53	3,85	23,63**	,000
I. A. - N6	4,15	4,12	4,28	4,03	9,07**	,011
I. A. - N8	4,43	4,37	4,45	4,47	6,60**	,037
Identif. aporofóbica	3,69	3,66	3,63	3,78	15,82**	,000
S. A. - N9	4,10	4,09	4,20	4,01	4,48 <sup>NS</sup>	,107
S. A. - N12	4,53	4,48	4,57	4,54	3,74 <sup>NS</sup>	,154
S. A. - N14	4,51	4,44	4,51	4,58	9,32**	,009
Suc. aporofobia	4,38	4,33	4,43	4,37	6,86*	,032
S. O. - N2	1,98	1,87	1,92	2,19	21,77**	,000
S. O. - N4	3,00	2,84	3,04	3,14	15,03**	,001
S. O. - N7	3,19	3,09	3,25	3,22	5,75 <sup>NS</sup>	,056
S. O. - N10	2,99	3,10	2,99	2,87	10,81**	,005
S. O. - N11	2,36	2,42	2,26	2,41	6,43*	,040
S. O. - N13	4,30	4,29	4,31	4,30	0,58 <sup>NS</sup>	,748
Suc. ordinario	2,97	2,93	2,96	3,02	3,94 <sup>NS</sup>	,139

<sup>NS</sup>NO significativo    \*Significativo    \*\*Altamente significativo

Fuente: elaboración propia

También se ha procedido a contrastar en función del nivel de estudios de los participantes (tabla 7).

- a) En el caso de los ítems I. A., no hay diferencias significativas ( $p > ,05$ ) en dos de los ítems; y sí que las hay, con alta significación ( $p < ,001$ , o al menos  $p < ,01$ ) en los otros tres ítems y en la variable de promedio total. Verificando el valor de las medias, no es fácil encontrar una regla general en el comportamiento de estos valores. Los valores parecen indicar (ítems: N1, N3, N5 y puntuación media total) que el impacto es más alto entre participantes con menor nivel de estudios: sin ellos o solo primarios; siendo menor en aquellos con estudios de nivel de secundaria.
- b) En el grupo de S. A., no existen diferencias significativas ( $p > ,05$ ) en función del nivel de estudios, ni en los ítems ni en la puntuación global. Es decir, que en todos ellos el grado de impacto es muy elevado.
- c) Y, por último, en los ítems de S. O., no se ha encontrado significación estadística ( $p > ,05$ ) en tres de los seis ítems, ni tampoco en la puntuación media total. Sí que hay significación, y alta ( $p < ,001$ ), en los otros tres ítems. En dos de ellos (N2 y N4), de nuevo el grado de impacto emocional es superior entre los participantes de menos estudios (primarios o sin estudios). En el otro (N10), por el contrario, el impacto es menor en estos sujetos y es más elevado entre los de más estudios, principalmente en los universitarios.

Tabla 7. Impacto emocional en función del nivel de estudios del encuestado ( $N = 1724$  -mínimo-)

Variables	Media total	Estudios				Test K. W.	
		Sin Est.	Prim.	Secund.	Univer.	Valor	p-valor
I. A. - N1	3,51	3,62	3,69	3,30	3,60	27,45**	,000
I. A. - N3	2,64	2,83	2,89	2,45	2,68	29,92**	,000
I. A. - N5	3,71	3,91	3,83	3,61	3,71	14,74**	,002
I. A. - N6	4,15	4,29	3,96	4,11	4,22	7,32 <sup>NS</sup>	,062
I. A. - N8	4,43	4,55	4,39	4,39	4,46	1,24 <sup>NS</sup>	,745
Identif. aporofóbica	3,69	3,84	3,75	3,57	3,73	30,02**	,000
S. A. - N9	4,10	4,03	4,12	4,03	4,17	4,54 <sup>NS</sup>	,209
S. A. - N12	4,53	4,55	4,47	4,48	4,59	5,33 <sup>NS</sup>	,149
S. A. - N14	4,51	4,61	4,49	4,47	4,52	1,05 <sup>NS</sup>	,789
Suc. aporofobia	4,38	4,39	4,36	4,33	4,43	4,00 <sup>NS</sup>	,262
S. O. - N2	1,98	2,13	2,22	1,99	1,86	19,74**	,000
S. O. - N4	3,00	3,10	3,35	2,96	2,88	28,17**	,000
S. O. - N7	3,19	3,13	3,28	3,19	3,15	2,62 <sup>NS</sup>	,453
S. O. - N10	2,99	2,86	2,86	2,89	3,15	20,63**	,000
S. O. - N11	2,36	2,39	2,48	2,27	2,38	6,86 <sup>NS</sup>	,076
S. O. - N13	4,30	4,29	4,31	4,30	4,30	1,45 <sup>NS</sup>	,694
Suc. ordinario	2,97	2,98	3,08	2,94	2,95	7,29 <sup>NS</sup>	,063

<sup>NS</sup>NO significativo    \*Significativo    \*\*Altamente significativo

Fuente: elaboración propia

### 3.4. Perfil de los grupos de sucesos

Para cada una de las tres variables de promedio total de los grupos de ítems, se ha intentado generar modelos multivariantes con estos tres factores (sexo, edad, estudios) explicativos de grupos de encuestados con distinto perfil. Se ha recurrido al método del análisis de segmentación con CHAID, que permite encontrar sujetos distintos por su comportamiento en la variable de respuesta (en este caso, el grado de impacto emocional de cada grupo de ítems), de manera que la muestra quede dividida (segmentada) en grupos o submuestras internamente muy homogéneas (intragrupo) en cuanto a los factores, pero que mantengan diferencias significativas entre ellos (intergrupo).

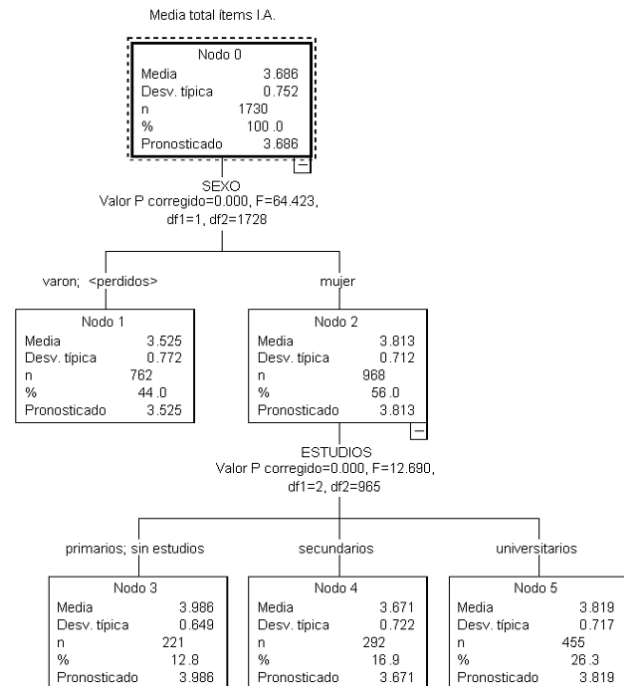
El resultado obtenido con la variable de la puntuación promedio total para el impacto emocional de los ítems de I. A. se presenta en el diagrama de árbol de la figura 1. Se ha encontrado que:

- a) En el primer nivel de segmentación y, por tanto, en la variable explicativa principal, aparece el sexo del encuestado ( $p < ,001$ ). Obviamente, la muestra se divide en dos grupos. El primero es el nodo donde están todos los varones ( $n = 762$ ), con una media de 3,52 puntos en el impacto emocional. En el segundo, están todas las mujeres ( $n = 968$ ), con una media mayor (3,81), que indica un mayor impacto, como ya se sabía.
- b) En el segundo nivel de segmentación, el nodo 1 de hombres se comporta como un nodo terminal. Es decir, ninguno de los otros dos factores incluidos en el modelo es capaz de diferenciar dentro de los hombres; de manera que concluimos que el impacto es el mismo para todos los hombres con independencia de la edad o el nivel de estudios.
- c) No hay más niveles de segmentación; por tanto, estos últimos nodos comentados son terminales, y se deduce que el factor edad no añade información al análisis multivariante.
- d) Por otro lado, se puede comentar que el impacto medio del nodo 1 de hombres es menor que el de cualquiera de los nodos de los grupos de mujeres.

Los intentos de crear modelos multivariantes para las variables de promedio del impacto emocional fueron infructuosos, ya que solamente aparece el sexo como único

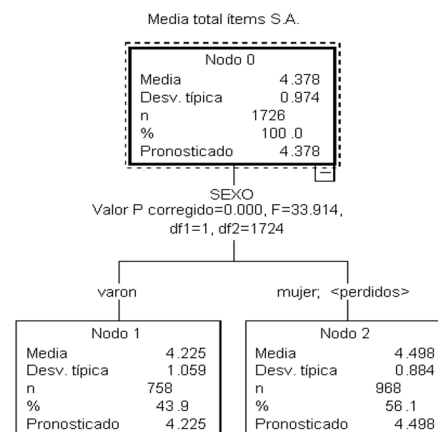
factor capaz de explicar diferencias entre sujetos, tal y como muestra la figura 1. Estos árboles de segmentación confirman que el impacto es superior en las mujeres, en las dos variables con independencia de su edad y de su nivel de estudios (figura 2 y figura 3).

Figura 1. Segmentación del Impacto Emocional de la variable media total de los ítems de identificación aporofóbica (N = 1730)



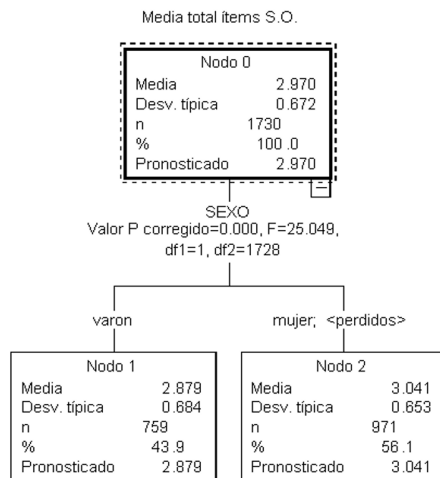
Fuente: elaboración propia

Figura 2. Segmentación del impacto emocional de la variable media total de los ítems de sucesos aporofóbicos (N = 1726)



Fuente: elaboración propia

Figura 3. Segmentación del impacto emocional de la variable media total de los ítems de sucesos ordinarios ( $N = 1730$ )



Fuente: elaboración propia

## 4. Discusión

Teniendo en cuenta los resultados obtenidos, se puede concluir que existe desconocimiento del término aporofobia entre la población analizada.

Solo el 30,8 % de los participantes en el estudio han escuchado esta palabra, siendo la definición más habitual el «miedo o rechazo» al pobre.

El intento por visibilizar la discriminación al pobre en todas sus manifestaciones ha sido de gran interés desde las primeras publicaciones de Cortina (1996), Martínez-Navarro (2002) y Andrade (2008), así como en otras investigaciones (Hatento, 2015, 2017; Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, Gobierno de España, 2020; Picado *et al.*, 2019, 2020; Puente, 2021; Snow y Mulcahy, 2001; Sobremonte de Mendicuti *et al.*, 2019) que han puesto de manifiesto esta necesidad. Pese al intento de identificar esta discriminación con un término como el de *aporofobia*, nuestros resultados demuestran el desconocimiento del concepto.

Tras más de treinta años de estudio de este tipo de prejuicio y cuatro años de reconocimiento público, al incluirse el término aporofobia en el diccionario de la RAE, parece que aún no es un concepto que haya sido interiorizado so-

cialmente. Pese a la modificación del Código Penal del año 2015, en el que se incluyen los delitos de odio como comportamientos que perseguir, ya se consideraba necesario concretar e identificar las conductas aporofóbicas, para así poder eliminar este tipo de discriminación. Además, la aprobación de la Estrategia Nacional Integral para personas sin hogar (2015-2020) recoge, entre sus acciones, la prevención de la aporofobia y garantizar la seguridad de las personas en situación de sinhogarismo, entre otras, incorporando como delito la aporofobia. Una vez finalizado el periodo de ejecución de la estrategia, dicha evaluación anuncia el incumplimiento de algunas acciones, entre ellas la falta de actuación en materia de prevención, detección y atención para la eliminación de comportamientos aporofóbicos además de medidas legislativas específicas. Se intenta resolver esta situación incluyendo en la Ley Orgánica 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia modificando el artículo 22.4 del Código Penal, en el que se incorpora como agravante la aporofobia como motivo discriminatorio. Estos cambios legislativos pretenden actuar contra los hechos aporofóbicos una vez que han acontecido, pero pese a los pasos dados en la lucha contra la eliminación de la aporofobia, a la vista de los resultados del estudio, no se ha interiorizado lo suficiente en los diferentes sectores por edades de población, siendo mayor esta circunstancia en población mayor de 65 años.

Otras de las cuestiones que pone de manifiesto nuestro estudio es que pese a la reivindicación de las entidades que trabajan con las personas en situación de sin hogar para evitar el uso de la denominación de la palabra *indigente* por tener un significado estigmatizante. En nuestro estudio solo el 43 % de los participantes consideran esta denominación como despectiva. Estos resultados son similares a los del estudio realizado por Picado *et al.* (2020) que confirma esta denominación como más habitual en el ámbito periodístico para identificar a las personas que viven en la calle. Situación similar ocurre con el concepto mendigo e igualmente pese a los esfuerzos del tercer sector para eliminar estas identificaciones en los medios de comunicación se sigue manteniendo su uso en titulares y artículos periodísticos.

El estudio realizado por la Fundació Mambre (2006) confirma, tras el análisis de noticias periodísticas, que es habitual reproducir términos como *indigente*, *vagabundo* y *mendigo* al trasladar los sucesos con estas personas

cuando se pretende dar una connotación negativa, y en muchos casos con contenidos morbosos y violentos hacia estas personas. Sin embargo, se utilizan las palabras *personas sin hogar* o *personas sintecho* cuando se refiere a connotaciones positivas.

La construcción de estas noticias y su narración está muy relacionada con las ideas generalizadas que se tienen de estas personas, en relación con las motivaciones presentes para terminar viviendo en la calle. El estudio de la Fundació Mambre (2007) concluye que la sociedad categoriza a las personas sin hogar como «los otros», percibiéndolos como una amenaza para la seguridad, la integridad y la convivencia de las personas que son diferentes a ese grupo, es decir, «nosotros», el resto de la sociedad. Siendo habitual que reaccionemos contra ellos para evitar un daño social, de manera que justificamos nuestro rechazo y dificultamos su integración en la sociedad por su estilo de vida.

En cuanto a las creencias relacionadas con las personas sin hogar, nuestro estudio ha confirmado las distorsiones que giran en torno a ellos, como es la vinculación de sus circunstancias de sinhogarismo con el consumo de drogas, con cuestiones económicas o con estilos de vida llevados a cabo por estas personas.

El trabajo de Picado *et al.* (2019) expone que la sociedad ha configurado esquemas mentales que facilitan la justificación del comportamiento para su propia tranquilidad, es decir, racionaliza el comportamiento de discriminación hacia las personas en situación de sinhogarismo, para no sentirse responsable, como sociedad, de esa situación. De esta manera, elabora mitos o ideas distorsionadas que explican, bajo esa lógica construida, la respuesta social, tales como:

- Los pobres son ladrones, los pobres cometen delitos, los pobres son agresivos.
- Los pobres se encuentran en esa situación por su culpa, solo quieren dinero, no quieren salir de la situación de pobreza.
- Los pobres son drogodependientes y alcohólicos.

Profundizando en el análisis de las diferencias de género en relación con el conocimiento de la aporofobia, destaca que las mujeres identifican en mayor medida la forma

despectiva de identificar a estas personas con la palabra *indigente* y la existencia de las situaciones aporofóbicas, al reconocer las agresiones a estas personas por otros sujetos que no viven en la calle.

No se han encontrado estudios específicos relacionados con las diferencias de percepción de hombres y mujeres sobre la aporofobia, pero en otras conductas discriminatorias también están presentes estas diferencias, como el de Frías-Navarro *et al.* (2013) en el caso de las personas, LGTBI o en el de Picado *et al.* (2019), Fernández *et al.* (2011), y en el caso de la enfermedad mental, en Rodríguez-Meirinhos y Antolín-Suárez (2020).

No obstante, no disponemos de grandes datos consistentes que evidencien las diferencias de género en la percepción del problema social objeto de análisis, e incluso de otros comportamientos discriminatorios, por lo que parece necesario identificar la construcción de estos estereotipos y cómo se traducen en prejuicios y conductas discriminatorias (González, 1999).

La franja de edad entre 31 y 65 años es la que mayor conocimiento tiene sobre la aporofobia en los términos expuestos anteriormente, mientras que las personas de edades mayores de 65 años tienen creencias más interiorizadas en relación con la explicación de los motivos referentes a la situación de calle de estas personas. Resultados semejantes fueron extraídos por Acuña-Ruiz y Oyuela (2006) en relación con las creencias y actitudes dirigidas a la población homosexual, en la que a mayor edad se presentan creencias más prejuiciosas.

¿Las diferencias obtenidas entre hombres y mujeres pueden significar que las mujeres representan el sexo más emocional que los hombres ante estas situaciones victimizantes? Este debate, pese a ser antiguo, persiste en la actualidad relacionado con la creencia de la representación de las mujeres como más sensibles, lo que puede explicarse con el desarrollo de las competencias emocionales, frente a otras afirmaciones mucho menos demostradas.

Un constructo importante, que puede explicar esta situación, es la empatía y su relación con el comportamiento prosocial. El estudio realizado por Gómez-Tabares y Narváez-Marín (2020) concluye que la empatía cognitiva y afectiva es mediadora entre el manejo de las emociones, las expresiones emocionales y la motivación prosocial.

Este trabajo demuestra que el conocimiento de las situaciones aporofóbicas despierta diferentes emociones en los participantes, lo que nos ayuda a considerar que cuanto mayor conocimiento de estas se tenga, mayor emoción afectiva se pudiera conseguir y mejor comportamiento prosocial se pudiera manifestar.

Smith-Carrier *et al.* (2019) consideran necesario utilizar prácticas experienciales de la pobreza para influir en la capacidad empática y los valores de la sociedad en la intervención comunitaria. En este enfoque experiencial, según Kreber (2001), los eventos se transforman en experiencias, lo que demuestra que facilitan los conocimientos, y aumenta el desarrollo de habilidades.

## Conclusiones

Tras el análisis de los resultados se puede concluir que todavía es muy poco visible el concepto de aporofobia.

Esta investigación también nos ha permitido confirmar que los sucesos aporofóbicos suscitan emociones a las personas cuando tienen conocimiento sobre estos sucesos, por lo que es necesario desarrollar planes de actuación,

estrategias preventivas, o intervenciones comunitarias dirigidas a eliminar prejuicios sociales sobre las personas sin hogar, así como aumentar la conciencia social sobre la aporofobia a través del desarrollo de competencias y habilidades como la empatía.

En cuanto a las líneas futuras de investigación, algunas de las propuestas son:

- a) Revisar el conocimiento científico de la aporofobia
- b) Incorporar en los programas preventivos información sin sesgo sobre el sinhogarismo y competencias relacionadas con la inteligencia emocional.
- c) Diseñar un plan integral para eliminar la aporofobia.

## Agradecimientos

Esta investigación se ha desarrollado en el marco de las competencias del Grupo Reconocido de Investigación de la Universidad de Salamanca: Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género.

## Referencias bibliográficas

- ACUÑA-RUIZ, A.; OYUELA, R. (2006). «Diferencias en los prejuicios frente a la homosexualidad masculina en tres rangos de edad en una muestra de hombres y mujeres heterosexuales». *Psicología desde el Caribe*, núm. 18, págs. 58-88.
- AGUILAR, M.; BURASCHI, D. (2012). «Prejuicio, etnocentrismo y racismo institucional en las políticas sociales y los profesionales de los servicios sociales que trabajan con personas migrantes». En: *VII Congreso de migraciones internacionales*. Bilbao: Universidad del País Vasco.
- ANDRADE, M. (2008). «¿Qué es la "aporofobia"? Un análisis conceptual sobre prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres». *Agenda Social*, vol. 2, núm. 3, págs. 117-139.
- CORTINA, A. (1997). *Ética*. Santillana.
- CORTINA, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós.
- EXPÓSITO, A. (2016). «Una aproximación a la aporofobia institucionalizada». En: DÍAZ, E. y BARBEITO, R. (coord.). *XIV Premio de Ensayo Breve "Fermín Caballero"*, págs. 36-50. Toledo: ACMS.
- FERNÁNDEZ, J.; ECHAURI, J.; MARTÍNEZ, M.; AZCÁRATE, J. (2011). «Violencia de género e inmigración: perfil diferencial de hombres maltratadores nacionales e inmigrantes». *Psicología Conductual*, vol. 19, núm. 2, págs. 439-452.
- FRÍAS-NAVARRO, D.; BARRIENTOS-DELGADO, J.; BADENES-RIBERA, L.; MONTERDE-i-BORT, H.; CÁRDENAS-CASTRO, M. (2013). «Diferencias sexuales en prejuicio sexual. El contacto como variable mediadora». *European Journal of Child Development, Education and Psychopathology*, vol. 1, núm. 1, págs. 45-58. DOI: <https://doi.org/10.30552/ejpad.v1i1.3>.
- FUNDACIÓ MAMBRE (2006). *Violencia directa, estructural y cultural contra las personas sin hogar en España*. Fundació Mambre. [Fecha de consulta: 20 de enero de 2022]. [en línea]. Disponible en: <http://www.fundaciomambre.org/pubdocs/violencia-directa-estructural-y-culturalpdf.pdf>.
- FUNDACIÓN RAIS (2017). *#13 Víctimas de delitos de odio por aporofobia*. RAIS Fundación. [Fecha de consulta: 20 de enero de 2022]. [en línea]. Disponible en: <https://hogarsi.org/pdf/Hatento.13victimas.pdf>.
- GÓMEZ TABARES, A.; NARVÁEZ MARÍN, M. (2020). «Tendencias Prosociales y su Relación con la Empatía y la Autoeficacia Emocional en Adolescentes en Vulnerabilidad Psicosocial». *Revista Colombiana de Psicología*, vol. 29, núm. 2, págs. 125-148. DOI: <https://doi.org/10.15446/rcp.v29n2.78430>.
- GONZÁLEZ, B. (1999). «Los estereotipos como factor de socialización en el género». *Comunicar*, vol. VI, núm. 12, págs. 79-88.
- HATENTO-OBSERVATORIO DE DELITOS DE ODIOS CONTRA PERSONAS SIN HOGAR (2015). *Los delitos de odio contra las personas sin hogar. Informe de investigación*. RAIS Fundación [en línea]. Disponible en: [http://hatento.org/wp-content/uploads/2015/06/informe-resultados-digital\\_DEF.pdf](http://hatento.org/wp-content/uploads/2015/06/informe-resultados-digital_DEF.pdf)
- HATENTO-OBSERVATORIO DE DELITOS DE ODIOS CONTRA PERSONAS SIN HOGAR (2017). *Informe sobre la Evolución de los incidentes relacionados con los Delitos de Odio en España de 2016*. RAIS Fundación.
- INE (2019). *Encuesta de centros y servicios de atención a las personas sin hogar Año 2018*. Instituto Nacional de Estadística. [Fecha de consulta: 20 de enero de 2022]. [en línea]. Disponible en: [https://www.ine.es/prensa/ecapsh\\_2018.pdf](https://www.ine.es/prensa/ecapsh_2018.pdf).
- JORQUERA, G. (2017). *Mitos sobre la pobreza*. EntreParentesis.

- KREBER, C. (2001). «Learning experientially through case studies? A conceptual analysis». *Teaching in Higher Education*, vol. 6, núm. 2, págs. 217-228. DOI: <https://doi.org/10.1080/13562510120045203>.
- MARTÍNEZ-NAVARRO, E. (2002). Aporofobia. En: Conill, J. (coord.). *Glosario para una sociedad intercultural*, pág. 17-23. Valencia: Bancaja.
- PICADO, E.; LIBRERO, A.; GUZMÁN, R.; YURREBASO, A.; GONZÁLEZ, A. (2019). «Detección de la discriminación hacia los pobres, "aporofobia"». *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, vol. 77, núm. 151, págs. 417-430. DOI: <https://doi.org/10.14422/mis.v77.i151.y2019.007>.
- PICADO, E.; YURREBASO, A.; ORGAZ, B.; NIETO, A. (2020). «Estudio de artículos periodísticos sobre las personas que viven en la calle». En: GORJÓN, M. (dir.). *Políticas Públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, págs. 923-933. Salamanca: Colección Aquilafuente, Ediciones Universidad de Salamanca. DOI: <https://doi.org/10.14201/OAQ0312>.
- PUENTE, P. (2021). «Experiencias de victimización de las personas en situación de sin hogar». *In-dret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, págs. 282-323. DOI: <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i1.10>.
- RAE (2021). *Diccionario de la Lengua Española* [en línea]. RAE. [Fecha de consulta: 20 de enero de 2022].
- RODRIGUEZ-MEIRINHOS, A.; ANTOLÍN-SUÁREZ, L. (2020). «Estigma social hacia la enfermedad mental: factores relacionados y propiedades psicométricas del Cuestionario de Atribuciones-revisado». *Universitas Psychologica*, vol. 19, págs. 1-13. DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.upsy19.esem>.
- SECRETARIA DE ESTADO DE SERVICIOS SOCIALES (2015). *Estrategia Nacional Integral para Personas sin Hogar 2015-2020*. Madrid: Gobierno de España.
- SMITH-CARRIER, T.; LEACY, K.; BOUCK, M. S.; JUSTRABO, J.; DECKER PIERCE, B. (2019). «Living with poverty: A simulation». *Journal of Social Work*, vol. 19, núm. 5, págs. 642-663. DOI: <https://doi.org/10.1177/1468017318766429>.
- SNOW, D.; MULCAHY, M. (2001). «Space, politics, and the strategies of the homeless». *American Behavioral Scientist*, vol. 45, núm. 1, págs. 149-169. DOI: <https://doi.org/10.1177/00027640121956962>.
- SOBREMONTA DE MENDICUTI, E.; RODRÍGUEZ, A.; FERRA, A.; BELOKI, U. (2019). Aporofobia, nuevos conceptos para viejas realidades (Capítulo 5, Documento de trabajo 5.2). En: *VIII Informe FOESSA sobre Exclusión y Desarrollo Social en España*. Fundación Foessa. [Fecha de consulta: 20 de enero de 2022]. [En línea]. Disponible en : <https://www.foessa.es/main-files/uploads/sites/16/2019/05/5.2.pdf>.

## Legislación

- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* (31 de marzo de 2015), págs. 27061-27176.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Boletín Oficial del Estado* (5 de junio de 2021), págs. 68657-68730.



### Cita recomendada

PICADO VALVERDE, Eva María; YURREBASO MACHO, Amaia; GUZMÁN ORDAZ, Raquel (2022). «Respuesta social ante la aporofobia: retos en la intervención social». En: «Hate speech, discrimination and online media». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 37. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i37.400081>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

### Sobre el autor

Eva María Picado Valverde  
 Universidad de Salamanca  
 evapicado@usal.es

Doctora en Psicología. Máster en Intervención Criminológica y Victimológica, Adicciones, en Clínica, en Clínica Forense y Mediación penal. Experiencia como psicóloga en la intervención con diferentes colectivos: menores en situación de desprotección, menores infractores, drogodependencia y reclusos. Técnico superior en Igualdad de Género y agente de igualdad de oportunidades, vinculada a diferentes organizaciones del tercer sector en el ámbito nacional, regional y local. Profesora contratada doctora en el departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad de Salamanca. Miembro del Grupo de investigación Gir Diversitas de la Universidad de Salamanca. Sus líneas de investigación se centran en: colectivos en riesgo de exclusión, victimizaciones y delincuencia y discriminación al pobre.

Amaia Yurrebaso Macho  
 Universidad de Salamanca  
 amaia@usal.es

Doctora en Psicología por la Universidad de Salamanca. Profesora contratada doctora en el área de psicología social de la Universidad de Salamanca e investigadora en esta misma institución. Miembro del Grupo de investigación Gir Diversitas de la Universidad de Salamanca. Ha compaginado su carrera docente con la profesional vinculada siempre al mundo organizativo y a la intervención comunitaria. Sus líneas de investigación se centran en: emprendimiento en colectivos desfavorecidos, gestión y desarrollo de personas en las organizaciones, cultura organizacional y grupos de trabajo, gestión de la diversidad e inclusión social y violencia y riesgos psicosociales en entornos organizativos.

Raquel Guzmán Ordaz  
 Universidad de Salamanca  
 r.guzman@usal.es

Doctora en Sociología por la Universidad de Sevilla y licenciada en Comunicación Social por la Universidad Autónoma Metropolitana (México). Profesora contratada doctora en el Departamento de Sociología y Comunicación de la Universidad de Salamanca. También ha sido profesora en las facultades de Relaciones Laborales y de Comunicación en la Universidad de Sevilla. Cuenta con estancias de inves-

tigación en la Universidad de Montreal (Canadá) y en El Colegio de México. También ha participado en diversos proyectos de investigación I+D+I y de Excelencia, así como en distintos foros de difusión de investigación como congresos, seminarios y jornadas en varios países, como México, Canadá, Austria, Costa Rica, Brasil y España. Miembro del Grupo de investigación Gir Diversitas de la Universidad de Salamanca.

Sus líneas de investigación se centran en: *intersectionality*, desigualdades múltiples, violencia de género, inmigración, ciudadanía y análisis de políticas públicas y estudios críticos sobre educación.

**Monográfico: «Hate speech, discrimination and online media»**

# El Derecho penal auspiciado por la Unión Europea para frenar los discursos de odio y la discriminación

Álvaro Alzina Lozano  
Universidad Rey Juan Carlos

Fecha de presentación: agosto 2022  
Fecha de aceptación: septiembre 2022  
Fecha de publicación: marzo 2023

## Resumen

La persecución a determinadas minorías por razón de procedencia o grupo étnico sigue siendo un hecho que, lamentablemente, encontramos en el panorama europeo. Para combatir esta forma de discriminación, la Unión Europea ha auspiciado una serie de mecanismos que permitan tener un marco común a todos los Estados, todo ello a partir de la aprobación de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión. Asimismo, cabe destacar los retos a los que se exponen las instituciones europeas en relación con estos hechos y a su fácil propagación a través de internet, más concretamente en las redes sociales, donde la rapidez y sencillez en la comunicación entre las personas facilita que se puedan propagar este tipo de mensajes, lo que provoca que los propios sujetos puedan encontrar grupos de personas que compartan este ideario contrario a los Derechos Humanos y puedan crear redes peligrosas para el Estado de derecho, que constituye uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la Unión Europea.

## Palabras clave

Derecho penal, Unión Europea; odio; nuevas tecnologías

## *Criminal law backed by the European Union for ending hate speech and discrimination*

### **Abstract**

*The persecution of certain minorities due to their place of origin or ethnic group unfortunately still occurs in Europe. To combat this type of discrimination, the European Union has backed a series of mechanisms that enable all member states to have a common framework based on the approval of the Union's Bill of Rights. It is also worth highlighting the challenges faced by European institutions in relation to these acts and to the ease of their spread via internet, particularly on social media, where fast and easy communication facilitates the dissemination of such messages and allows people to find groups of individuals who share this ideology, contrary to Human Rights, and who can create networks that endanger the Rule of Law, which is one of the basic principles underpinning the European Union.*

### **Keywords**

*criminal law; European Union; hate; new technologies*

## Introducción

La idea de una Europa unida, que surge después de la Segunda Guerra Mundial, es un proyecto de convivencia entre Estados y ciudadanos, con el principal fin de no repetir los tristes acontecimientos acaecidos en la primera mitad del siglo xx en Europa. Este proyecto, que comenzaría como un acuerdo económico en el carbón y el acero, ha evolucionado a numerosos ámbitos de la vida de las personas, pero mantiene ese fundamento de convivencia entre los ciudadanos sin hacer distinción entre ellos.

En este contexto, debemos poner de relieve la importancia de la protección de las minorías en la Unión Europea, más aún con la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión en el año 2000, lo que significaría un impulso mayor al compromiso que se tenía respecto a la lucha contra la discriminación, el racismo, la xenofobia...

No podemos obviar que el fundamento de estas conductas es el odio a lo que es diferente, un elemento violento que los Estados democráticos no pueden permitir. Por ello, es necesario plantear cómo ha sido la actuación de la Unión Europea como garante de estos derechos, y cómo la propia Unión ha protegido estos con los instrumentos que le permiten los tratados. Aunque en este ámbito parece que el Consejo de Europa, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,<sup>1</sup> ha sido el principal garante de los derechos más elementales, la Unión Europea ha ido preparando sus instituciones y sus estructuras para combatir este tipo de fenómenos contrarios a los valores de la Unión, como son el odio, el racismo y la intolerancia.

El espacio de libertad seguridad y justicia es una de esas estructuras que se presentarían como una oportunidad de cooperación entre Estados para combatir este fenómeno, y que consigue una protección de los derechos y libertades de los ciudadanos en cualquiera de los Estados sin importar cuál sea el país de origen.

Los Estados miembros, en la década de los noventa del pasado siglo xx, asumirían que la integración no solo

podía darse en materia económica, sino que debía ir un paso más allá, y el espacio de libertad, seguridad y justicia ha contribuido decisivamente a ello, a partir tanto de la propia colaboración policial en la persecución de delitos como de la integración de una serie de conductas delictivas a través de la Decisión Marco, que sirve para asegurar que los delitos relacionados con el odio a minorías se persiguen en toda la Unión Europea.

Se ha incluido el odio como delito, un odio dirigido a las minorías con intención discriminatoria que supone, además, un elemento violento que las instituciones deben perseguir. No podemos obviar que el odio es complejo de definir por su proximidad con el derecho a la libertad de expresión, pero en este caso, tal y como señalaría el Tribunal Supremo, no se persigue al ciudadano que odia, sino el discurso que puede conllevar un elemento violento y peligroso para la convivencia.

Es por ello por lo que la Unión, respetando el principio de la libertad de expresión, ha tipificado las conductas que superan estos límites y resultan peligrosas para la sociedad. Además, esto supone un acercamiento de las políticas europeas, que en numerosas ocasiones estaban enfocadas a la economía al ciudadano, a este, de modo que contribuye a que la sociedad pueda sentir el proyecto como suyo propio y se vea beneficiado más directamente.

Finalmente, se han de destacar los nuevos retos a los que se enfrenta el legislador europeo por los discursos de odio que se difunden a través de las redes sociales y de páginas web, pues, en muchas ocasiones, estos mensajes escapan del ámbito territorial de la propia Unión, por lo que uno de los retos es involucrar a las empresas tecnológicas en la erradicación de este tipo de conductas en internet, ya que en este momento son los actores principales para restringir actitudes relacionadas con el racismo, la xenofobia y la intolerancia. Un ejemplo de la preocupación que existe lo encontramos en el Eurobarómetro de 2016, en el que el 50 % de los entrevistados dudan de participar en debates en redes sociales por el odio y las amenazas que se pueden recibir.

1. Para ampliar la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ÁLCACER GUIRAO, R. (2015). «Víctimas y disidentes. El "discurso del odio" en EE. UU. y Europa». *Revista española de derecho constitucional*, págs. 45-86.

## 1. La Unión Europea como garante de la protección de los derechos de los ciudadanos: la Carta de Derechos Fundamentales

El papel de la Unión Europea como elemento vertebrador de la sociedad europea ha superado los límites con los que se diseñó en principio esta organización internacional. Es cierto que Churchill, en su discurso de septiembre de 1946 en la Universidad de Zúrich, trató la necesidad de implementar unos «Estados Unidos de Europa», pero en ningún momento se contaba con el desarrollo legislativo en tan numerosas políticas públicas como el que ha tenido la Unión Europea.

Este desarrollo legislativo se debe en gran medida al papel de las distintas instituciones que conforman el proyecto europeo, que han perseguido una unión no solo política, sino también social. Para ello, era importante dotar este espacio europeo de una serie de derechos y obligaciones para los ciudadanos, y, aunque ya en los anteriores tratados se incluirían los derechos fundamentales, la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales, que tiene su origen en la Convención de 1999, supondría un mayor impulso político y social para el proyecto europeo (Mangas Martín, 2008).

La Carta tiene como fundamento la protección de los derechos fundamentales de la Unión, que son totalmente complementarios e incluso, en palabras de Weber, van más allá de la protección tradicional de los tratados internacionales de derechos humanos, al incluir cuestiones como los derechos económicos, la libertad de reunión o la libertad de acción colectiva (Weber, 2022).

Desde la aprobación del Tratado de Lisboa, se le consideraría a la Carta con el mismo valor que los tratados y se convertiría, así, en parte del derecho primario de la Unión, con la intención de que esto supusiese poner énfasis en los derechos de la persona y de la sociedad, ya que se

establecerían entre sus preceptos la protección del medio ambiente, de la salud o de los consumidores. Este reconocimiento se llevaría a cabo con la inclusión del artículo sexto del Tratado de la Unión, en el que se reconoce «los derechos, libertad y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

Respecto a los artículos que en esta investigación resultan de interés, estos son los referidos a la protección de las minorías, la no discriminación, el racismo y cualquier elemento que suponga una exclusión por un motivo étnico, social o religioso. Aunque se podría exponer algunos como el artículo segundo, cuarto o quinto, debemos hacer una especial mención del artículo vigésimo primero de la Carta, el cual trata la no discriminación en territorio europeo.<sup>2</sup>

## 2. La acción de las instituciones europeas en la lucha contra el odio y la discriminación y cómo las nuevas tecnologías están suponiendo un reto legislativo

Las distintas instituciones de la Unión Europea han trabajado de manera complementaria para configurar una normativa que ayude a la lucha contra la discriminación, todo ello bajo el amparo del derecho comunitario, un elemento vertebrador para la consecución de determinadas medidas. Algunas de ellas tienen una simbología principalmente política, pero otras han servido para conseguir llevar a cabo medidas de carácter legislativo que frenen la expansión de este suceso. Es por ello por lo que es necesario analizar el papel de cada una de las organizaciones con el fin de comprender el marco legislativo y político que se ha ido estructurando a partir de la

2. Artículo 21. Igualdad y no discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales (Quesada Alcalá, 2015).

En ellas se podrá constatar el análisis de la problemática que supone el odio para las instituciones europeas, y se podrá observar cómo ha ido evolucionando su visión al respecto, poniendo especial atención en los hechos cometidos a través de internet, ya que se ha comprobado que en este campo de actuación es donde se cometen la mayoría de los actos de este tipo.

## 2.1. El papel de la Comisión Europea en la lucha contra el odio

La Comisión Europea, en su función de órgano rector de las políticas europeas, juega un papel fundamental en la consecución de los objetivos propuestos; su principal cometido a la hora de establecer cuáles son las prioridades y qué políticas serían las más efectivas para poder llevar a cabo las acciones propuestas constituye un elemento central.

La implantación de medidas de carácter legislativo, como la ampliación de los delitos referidos al odio, es una de las propuestas que realizó la presidenta de la Comisión Ursula von der Leyen en su discurso sobre el Estado de la Unión de 2020, en el que expuso que la incitación al odio y las acciones relacionadas con la discriminación habían aumentado de manera exponencial, y era necesaria una respuesta conjunta de todos los países de la Unión, así como solicitar una revisión de la Decisión Marco de 2008 para ampliar y armonizar las infracciones y sanciones penales: «Solo la ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos motivados por el odio puede permitir un tratamiento penal eficaz y exhaustivo de estos fenómenos a escala de la UE, junto con una protección coherente de las víctimas de tales actos».

Para conseguir tales objetivos, la UE aprobó un plan de acción contra el racismo para 2020-2025.<sup>3</sup> Esta comunicación pone de manifiesto la necesaria colaboración policial para prevenir actitudes discriminatorias, así como el desarrollo de investigaciones y enjuiciamientos de los

delitos relacionados con el odio, además de ayudar en este proceso a la víctima del delito.

Del mismo modo, cabe destacar cómo la Comisión hace referencia a que este tipo de delitos rompe el principio de igualdad y, sobre todo, es un obstáculo para hacer cumplir la ley y los tratados, por lo que es necesario ayudar a las víctimas de estos colectivos, que principalmente son minorías desfavorecidas o vulnerables a las que hay que dotar de un entorno seguro. Esto se puede conseguir llevando a cabo políticas que reflejen la diversidad de la población y que permitan a estos grupos minoritarios tener confianza en las autoridades con dos objetivos principales: denunciar estos tipos de delitos y que las víctimas sean conscientes de sus derechos y libertades.

El plan de acción también pondría de manifiesto con un apartado propio «el riesgo de las nuevas tecnologías»; aunque se pueden utilizar de manera positiva para combatir el racismo y el odio, también plantean una serie de riesgos potenciales por la configuración de los algoritmos, y la Comisión señala en este sentido que «el uso de algoritmos puede perpetuar o incluso estimular los prejuicios raciales si los datos para formar algoritmos no reflejan la diversidad de la sociedad de la UE».

Por otro lado, la Comisión presentaría una Comunicación en diciembre de 2021<sup>4</sup> para ampliar el listado de delitos relacionados con el odio. Este documento se basaría en el discurso que hemos mencionado de la presidenta von der Leyen y quedaría bajo el amparo de los tratados y de la Carta de Derechos Fundamentales.

Esta necesidad de ampliar la lista de delitos se debe a una razón y persigue dos objetivos. La razón principal es que el odio no tiene cabida en un Estado de derecho como el que promulga la Unión Europea, por lo que habrá que utilizar todos los medios legislativos a disposición para poder combatir este fenómeno, siendo uno de ellos el derecho penal. En este punto se ha de destacar que el derecho penal debe ser utilizado para los ataques más graves a los bienes jurídicos protegidos, respetando el principio de *ultima ratio* que configura la construcción del derecho

3. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025. Bruselas, 18.9.2020 COM (2020) 565 final.
4. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Una Europa más inclusiva y protectora: ampliación de la lista de delitos de la UE a la incitación al odio y a los delitos de odio. Bruselas, 9 de diciembre de 2021 COM (2021) 777 final.

penal, por lo que si hay otros medios menos lesivos para poder regular este fenómeno deben utilizarse estos (León Alapont, 2022).

Respecto a los dos objetivos, estos parten del aumento del odio en los últimos años y de la confrontación con la sociedad, principalmente debido al creciente uso de las redes sociales, donde la confrontación es plausible y el sentimiento de impunidad provocado por el anonimato ha llevado a que este fenómeno se posiciona como uno de los problemas actuales de la Unión.

Este es un problema fundamental por el carácter transfronterizo en el uso de las redes sociales, donde los mensajes llegan a cualquier Estado, por lo que es necesario combatir estos hechos desde unos criterios comunes, que, aunque ya empezaron con la Decisión Marco de 2008, necesitan actualizarse.

Esta ampliación delictiva que plantea la Comunicación se basa en una serie de características que, en palabras de la propia Comisión, «socavan los cimientos de la UE»:

- a) El impacto en los valores comunes que aparecen en la Carta de Derechos Fundamentales.
- b) Los efectos perjudiciales para las víctimas individuales y para sus comunidades.
- c) Los efectos perjudiciales para la sociedad en general.
- d) Por la escalada de odio en los últimos años.
- e) Por la dimensión transfronteriza de la incitación al odio y los delitos de odio.
- f) Por la falta de alternativas a la ampliación de la lista de delitos.

Todo lo mencionado por la Comisión en estos últimos años tiene como objetivo seguir asegurando los derechos de todos los ciudadanos europeos y, además, sirve como elemento impulsor de la toma de medidas del Consejo y del Parlamento Europeo para buscar una respuesta eficaz y combatir el odio en Europa.

### 3. El espacio de libertad, seguridad y justicia como garante de la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos

El espacio de libertad, seguridad y justicia tiene su origen en el proceso de integración europeo. Es un elemento con una notoria importancia en el desarrollo del proyecto europeo y es, asimismo, un elemento vertebrador de la idea de una Europa unida alrededor de la Unión Europea. El espacio de libertad, seguridad y justicia tiene su fundamento en la cooperación judicial y policial, así como, según señala Liñán Nogueras, en las políticas de asilo o de inmigrantes (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2020).

Ya desde la primera visión de una Europa que proteja la seguridad de los ciudadanos europeos en el Tratado de Maastricht a través de JAI (Justicia y Asuntos de Interior), la Unión Europea ha avanzado en este proyecto regulando y coordinando las políticas en cooperación judicial y policial. Uno de los elementos principales, la cooperación judicial, aparece definida en el Tratado de Funcionamiento en su artículo 82, en el que presenta sus principios básicos con la idea de trasponer la normativa jurídico-penal a cada Estado, así como reconocer las sentencias aplicadas en uno de ellos dentro del principio de confianza mutua.

Aunque en los orígenes de esta cooperación judicial no se incluyese de manera directa el odio y la discriminación como marcos de actuación, conforme el proceso de integración europea ha ido evolucionando ha encontrado un mayor apoyo por parte de los Estados (Anguita Osuna, 2021). Esto se debe al impulso político y legislativo, siendo el Consejo de Tampere de 1999, uno de los principales encuentros en los que se adoptó la posición de evitar que los delincuentes se aprovechen de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros.<sup>5</sup>

Esta cooperación judicial y penal que, como hemos mencionado, se ve impulsada por la creación de un mercado interior, en el que además de la libre circulación de los trabajadores se añadía la libre circulación de cualquier ciudadano (Ordóñez Solís, 2003), provocaría la supresión de fronteras

5. Conclusión n.º 5 «Hacia una unión de libertad, seguridad y justicia: los hitos de Tampere», Consejo de Tampere, 1999.



interiores dentro de la Unión abarcando 26 países (siendo 22 de ellos miembros de pleno derecho de la UE y otros 4 asociados); uniendo estos países, se ha originado una frontera exterior del espacio Schengen de más de 50.000 km.<sup>6</sup>

Esta colaboración la encontramos tanto en instrumentos propiamente penales como en las Decisiones Marco de armonización de delitos, como las relacionadas con aspectos más procesales, por ejemplo, la protección de la víctima o la euroorden. Esto se debe principalmente, como señalaría García Sánchez, a la necesidad de implantar un principio de reconocimiento mutuo necesario dada «la diversidad existente entre los sistemas penales y procesales entre los Estados miembros que dificultaba la vigencia del principio de legalidad» (García Sánchez, 2012).

La necesidad de una normativa común y el reclamo de los ciudadanos europeos de obtener una protección y seguridad en cualquiera de los Estados europeos ayudaron a impulsar la armonización de los delitos transnacionales y la colaboración entre Estados e instituciones. Es por ello por lo que la Unión Europea ha considerado perseguir los delitos que afectan a un entorno que supera lo local, como puede ser el tráfico de drogas o la prostitución, pero también las acciones que pueden provocar un daño económico o estructural a la propia Unión, como son el blanqueo de capitales o la falsificación de moneda.

Pero, además de esas ideas sobre los delitos que hay que perseguir, debido a la evolución de la propia Unión, se enfatiza la protección de los derechos de los ciudadanos, lo que se constata en las ideas del programa de la Haya de 2005, en el que se incluiría, aparte de los hechos ya señalados, como objetivo principal el refuerzo de los derechos fundamentales de los ciudadanos que presenta la Carta, entre los que se encuentra la lucha contra la violencia sobre la mujer, la discriminación por motivos de raciales, étnicos o culturales, así como la protección de las víctimas de estos casos y de terrorismo.

Básicamente, el Tratado de Lisboa firmado en 2007 ahonda en estas cuestiones, tal y como viene descrito en el artículo tercero del TUE, por lo que el ESLJ sigue siendo el instrumento que garantiza la libertad y los derechos de los ciudadanos. Esta idea de continuar con la protección de la seguridad sigue estando vigente en la actualidad a

través de la Agenda Estratégica del Consejo Europeo para 2019-2024, en la que se señalaría que «Europa debe ser un lugar donde los ciudadanos se sientan libres y seguros», en el que se defiendan los derechos y las libertades fundamentales de sus ciudadanos contra las amenazas existentes y emergentes.

Esta Agenda Estratégica define como asunto de especial interés para la Unión Europea la seguridad de sus ciudadanos, y establece una serie de acciones concretas que deben llevarse a cabo para conseguir una serie de objetivos, uno de los cuales, como ya hemos señalado, se basa en la protección de los ciudadanos y de sus libertades, siendo prioritario para el Consejo Europeo y teniendo una especial conexión con el espacio de libertad, seguridad y justicia: la lucha contra la migración ilegal y la trata de seres humanos mediante una mejor cooperación con los países de origen y de tránsito; la mejora de la cooperación y el intercambio de información para combatir el terrorismo y la delincuencia transfronteriza; la protección de nuestras sociedades contra las actividades informáticas malintencionadas, las amenazas híbridas y la desinformación a través de redes sociales y medios de comunicación.

Dentro de las actividades informáticas malintencionadas encontramos el racismo, el odio, la intolerancia... aquellos hechos que discriminan a un sujeto y en los que, por la difusión que permiten las redes sociales, el altavoz para este discurso es mayor, por lo que se antoja de manera urgente tener definidos los conceptos y las acciones que pueden llevarse a cabo en este ámbito, y los medios que son más eficaces para combatirlos.

#### 4. La represión de las manifestaciones de odio hacia las minorías a través del derecho penal europeo

El derecho penal debe proteger los bienes jurídicos más elementales, entre los que destaca la libertad de la persona o el propio honor, y, además, tiene que prevenir que determinadas conductas puedan desarrollarse con limitaciones a la libertad de expresión de los propios autores,

6. Consejo de la Unión Europea. *El espacio Schengen*. 2018.

pues habrá que analizar en cada caso la intencionalidad, el contexto y la probabilidad de impacto, como señalaría Göran Rollnert (2019).

Esta idea es uno de los aspectos más relevantes a la hora de legislar el derecho penal, el posible conflicto entre derechos, y más cuando se trata de la libertad de expresión, que también aparece en la Carta de Derechos Fundamentales. En este sentido, se aduce la importancia de la protección de las minorías y la necesidad de frenar un discurso que incite a la violencia.

La Unión Europea, a partir del artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, tiene la capacidad de poder legislar en el ámbito penal, siendo posible redactar «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes».

Además, establece cuáles son los delitos: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

La lucha contra el odio y la discriminación no estaría dentro de estos apartados, pero el segundo punto del artículo sí permite ampliar estos delitos a cualquier acción que sea necesaria para garantizar la ejecución de una política de la Unión, por lo que la no discriminación, al ser un artículo de la Carta de Derechos Fundamentales y tener valor de Tratado, debe ser regulado por el ordenamiento penal europeo.

En este punto, se ha debatido acerca de la necesidad de la aplicación de manera directa de un Código Penal europeo, puesto que cada vez más acciones tienen carácter transnacional y pueden servir, además, para el proceso de integración europea. Esta línea europeísta se considera asimismo como necesaria desde el punto de vista funcional, ya que *de facto* encontramos numerosas deci-

siones marco y directivas que regulan aspectos penales (Medina Fernández, 2001).

En la actualidad, encontramos que ese proceso de llevar a cabo un Código Penal europeo no está entre las cuestiones primordiales de la Unión; aunque ya haya tomado un gran protagonismo el Consejo en la toma de decisiones de determinados delitos, la punibilidad de las penas queda todavía en manos de los Estados, siendo el debate en cuestión si los bienes jurídicos de carácter nacional deben ser protegidos por organizaciones supranacionales (Sieber, 1995).

La propia Comisión Europea presentaría una comunicación referida a llevar a cabo una política de derecho penal en la UE con el objetivo de garantizar la aplicación efectiva de sus políticas.<sup>7</sup> En dicho documento trataría como necesario que la Unión Europea legisle a partir del respeto del principio de subsidiaridad, con lo que se acerca a la petición de una política efectiva en esta materia.

Para ello, explicaría que hay determinados ámbitos políticos en los que la UE debe aplicar el derecho penal, como la protección de datos, las normas aduaneras, la protección del medio ambiente, la política pesquera o la infracción de normas técnicas, además de la protección de los derechos fundamentales.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Unión Europea se vería legitimada para proteger los derechos fundamentales a través del derecho penal incluso antes de esta comunicación, con la Decisión Marco de 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal.

#### 4.1. La Decisión Marco de 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008

Esta decisión marco viene a ocupar un vacío en relación con la persecución del odio por parte de la Unión Europea, estableciendo un marco común para todos los Estados. Esto se debe principalmente al impulso de la Carta de Derechos Fundamentales, que iguala en la protección de los derechos de los ciudadanos lo ya establecido por parte del Consejo de Europa a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

7. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal /\* COM/2011/0573 final COM(2011) 573 final Bruselas, 20 de noviembre de 2011.

El principal objetivo es señalar qué acciones tienen que considerarse punibles y qué marco penal debe establecerse, por lo que los Estados pueden ampliar las acciones típicas en caso de que así lo consideren necesario. Se entiende, por tanto, que lo aprobado por la Unión Europea son unos «mínimos» que deben aplicarse en todos los Estados para salvaguardar los derechos de las minorías.

En la decisión aparecen descritas las conductas punibles en su artículo primero, en el que se señalan los delitos de carácter racista y xenófobo que incitan al odio, como la propia incitación pública o violenta contra un grupo definido por la raza, el color, la religión, o la difusión de escritos que puedan provocar un clima de violencia contra estas minorías. Además de tipificar la apología de los crímenes de guerra, los genocidios y, en especial, el Holocausto.

En palabras de Landa Gorostiza, la Unión Europea presentaría con esta decisión un apoyo a su política antiodio, y se centraría básicamente en la incitación pública de la violencia o el odio prohibiendo este tipo de discursos, así como agravando determinados tipos de odio (Landa Gorostiza, 2020). Además, esta norma de obligada trasposición a los ordenamientos penales de cada Estado, llevando a cada uno de ellos a implantar una política efectiva, pero como señala García Domínguez debemos tener en cuenta que las estadísticas de delitos de odio es distinto en cada país, ya que habrá que atender a las circunstancias sociales y culturales de cada uno de ellos, lo que provoca que aunque la normativa europea es efectiva por ser el odio un fenómeno global, debe tener un tratamiento concreto en cada lugar, haciendo que las acciones típicas tengan que ampliarse por no ser suficientes (García Domínguez, 2020).

Asimismo, cabe destacar que la pena impuesta debe establecerse entre un año como mínimo y tres como máximo las personas físicas, pero también las personas jurídicas tienen responsabilidad penal por su posición de falta de control o vigilancia respecto a posibles acciones que inciten al odio por parte de uno de sus empleados o de la propia empresa, imponiendo penas de multa, exclusión de ayudas públicas, prohibición temporal o total de realizar actividades comerciales y vigilancia judicial.

En este sentido, debemos destacar que las penas impuestas a empresas tienen su fundamento en el control de determinadas conductas en internet; visto que es una de las herramientas principales para propagar el odio, se deben utilizar todas las herramientas disponibles para poder

luchar contra este fenómeno global, involucrando a las empresas que controlan las redes sociales en frenar este tipo de discursos (Fernández Fernández, 2018). Esto se pone de manifiesto en el Código de Conducta de la Unión Europea para la Lucha contra la Incitación Ilegal al Odio en Internet, que fue firmado por la Comisión Europea con Google, Facebook, Twitter, Microsoft e Instagram, y en el que se implementan una serie de reglas y estándares a los usuarios de estas redes sociales para prohibir mensajes de odio. Una de las medidas más eficaces es la revisión de los contenidos en 24 horas posteriores a su publicación.

Por último, cabe destacar cómo en la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que menciona específicamente a las víctimas de delitos de odio, se aplican medidas de especial protección para estas víctimas en función de sus características personales, la naturaleza y las circunstancias del delito. Esta herramienta es eficaz para apoyar a las víctimas que son atacadas en las redes sociales, y se pueden aplicar medidas eficaces que puedan superar el ámbito nacional, como, por ejemplo, el bloqueo de su dirección IP para mandar mensajes por redes sociales a la víctima, sin importar el país de la UE en el que se encuentre.

## Conclusiones

El derecho penal europeo debe seguir avanzando a través de un consenso en los problemas que pueden afectar a todos los ciudadanos, como en este caso los derechos fundamentales y su protección, para evitar, principalmente, la discriminación de las minorías. Para ello es clave el espacio de libertad, seguridad y justicia, que junto con lo tipificado en los tratados serviría para poder articular una respuesta penal de manera conjunta en toda la Unión.

La inclusión de la respuesta jurídico-penal debe partir de lo permitido en los tratados en una acción de política criminal europea, debido al aumento de los incidentes racistas, antisemitas y de odio en los Estados de la Unión, lo que ha provocado que el propio legislador aprovechase la importancia de la Carta de Derechos Fundamentales para elevarla a Tratado a partir del de Lisboa, lo que a su vez se convierte en una acción fundamental para que, a través del espacio de libertad, seguridad y justicia, se hayan podido coordinar acciones en materia penal entre los Estados miembros.

## Referencias bibliográficas

- ÁLCACER GUIRAO, R. (2015). «Víctimas y disidentes. El "discurso del odio" en EE. UU. y Europa». *Revista española de derecho constitucional*, págs. 45-86.
- ANGUITA OSUNA, J. E. (2021). *La seguridad interior en la Unión Europea. Del acuerdo de Schengen (1995) a la estrategia para una unión de la seguridad (2020)*, pág. 123, 127. Thomson Reuters.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (1998). «Hacia la unificación del Derecho Penal Comunitario: El Corpus Iuris europeo». *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, pág. 1916-1927.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2018). «Políticas comunitarias de protección social y minorías étnicas: una materia necesitada de un impulso renovado». *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 39, pág. 29-41.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, I. (2020). «El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada». *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, núm. 8, pág. 22. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.uosario.edu.co/anidip/a.9899>.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B. (2012). «Pluralismo constitucional en la Unión Europea y heterogeneidad de las normativas penales de los estados miembros: problemas de principio de reconocimiento mutuo». *Cuadernos de política criminal*, núm. 106, pág. 195.
- GÖRAN ROLLNERT, L. (2019). «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, pág. 81-109. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.03>.
- LANDA GOROSTIZA, J. (2020). «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contracorriente». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-19, pág. 1-34 [en línea]. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-19.pdf>.
- LEON ALAPONT, J. (2022). «La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil española y del franquismo». En: *El odio como motivación criminal*, pág. 212. Wolters Kluwer España.
- MANGAS MARTIN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2020). *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, pág. 87. Tecnos.
- MANGAS MARTÍN, A. (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, pág. 39. Fundación BBVA.
- MEDINA FERNÁNDEZ, F. (2001) «Hacia un derecho penal europeo». *Actualidad Penal, Sección Doctrina*, pág. 189. LA LEY.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D. (2003). «El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea». *Revista de estudios políticos*, núm. 119, pág. 448.
- QUESADA ALCALÁ, C. (2015). «La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de crímenes de odio: sus repercusiones en España». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, pág. 11.
- SIEBER, U. (1995). «Estado de la evolución y perspectivas del derecho penal económico europeo». En: *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, pág. 601-620. Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992.
- WEBER, A. (2002). «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, pág. 87.

### Cita recomendada

ALZINA LOZANO, Álvaro (2023). «El derecho penal auspiciado por la Unión Europea para frenar los discursos de odio y la discriminación». En: «Hate speech, discrimination and online media». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 37. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa]  
<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i37.403576>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

### Sobre el autor

Álvaro Alzina Lozano  
 Universidad Rey Juan Carlos  
[alvaro.alzina@urjc.es](mailto:alvaro.alzina@urjc.es)

Profesor contratado doctor interino de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos desde 2017. Anteriormente, estuvo como becario de investigación en el Centro de Estudios Europeos Emile Noël de esta misma universidad, entre los años 2014 y 2016. Graduado en Derecho y Ciencias Políticas, máster en Acceso a Abogacía y doctor en Derecho en el año 2020, con una tesis sobre la transposición de la normativa internacional en los casos de dopaje y violencia y la inclusión de estos preceptos en el Código Penal. Sus líneas de investigación son el derecho penal deportivo y la cooperación judicial penal en la Unión Europea; esta última lo llevó a realizar una estancia de investigación en el Centro de Estudios Europeos de la Universidade Do Minho en Braga. Es miembro del grupo de investigación de alto rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos.

ARTÍCULO

# El papel del profesorado universitario español ante el nuevo modelo europeo de educación superior y el despliegue tecnológico en la docencia

Albert Lladó Martínez

Universidad de Girona

Fecha de presentación: junio 2022

Fecha de aceptación: septiembre 2022

Fecha de publicación: marzo 2023

## Resumen

Durante la última década se advierte un constante incremento en regulaciones de diversa índole que afectan al quehacer docente del profesorado universitario, así como a la extensión de la libertad de cátedra como libertad individual y también, en menor medida, a la autonomía universitaria; unas limitaciones que afectan principalmente a la planificación, ordenación e incluso a las decisiones sobre los contenidos y la metodología de la docencia. En este trabajo se identifican algunos de los principales ámbitos en los que estos límites se presentan en mayor medida, especialmente el desarrollo de la normativa que ordena el Espacio Europeo de Educación Superior en España. La continua ampliación que, derivada de esta normativa, experimentan las potestades de ordenación de la docencia por parte de las instituciones se traslada en la mayoría de los casos en detrimento de la capacidad de decisión del profesorado.

Siendo también años de despliegue de multitud de posibilidades y herramientas tecnológicas, su elección e implementación ha quedado asimismo en manos de las universidades, mientras que los docentes deben habitualmente amoldarse a aquellas tecnologías que la institución les permita o les obligue a usar. Una vez más, se mediatizan las posibilidades de elección de la metodología docente que ha de emplear el profesor.

En el texto se expone la primacía con la que se ha ido dotando a las potestades organizativas de las instituciones, estatales, autonómicas o incluso de las propias universidades, siempre a cambio de restringir la libertad de cátedra individual del docente. Se pretende advertir, en definitiva, de que la implantación de una universidad moderna y coherente con el EEES no significa ni debería suponer imposiciones excesivas desde los poderes públicos a los docentes, una prevención que es precisamente el motivo de la existencia de la libertad de cátedra.

## Palabras clave

universidades; tecnología; libertad de cátedra; autonomía universitaria; libertad académica; EEES

## *The role of the Spanish university teaching staff in the new European model of higher education and the deployment of technology in teaching*

### **Abstract**

*Over the last decade, there has been a constant increase in regulations of various types that affect the tasks of university professors, as well as the extension of academic freedom as an individual freedom and, to a lesser extent, university autonomy. These limitations mainly affect the planning, organization and even decisions on content and teaching methodology. This paper identifies some of the main areas in which these limits are increasing, especially the deployment of the regulations that configure the European Higher Education Area in Spain. The continuous extension of the powers of organization of teaching that the institutions are obtaining from this regulation are, in most cases, to the detriment of the decision-making capacity of the teaching staff.*

*Along with years of deployment of a multitude of technological possibilities and tools, their choice and implementation have also remained in the hands of universities, while teachers must usually adapt to those technologies that the institutions allow or force them to use. Once again, teachers' opportunities to choose the teaching methodology they use are mediatized.*

*The text exposes the primacy with which the organizational powers of state, regional or even university institutions have been endowed, always in exchange for restricting teachers' individual academic freedom. I intend here to warn, in short, that the implementation of a modern university, consistent with the EHEA, does not mean and should not imply excessive imposition from public powers over professors: a prevention that is precisely the reason for the existence of academic freedom.*

### **Keywords**

*universities, technology, academic freedom, university autonomy, EHEA*

# 1. Una mínima historia reciente de la libertad de cátedra como pilar fundamental de la docencia y su vínculo con la autonomía universitaria

La libertad de cátedra y su alcance fueron objeto de debate doctrinal durante las primeras décadas tras la aprobación de la Constitución en 1978. Sin embargo, se han ido incorporando novedades de tipología variada al entorno de la enseñanza universitaria, unas novedades que afectan directa e indirectamente a esta libertad y que creo que dan pie a revisar su estado actual.

Si nos limitamos a remontarnos al siglo pasado, en la Constitución de 1931 se reconocía la libertad de cátedra a los «maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial», a los que se identificaba como funcionarios públicos, una identificación que tenía por objeto liberarles de posibles controles o censuras (Lozano Cutanda, 1995, págs. 103-104). Más recientemente, durante los trabajos de elaboración de la Constitución de 1978 se propuso sustituir el término *libertad de cátedra* por el de «libertad de expresión docente» y, en otra propuesta, por «libertad de docencia», en el sentido de ampliar la protección a todos los docentes. También se propuso buscar una mayor precisión de la expresión, para evitar que se realizaran interpretaciones restrictivas; en este sentido, se propuso «libertad de creación cultural y de expresión literaria, artística, científica y docente», un texto que tampoco prosperó.

El texto final, que recoge la libertad de cátedra en su expresión tradicional, fue objeto sin embargo de una interpretación en principio expansiva por parte del Tribunal Constitucional (Vidal Prado, 2001, pág. 228). La primera referencia, en este sentido, ha de ser necesariamente la STC 5/1981, en la cual figura, además, el voto particular

de Tomás y Valiente que introduce el concepto de la doble vertiente de la libertad de cátedra, como libertad personal y al mismo tiempo como garantía institucional. Una garantía que actúa desde la vertiente pública de esta libertad (Lozano Cutanda, 1995, pág. 141), que se vehicula a través de la institución al servicio de la docencia y la investigación, es decir, la Universidad. Esta doble concepción, que se acabaría aceptando mayoritariamente en la doctrina, implica que no estamos ante un derecho únicamente de defensa individual ante los poderes públicos, sino que se trata de un principio que fundamenta también el propio marco de la institución en la que se desarrolla.

La libertad de cátedra se vinculaba asimismo con la libertad de la ciencia. En este sentido, la STC 26/1987 define la autonomía universitaria como la dimensión institucional de la libertad académica «que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra; ambas sirven para delimitar ese espacio de libertad intelectual sin el cual no es posible la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia». Esta libertad operaría en el sentido tanto positivo de libre exposición y de la propia investigación, como en el negativo consistente en la facultad de oponerse a la imposición de una orientación que pudiera provenir de una doctrina o ideología estatal (Vidal Prado, 2008, pág. 551).

En la actualidad, el desarrollo legal específico de la libertad de cátedra en el espacio universitario se encuentra en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), que concreta en su artículo 33.2 que los profesores ejercerán la docencia con libertad de cátedra «sin más límites que los establecidos en la Constitución y en las leyes y los derivados de la organización de las enseñanzas en sus Universidades». A este respecto, el artículo 2.3 señala que «la actividad de la universidad, así como su autonomía, se fundamentan en el principio de libertad académica, que se manifiesta en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio».<sup>1</sup> Por lo que res-

1. En los últimos meses el Gobierno estatal ha presentado diversos borradores de anteproyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU). En la última versión hasta el momento (admitida ya como proyecto de ley orgánica en el Congreso el 28 de junio de 2022), la libertad de cátedra aparece en términos parecidos a los previstos en la actual LOU, con una diferencia de fondo importante: se explicita (art. 6.1) que la docencia se ejercerá garantizando la libertad de cátedra en los términos del artículo 3.3, en el cual se afirma que «la autonomía universitaria garantiza la libertad de cátedra, que se manifiesta en la libertad en la docencia, la investigación y el estudio». Como se observa, se da la vuelta a la primacía; en la actual LOU, la autonomía de la universidad «se fundamenta» en la libertad de cátedra. En cambio, en el anteproyecto de LOSU, se coloca la libertad individual como dependiente de su carácter institucional (es la autonomía universitaria la que «garantiza» la libertad de cátedra). Esta nueva configuración puede tener consecuencias notables en la posterior interpretación, aún más restrictiva de la libertad individual de cátedra, en favor de la potestad de organización que ejercen las diversas administraciones con competencias sobre los diversos aspectos de la docencia universitaria, otorgando mayor preeminencia si cabe a la dimensión institucional de la libertad de cátedra y profundizando en la línea de vaciado de contenido de su componente individual que se pretende evidenciar en este trabajo.



pecta a los límites a los que se refiere el 33.2, ningún texto legal establece precepto alguno que se señale como límite a la libertad de cátedra, de manera que tales límites han de deducirse y establecerse a partir de la conflictividad que se ha ido produciendo y de los pronunciamientos de los tribunales, que han ido dando forma al contenido y a la extensión de esta libertad.

La autonomía universitaria, por su parte, es un derecho fundamental que otorga un notable poder a las universidades frente a los restantes poderes públicos del Estado (Chaves García, 2001, pág. 20). Así, en su condición de derecho fundamental, su desarrollo se deberá realizar bajo ley orgánica, además de gozar de la protección en amparo ante los tribunales ordinarios. Por otra parte, son los propios órganos universitarios representativos los que tienen atribuida la responsabilidad del Gobierno y la gestión de la institución, sin posibilidad de control genérico ni de oportunidad desde las Administraciones territoriales. Por supuesto, se encuentra sometida a la ley, y en especial a la ley orgánica que la regula y a la legislación derivada y de aplicación, pero en todo aquello no regulado específicamente dispondrá de plena capacidad de decisión (STC 26/1978).

La convivencia de la libertad de cátedra con la autonomía universitaria ha sido objeto de atención ya desde la inclusión de ambos derechos en la Constitución de 1978. Cuando existan choques entre ambas libertades, habrá que estudiar las circunstancias de cada caso concreto y en ningún caso existirá un predominio general de una sobre otra (Embid Irujo, 1983, pág. 265). Así, la mencionada STC 5/1981 apuntó que las diferencias de criterio entre el titular del centro y el profesor pueden dar lugar a conflictos «cuya solución habrá de buscarse a través de la jurisdicción competente». Posteriormente, la STC 179/1996, a la que haremos referencia más adelante, remarcó la necesaria coexistencia de ambas libertades puesto que no se autoexcluyen, sino que se complementan recíprocamente.

Por lo que se refiere a la función docente y a la convivencia de la libertad del profesor para decidir y orientar los contenidos de la docencia con la función organizadora

de las autoridades universitarias, las sentencias emitidas<sup>2</sup> han ido validando la separación entre una y otra, mayoritariamente en el sentido de dar cobertura a la potestad de ordenación y organización de los centros y de no reconocer con su ejercicio daño alguno a la libertad de cátedra.<sup>3</sup> Tal como recoge Vidal Prado (2008, pág. 96), un argumento reiteradamente aludido por el Constitucional consiste en que la libertad de cátedra no puede suponer un derecho de su titular a autorregular sin límite la función docente en todos sus aspectos sin tener en cuenta los criterios organizativos del centro.

En los últimos años, el «espacio de libertad intelectual», al que se había aludido a menudo en la jurisprudencia constitucional (SSTC, 183/2011, 74/2019), va siendo un espacio cada vez más ajustado, no ya por aquellas amenazas ideológicas que dieron sentido inicial a su garantía, sino que en la actualidad se ve constreñido por los nuevos condicionantes que han ido apareciendo, y que se han ido asumiendo con cada vez menor oposición por parte del profesorado universitario, que parece cada vez más ocupado y preocupado por la investigación y menos por la docencia.

Como apuntaba Blanca Lozano (1995, pág. 100), tras la Constitución ya no es necesaria la defensa del funcionario ante la imposición ideológica del poder. Y, de acuerdo con esta apreciación, las sentencias del Constitucional podían entonces poner en valor el componente de la libertad docente; así, la mencionada STC 26/1987: «la libertad académica comprende libertad de enseñanza, de estudio y de investigación. Y la autonomía universitaria las ha de proteger de injerencias externas». También la STC 179/1996: «la libertad de cátedra apodera a cada docente para disfrutar de un espacio intelectual propio y resistente a presiones ideológicas, que le faculta para explicar, según su criterio científico y personal, los contenidos de aquellas enseñanzas que la universidad asigna, disciplina y ordena». Sin embargo, las novedades introducidas, especialmente en la última década, han significado nuevas presiones y ajustes de la libertad de cátedra; esta vez no se trata de presiones ideológicas, sino de aquellas derivadas de las imposiciones de metodología, de herramientas y de

2. Son destacadas las SSTC 26/1987, de 27 de febrero, 55/1989, de 23 de febrero, 130/1991, de 6 de junio, y 187/1991, de 3 de octubre.

3. Entre otras, STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 2, respecto del papel correspondiente a un departamento universitario en la fijación del programa de las asignaturas: «La regulación de la función examinadora entra cabalmente en esa facultad de autoorganización de los centros docentes, sin que con ello se vulnere la libertad de cátedra». También, Auto del Tribunal Constitucional núm. 457/1989 de 18 septiembre. RTC 1989\457: «el derecho a la libertad de cátedra, en cuanto libertad individual del docente (...) no desapodera en modo alguno a los centros docentes de las competencias legalmente reconocidas para disciplinar la organización de la docencia».

organización de la docencia, así como de condicionantes indirectos que limitan algunas de las libres decisiones a tomar en el desempeño de la docencia. De ellas se tratará en las siguientes páginas.

## 2. Nuevos condicionantes de la actividad docente del profesorado universitario

### 2.1 Una planificación teledirigida de la docencia a partir del plan Bolonia

En la actualidad, la planificación de la enseñanza universitaria se encuentra en gran medida decidida por la Universidad en cuanto a programación y calendarización, pero también en lo referente a contenidos y conocimientos que deben ser adquiridos y, por tanto, enseñados. Esto deja en la práctica un margen exiguo al ejercicio de la libertad de cátedra, que va quedando reducido al enfoque concreto, prácticamente al matiz que el profesor pueda aportar a los contenidos. Las obligaciones impuestas por la organización, así como las derivadas de la digitalización y de la incorporación de tecnologías, influyen y mediatizan decisivamente la labor docente, y merman notablemente las opciones del profesorado (Expósito Gómez, 2013, pág. 12).

Los resultados previstos del aprendizaje, esto es, los conocimientos, las habilidades y las competencias que ha de adquirir, deben ser públicos y conocidos por el estudiante de forma previa al inicio de sus estudios, así se estipula en el Real Decreto 822/2021, al que nos referiremos más adelante. La programación detallada ofrece más información al estudiante, pero al mismo tiempo coarta la flexibilidad, las posibilidades de adaptación del profesor durante el período de enseñanza. Se dificultan los cambios o las adaptaciones sobre la marcha de la asignatura, hasta el punto de ser prácticamente imposible cambiar la fecha prevista

para una actividad, en buena parte debido a los apretados calendarios que se imponen al haber de conjugar calendarios cortos con un buen número de actividades en todas las asignaturas, que a su vez han ido incrementando el número de grupos en cada una de ellas.

La raíz de estos cambios tiene su inicio en la integración de nuestro sistema universitario en el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) a través del «proceso de Bolonia»,<sup>4</sup> que introdujo un cambio radical en lo referente al sistema educativo, pasando de estar centrado en el profesor y en su ritmo y orientación docente a pivotar alrededor del estudiante y de su proceso de aprendizaje. En el mismo sentido, la reducción del número de cursos en los grados universitarios, que también incorporaba el proceso de convergencia europea de titulaciones, causó no pocas disfunciones en la programación de los nuevos grados, que en muchos casos debían organizar las mismas materias y enseñanzas en un menor número de cursos académicos. Estos cambios tuvieron un importante rechazo inicial en determinados ámbitos del conocimiento, notablemente en los estudios de derecho,<sup>5</sup> que vieron en la nueva estructura un obstáculo a la formación de profesionales con el nivel esperado tras una educación superior. Si bien la oposición al cambio en los estudios de derecho no tuvo éxito, es cierto que en determinadas carreras no se aplicó el cambio de estructura de las titulaciones (Arquitectura, Farmacia, Odontología, Veterinaria y Medicina imparten en un solo grado el equivalente a la estructura de grado más máster exigida en la mayoría de los ámbitos).

Tras la puesta en funcionamiento de las nuevas estructuras, se cuestionó también que el detallismo introducido en la precisión de las competencias, conocimientos y destrezas podía entrar en colisión con la libertad de cátedra (Aguado i Cudolà, 2010, pág. 5-6). En aquel momento, ya se avisaba de que la implantación del EEES no debía justificar sin más una minoración del derecho fundamental a la libertad de cátedra, un efecto que ya se empezaba a temer

4. Regulados en su inicio por los reales decretos 55 y 56 de 2005, ambos de 21 de enero, por los que se establece la estructura de las enseñanzas universitarias y se regulan los estudios universitarios oficiales de grado y de Pposgrado. Los detalles sobre el proceso de Bolonia y el Espacio Europeo de Educación Superior están disponibles en la página web de la Comisión Europea: <https://education.ec.europa.eu/es/proceso-de-bolonia-y-espacio-europeo-de-educacion-superior>
5. Es bien conocida la declaración «Saquemos los estudios de Derecho del proceso de Bolonia», que firmaron y promovieron académicos y juristas destacados. El texto no se encuentra ya en el sitio web donde se alojó para recoger adhesiones, pero se puede consultar su contenido completo en el blog del profesor Andrés Boix: <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=206>. [Fecha de consulta: 17 de junio 2022].

incluso como el inicio de una lenta agonía de tal libertad (Expósito Gómez, 2013, pág. 15).

En la actualidad, estos impactos sobre el entorno de la libertad de cátedra tienen ya un notable recorrido y sus consecuencias limitadoras se hallan bien asentadas. Efectivamente, como se apuntaba al inicio de su implantación, las exigencias en la organización y en la planificación de la docencia han crecido tanto en número como en detalle, y han reducido cada vez más el papel y la capacidad de decisión del docente (Jarne Muñoz, 2019, pág. 133). También se ha criticado la estandarización del conocimiento que provoca el ingente nivel de programación previa, en el sentido de que tal tendencia en la educación superior podría suponer una limitación no solo para el profesorado, sino también para el desarrollo de las capacidades propias del estudiantado crítico y maduro (Campos-Céspedes y Solano-Gutiérrez, 2020, pág. 7). En todo caso, este camino priva de capacidad de decisión a los docentes y cartesianiza cada vez más una labor que necesita ser en buena parte artesanal.

Contribuye a las dudas sobre la excesiva influencia de la programación sobre las libertades académicas el relativamente reciente comunicado sobre la libertad de cátedra acordado en la última cumbre ministerial del Grupo de Seguimiento de Bolonia,<sup>6</sup> celebrada en Roma en 2020. En el texto se exponen las complejidades de las relaciones y el debate permanente entre las libertades académicas y las responsabilidades públicas e institucionales inherentes. Sin embargo, el texto otorga a las universidades la responsabilidad sobre cómo se imparte la docencia de los programas, un ámbito en que se limita a asegurar que los docentes tienen también «una gran responsabilidad». Una declaración que menciona a los docentes, pero sin ningún contenido y que, viniendo de una cumbre ministerial, refuerza la tesis de la necesidad de una revisión de la libertad de cátedra y sus límites, especialmente para asegurar que tal libertad no acabe siendo vaciada de contenido por la expansión de las libertades y garantías adyacentes.

En este sentido, las recomendaciones y orientaciones provenientes del EEES van cada vez más en la dirección de ampliar el detalle de las condiciones de organización de las enseñanzas;<sup>7</sup> unas condiciones que en nuestro país se asumen por los Gobiernos central y autonómicos y, en parte, por las propias universidades. El papel del profesorado a este nivel se desarrolla a través de su presencia en los órganos de decisión universitarios y, en menor medida, en órganos de coordinación universitaria estatales y autonómicos. La libertad de cátedra, por su parte, no experimenta mayor concreción ni se detalla en mayor medida su alcance; sigue siendo el espacio intelectual propio que se le garantiza constitucionalmente al profesor para resistir a cualquier presión ideológica a la hora de explicar los contenidos de las enseñanzas que se le asignan. Ocurre que el docente no recibe en general presiones ideológicas, sino presiones organizativas y burocráticas que afectan de una forma más sutil e indirecta, pero efectiva, a las decisiones de su docencia.

## 2.2 El Real Decreto 822/2021 y la calidad de la enseñanza

Más de una década después de haber adaptado las titulaciones universitarias al EEES, la normativa sigue avanzando en la misma dirección. En la actualidad se encuentra vigente el Real Decreto 822/2021, de 20 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad, que ha sustituido a los anteriores RD 1393/2007 y a los iniciales RRDD 55 y 56 de 2005. La nueva norma sigue focalizando la formación universitaria «en el estudiantado y en sus competencias, entendidas estas como el conjunto de conocimientos, capacidades y habilidades académicamente relevantes», según reza su preámbulo.

Para garantizar el adecuado funcionamiento de la enseñanza y su estructura, se diseñan como sistema troncal los procedimientos de garantía de la calidad, que se vehi-

6. (Bologna Follow Up Group, 2020, págs. 3-4) El párrafo referenciado dice en su versión original «Public authorities have the responsibility to ensure that relevant higher education programmes are offered to citizens, while autonomous higher education institutions assume a large responsibility for research underpinning programmes, and for how programmes are taught. Academic staff also exercise a strong responsibility in setting the curriculum and programme components, and developing the teaching methods employed».
7. En este sentido, se avanza desde la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión COM(2022)16, de 18 de enero de 2022, sobre una estrategia europea para las universidades) y desde el Consejo Europeo «Resolución del Consejo de 26 de febrero de 2021, relativa a un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación con miras al Espacio Europeo de Educación y más allá (2021-2030)».

<https://idp.uoc.edu>

culan a través de las correspondientes agencias de evaluación de la calidad y de acreditación. Estas agencias van cobrando un mayor papel en el ámbito docente, a menudo en detrimento de la capacidad decisoria del profesorado, como ya se apuntaba desde el momento de su creación (Expósito Gómez, 2013, pág. 13). Sin entrar a analizar en profundidad el RD por cuestión de espacio, no es difícil encontrar indicios que apuntan en este sentido: el artículo 13.2 otorga a las agencias la responsabilidad de «garantizar la coherencia académica entre la denominación del título universitario oficial de Grado y los objetivos formativos, así como la estructura y contenidos fundamentales del plan de estudios». Según este redactado, la coherencia de los contenidos fundamentales de los grados deberá ser controlada por la agencia de calidad competente, una función relativa a los contenidos de la enseñanza que va un paso más allá de lo dispuesto en el anterior RD 1393/2007.

Por otro lado, según la Agencia para la Calidad del Sistema Universitario de Cataluña (AQU por sus siglas en catalán),<sup>8</sup> la explicitación en la normativa de los resultados que obtener del aprendizaje de una titulación presenta diversas ventajas. En el caso del profesorado, le ayudaría a planificar las materias y las actividades formativas y de evaluación, seleccionando las estrategias más adecuadas para la asignatura o valorando la efectividad del aprendizaje y de la metodología docente seguida. Estas son sin duda bondades que presenta esta aproximación; sin embargo, aparecen también aspectos bastantes más cuestionables. Así, en el modelo de memoria que el RD 822/2021 incluye para optar a la verificación del plan de estudios de un título oficial, se puntualiza que los resultados de la formación y del aprendizaje «deben ser evaluables, y deben centrarse en aquellos conocimientos o contenidos, competencias y habilidades o destrezas académicamente relevantes y significativas». De forma que el criterio para decidir si aquello que ha enseñado el profesor es académicamente relevante y significativo queda también en manos de la agencia evaluadora. De nuevo, el criterio del profesor queda, por lo menos, mediatizado. Tal vez algunos docentes –y órganos universitarios– tengan la tentación de limitar sus enseñanzas a aquellas que la experiencia les muestre que serán aprobadas posteriormente por la agencia correspondiente; de otro modo podría influir negativamente en una eventual verificación de sus planes de estudios.

### El papel del profesorado universitario español ante el nuevo modelo europeo de educación superior y el despliegue tecnológico en la docencia

En los documentos que las agencias tienen como referencia se encuentra marcada la misma tendencia de disminución del papel del profesorado, que parece ser condición necesaria para el diseño de una docencia, aprendizaje y evaluación centradas en el alumnado. Así, el documento de criterios y directrices para el aseguramiento de calidad en el EEES (European Association for Quality Assurance in Higher Education (ENQA) *et al.*, 2015),<sup>9</sup> únicamente dedica uno de sus veinticuatro criterios al personal docente, y solo para reclamar que sea competente y que su contratación se guíe por procesos justos y transparentes.

Poco a poco, y por la vía de hecho, no ya la libertad de cátedra sino incluso el papel del profesor ha ido menguando; las limitaciones que la aplicación del EEES han supuesto en este sentido han sido objeto de preocupación desde el inicio; así, Álvarez González (2010, pág. 77) plantea que se podría estar produciendo un cambio en la concepción de la libertad de cátedra, puesto que su «contenido positivo disminuye puesto que son los planes de estudio los que determinan el contenido de la enseñanza y porque el profesor no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad». Sin embargo, las potestades atribuidas al Estado para fijar un «común denominador mínimo» (STC 106/1990) en los planes de estudio de titulaciones oficiales y su normativa de desarrollo (homologación de planes de estudios, organización de las enseñanzas y aseguramiento de la calidad, entre otras) dejan a las universidades únicamente con la mera responsabilidad de elaborar la propuesta, que necesitará posteriormente ser aprobada por las autoridades educativas (Fernández Vivas, 2019, pág. 82).

Otro ámbito en el que esto ocurre es en la escasa libertad del profesor a la hora de priorizar o modular de alguna manera los conocimientos, capacidades y habilidades, que vienen impuestas por las guías o programas docentes (Jarne Muñoz, 2019, págs. 131-132). Una vez que la información aparece en el programa, no hay posibilidad de cambio, por mucho que el profesor detecte necesidades en el alumnado que requieran un reenfoque, o que la actualidad presente circunstancias merecedoras de ser consideradas. Se mezcla la imprescindible transparencia con la previsibilidad, que se lleva hasta el extremo del encasillamiento de la docencia.

8. Boletín disponible en: <https://www.aqu.cat/ca/el-Butlleti/elButlleti-105/EI-perfil-de-les-titulacions-resultats-d-aprenentatge-objectius-formatius-i-perfil-de-graduacio>.

9. Disponible en: [https://www.enqa.eu/wp-content/uploads/2015/11/ESG\\_2015.pdf](https://www.enqa.eu/wp-content/uploads/2015/11/ESG_2015.pdf), y en español en: [http://www.aneca.es/eng/content/download/13558/168384/file/ESG\\_castellano\\_2015b.pdf](http://www.aneca.es/eng/content/download/13558/168384/file/ESG_castellano_2015b.pdf).

Y, finalmente en este apartado, con cada vez más frecuencia se observa la imposición de una metodología docente concreta den cuanto al estudio o la facultad. Y si no la imposición, sí la fuerte influencia que de facto se ejerce sobre el profesor para su adopción, lo que implica una vez más menor capacidad de decisión para el docente.<sup>10</sup> Se reduce el papel del profesor a ser poco más que un aplicador de los programas a través de la metodología establecida y un garante de la correcta observancia de los procedimientos previstos. Se está en la línea de dar la vuelta a la relación entre la libertad de cátedra y la autonomía universitaria a través de la vía de hecho,<sup>11</sup> una relación en la que la autonomía universitaria debería estar al servicio de la libertad académica y de cátedra, «puesto que estas son su fundamento y razón de ser» (Torres Muro, 2005, pág. 53), mientras que en la actualidad las reglamentaciones organizativas dejan cada vez menos espacio al docente para tomar, precisamente, decisiones docentes.

### 3. El impacto de la tecnología sobre la metodología docente

Desde otro punto de vista, la metodología docente se ve condicionada por las herramientas tecnológicas que la institución pone a disposición, o que obliga a utilizar. El profesor tampoco va a poder, en la mayoría de los casos, escoger el recurso tecnológico que más adecuado le parezca, sino que deberá adaptar su docencia a lo proporcionado por la universidad. En este sentido, el propio RD 822/2021 reconoce en su preámbulo que la revolución

tecnológica y su impacto en el mundo universitario puede haber generado nuevas problemáticas, como es el caso, o agudizado algunas preexistentes.

No existen directrices claras en la legislación vigente que definan derechos y obligaciones en relación con el uso de la tecnología en la docencia.<sup>12</sup> Tampoco el Anteproyecto de LOSU parece que vaya a aportar luz sobre este tema,<sup>13</sup> de marcada incidencia sobre el ejercicio de la libertad de cátedra. Y en esta confluencia que se produce entre tal libertad y la adopción de tecnología en su ejercicio, se pueden dar las condiciones para la aparición de conflictos que en determinados casos van a tener una difícil solución, precisamente debido a la ausencia de regulación en la normativa. Escenarios como los que se puedan producir cuando un profesor rechace utilizar determinadas herramientas tecnológicas a las que le obligue la institución; una negativa fundamentada en que considere que su metodología docente no puede ser correctamente aplicada mediante tal tecnología. La pregunta que se plantea es si podrá el profesorado apelar a su libertad de cátedra para motivar su decisión de optar por utilizar otros medios electrónicos de su elección, que considere más adecuados a su metodología docente; o incluso si podrá negarse a utilizar medios electrónicos, no para la organización y planificación de asignaturas, sino para su docencia.

No es extraña la aparición de situaciones problemáticas en la actualidad, derivadas del uso de la tecnología en todo tipo de entornos. Un ejemplo lo encontramos en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 3153/2021, de 22 de julio, que ha confirmado la sanción impuesta a un ma-

10. Por ejemplo, en los estudios de Medicina de la Universidad de Girona la metodología básica empleada es el aprendizaje basado en problemas (ABP). Sin discutir la adecuación del método a los estudios y sus buenos resultados, es evidente que restringe la posibilidad de emplear métodos alternativos, ya que se aplica de forma transversal a los conocimientos y competencias que adquirir. Consultable en: <https://www.udg.edu/es/fm/informacio-academica/metodologia-docent/funcionament-pla-destudis>.

11. Vid. también, en este sentido, la nota 1.

12. Tal vez lo más cercano sea la incorporación del artículo 47 bis al Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), mediante Real Decreto Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de aplicación también al personal laboral, que regula las condiciones del teletrabajo. Sin embargo, su redactado, que expresa que la Administración proporcionará y mantendrá «los medios tecnológicos necesarios para su actividad», no da respuesta a las precisiones de un tema tan específicamente ligado a la docencia como el que se plantea en estas páginas. Tampoco existen previsiones sobre uso de tecnología en normas configuradoras del entorno universitario como la LCTI, la propia LOU o su normativa de desarrollo. Especialmente, no existen en el Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, ni en el resto de normas sobre docentes universitarios, que se centran en el acceso, las acreditaciones, la contratación y las retribuciones.

13. El actual anteproyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU), de mayo de 2022, no contiene previsiones específicas sobre derechos o deberes relativos al uso de la tecnología en la docencia, y se incorpora el mismo régimen jurídico para el personal docente que establecía la LOU. Para el personal funcionario (art. 69.2), la remisión a las disposiciones dictadas por las comunidades autónomas, la legislación de función pública y los estatutos de la respectiva universidad. También se mantienen las remisiones para el personal docente en régimen laboral (art. 78.2), en este caso a la Ley del Estatuto de los Trabajadores, convenios colectivos y, en este punto, al EBEP.

gistrado que se negaba a usar los medios ofimáticos puestos a su disposición para la transcripción de sus resoluciones judiciales. En este caso, el Supremo se remite a una norma existente (art. 230.1 LOPJ) que obliga a juzgados, tribunales y fiscalías «a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones», a lo que añade que «las instrucciones generales o singulares de uso de las nuevas tecnologías (...) determinando su utilización, serán de obligado cumplimiento». Sin embargo, no solo no existe una disposición paralela en la normativa universitaria, sino que el derecho a la libertad de cátedra debería representar un límite frontal a la posibilidad de imponer una exigencia legal en términos tan absolutos como la introducida en la LOPJ.

Hay que remarcar que no existe base jurídica en la normativa actual que permita limitar la libertad de elección de tecnologías para la docencia por parte del profesorado. Pero, al mismo tiempo, es necesario hacer la misma constatación en sentido inverso, es decir, tampoco existe previsión normativa que faculte al docente para imponer sus preferencias por determinadas herramientas o sistemas tecnológicos en detrimento de aquellos facilitados por la universidad. Se trata este de un vacío normativo, el de la falta de regulación del uso de la tecnología en la docencia universitaria, que en la práctica se suele resolver a favor de la autonomía de la universidad a la hora de «disciplinar la organización de la docencia», siguiendo la doctrina de la mencionada STC 179/1996, de 12 de noviembre.

En esta sentencia, el alto tribunal define los derechos a la autonomía universitaria y a la libertad de cátedra como complementarios, y que en ningún caso se autoexcluyen (en el mismo sentido lo hacen las SSTC 212/1993 y 75/1997, entre otras). Así, la autonomía de la universidad «garantiza un espacio de libertad para la organización de la enseñanza universitaria frente a injerencias externas», mientras que la libertad de cátedra permite al docente «disfrutar de un

espacio intelectual propio y resistente a presiones ideológicas» para explicar según su criterio científico y personal los contenidos de las asignaturas que se le encargan. Sin embargo, la utilización y, especialmente, la posible imposición al profesorado de unas determinadas herramientas tecnológicas para la docencia abren una vía de colisión entonces inexistente entre ambos derechos. Y esto es así porque la tecnología en la actualidad va más allá de ser una mera herramienta y hunde sus raíces también en la función docente, en el cómo y en la orientación de la enseñanza, especialmente por su vinculación directa con determinados métodos. El uso de unas u otras tecnologías o aplicaciones condicionan en muchas ocasiones la metodología docente que el profesor va a poder emplear.<sup>14</sup> Fácilmente, puede ocurrir que la institución requiera el uso de determinado sistema, aplicación, tecnología o aparato que no sea coherente con la metodología escogida por el profesor. O bien, al contrario, que el profesor utilice tecnologías no escogidas o permitidas por la institución.

En este caso, de entre las tecnologías disponibles en cada momento, el profesor debería mantener la capacidad de optar por aquellas que crea más adecuadas para un enfoque y unos resultados óptimos de su docencia. La Universidad, como institución, debería diferenciar estas tecnologías y aplicaciones para la docencia de aquellas herramientas tecnológicas organizativas sobre las cuales sí que le correspondería capacidad de decisión e imposición en virtud de la autoorganización derivada de su autonomía. Disponer de unas u otras herramientas tecnológicas influye decisivamente en las metodologías docentes viables y supone un obstáculo añadido a la libertad de decisión del profesor en este sentido.

## Conclusiones

El terreno que circunda la actuación en el aula del profesor universitario va siendo ocupado por actores distintos del

14. Existe un buen número de metodologías para la docencia, un campo que en los últimos tiempos ha experimentado un reforzado interés, especialmente desde la entrada en vigor del proceso de Bolonia. Las metodologías docentes se han desarrollado de forma paralela a la implantación del proceso, algunas de ellas especialmente vinculadas a determinados estudios o titulaciones. Ejemplos de metodologías docentes, que presentan aplicabilidades bien diferenciadas en función de la rama del conocimiento y de las herramientas tecnológicas disponibles son: el aprendizaje basado en problemas (ABP), el aprendizaje cooperativo, el aprendizaje por proyectos (en un estudio o bien interdisciplinario), la clase inversa, el aprendizaje reflexivo, el intercambio virtual y colaboración internacional o la virtualización de la docencia, entre muchas otras variedades. Las publicaciones y estudios sobre su implementación y las herramientas tecnológicas a las que se asocian no son escasas; en el entorno del derecho, es recomendable la consulta de la publicación que la Universitat Oberta de Catalunya realiza a partir de las jornadas que celebra anualmente sobre la docencia del derecho y las TIC.

<https://idp.uoc.edu>

profesor individual. El núcleo primordial de la libertad de cátedra se mantiene, esto es, la libertad ideológica a la hora de ejercer la función docente; sin embargo, buena parte del espacio adyacente a esta libertad, que se encontraba tradicionalmente en manos del profesor –escoger la metodología docente, las herramientas para su transmisión, la capacidad de introducir cambios, la decisión sobre las competencias necesarias para el alumnado, entre otros–, va siendo paulatinamente adjudicado a otras instituciones.

Esta tendencia no es nueva; las repercusiones que representó en este sentido el proceso emprendido con la creación del EEES, advertidas por la doctrina desde el inicio, se han asentado e incluso extendido con el despliegue de la normativa reguladora del control de la calidad docente universitaria y el incremento de la intervención en manos de otras administraciones –distintas de la Universidad– a través de las agencias de calidad. La llamada dimensión institucional de la libertad académica se desarrolla en contraposición a la libertad individual del docente, y un nuevo paso hacia la preponderancia de la institución lo representa el cambio introducido en este preciso sentido en el actual proyecto de nueva Ley orgánica universitaria. En el proyecto actual, se coloca la autonomía universitaria como garante de la libertad de cátedra, un giro absoluto

El papel del profesorado universitario español ante el nuevo modelo europeo de educación superior y el despliegue tecnológico en la docencia

y de gran calado respecto de la ordenación en la LOU, en el que es la libertad de cátedra la que se concibe como fundamento para la autonomía institucional.

Más allá del incremento de las limitaciones provenientes de la normativa, otros condicionantes influyen también en la actividad docente, limitando el contenido real de la libertad de cátedra. Así, la disposición y el uso de herramientas tecnológicas en la docencia queda también a criterio de la institución, y recorta la capacidad de decisión del profesor sobre aspectos importantes de su propia metodología docente.

Uno de los objetivos del EEES es el de centrar la docencia y el aprendizaje en el alumno; siendo esta una pretensión deseable, el sistema seguido hasta ahora se ha centrado en programar cada vez con mayor detalle la ordenación y los contenidos de las enseñanzas. Para ello, se han magnificado las atribuciones de las instituciones y se han ignorado excesivamente las del otro gran actor en la enseñanza y el aprendizaje: el profesor. No olvidemos que la libertad de cátedra se introdujo en primer lugar para evitar las injerencias de los poderes públicos en el quehacer del docente.

## Referencias bibliográficas

- AGUADO I CUDOLÀ, V. (2010). «Libertad de cátedra, organización y planificación docente en la prestación del servicio público de enseñanza universitaria: el nuevo contexto del Espacio Europeo de Educación Superior». *Revista de educación y derecho*, núm. 2, págs. 1-15.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M. (2010). «La libertad de cátedra y el profesorado universitario ante el Espacio Europeo de Educación Superior». *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 2, págs. 69-80. DOI: <https://doi.org/10.24310/REJIE.2010.v0i2.7930>.
- BOLOGNA FOLLOW UP GROUP (2020). *Rome Ministerial Communiqué Annex I - Statement on Academic Freedom*. European Higher Education Area (EHEA). [Fecha de consulta: 18 mayo 2022]. [en línea]. Disponible en: [http://eha.info/Upload/Rome\\_Ministerial\\_Communique\\_Annex\\_I.pdf](http://eha.info/Upload/Rome_Ministerial_Communique_Annex_I.pdf).
- CAMPOS-CÉSPEDES, J.; SOLANO-GUTIÉRREZ, W. (2020). «Autonomía universitaria y libertad de cátedra en tiempos de cambio». *Innovaciones Educativas*, vol. 22, núm. 32, págs. 151-169. DOI: <https://doi.org/10.22458/ie.v22i32.2973>.
- CASARES MARCOS, A. (2012). «Reflexión metodológica para la docencia del Derecho administrativo en el nuevo contexto de los Grados». En: *Actas del Primer congreso virtual internacional sobre innovación pedagógica y praxis educativa*, págs. 863-876. AFOE.
- CENTENO PRIETO, S. (2021). «Alcance y límites de la libertad de cátedra». *Eikasia Revista de Filosofía*, núm. 99, págs. 421-504.
- CHAVES GARCÍA, J.R. (2001). *La universidad pública al derecho y al revés*. León: Editorial Evergráficas.
- EMBED IRUJO, A. (1983). *Las libertades en la enseñanza*. Madrid: Tecnos.
- EUROPEAN ASSOCIATION FOR QUALITY ASSURANCE IN HIGHER EDUCATION (ENQA); EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION (EUA); EUROPEAN STUDENTS' UNION (ESU) y EUROPEAN ASSOCIATION OF INSTITUTIONS IN HIGHER EDUCATION (EURASHE) (2015). *Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area (ESG)*. EURASHE [en línea]. Disponible en: [https://www.eqar.eu/assets/uploads/2018/04/ESG\\_2015.pdf](https://www.eqar.eu/assets/uploads/2018/04/ESG_2015.pdf).
- EXPÓSITO GÓMEZ, E. (2013). «Libertad de cátedra del profesor universitario. Contenido y amenazas en el contexto actual de reforma del modelo de universidad pública». *Revista de educación y derecho*, núm. 7, pág. 17.
- FERNÁNDEZ VIVAS, Y. (2019). «La delimitación de la libertad de cátedra ante la nueva realidad universitaria». *Revista RUEDA, Universidad, ética y derechos*, núm. 3-4, págs. 75-96.
- JARNE MUÑOZ, P. (2019). «La libertad de cátedra y el papel de la guía docente en la Universidad derivada del Espacio Europeo de Educación Superior». *Revista Educación, Política y Sociedad*, vol. 4, núm.2, págs. 122-135.
- LOZANO CUTANDA, B. (1995). *La Libertad de cátedra*. Prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Monografías jurídicas.
- MADRID RAMÍREZ, R. (2020). «El derecho a la libertad de cátedra, hoy». En: José Antonio Pinto Fontanillo (ed. lit.), Ángel Sánchez de la Torre (ed. lit.). *Los derechos humanos en el siglo XXI: en la conmemoración del 70 aniversario de la Declaración*, vol. 1, tomo 1, págs. 141-146.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2006). «Sobre la enseñanza del Derecho administrativo tras la declaración de Bolonia (texto, contexto y pretexto)». En: *Actas del I Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*, Toledo.
- TORRES MURO, I. (2005). *La autonomía universitaria*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.



VIDAL PRADO, C. (2001). *La Libertad de cátedra: un estudio comparado*. Prólogo de Antonio Torres del Moral. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección Cuadernos y debates, núm. 105.

VIDAL PRADO, C. (2008). «Libertad de cátedra y organización de la docencia en el ámbito universitario». *Revista española de derecho constitucional*, vol. 28, núm. 84, págs. 61-103.

### Cita recomendada

LLADÓ MARTÍNEZ, Albert (2023). «El papel del profesorado universitario español ante el nuevo modelo europeo de educación superior y el despliegue tecnológico en la docencia». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 37. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa]

<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i37.401765>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

### Sobre el autor

Albert Lladó Martínez

Departamento de Derecho Público, Universidad de Girona

[albert.llado@udg.edu](mailto:albert.llado@udg.edu)

Doctor en Derecho Administrativo (Universidad de Girona, 2014), licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración (Universitat Oberta de Catalunya, 2009), máster en Sociedad de la Información y del Conocimiento (Universitat Oberta de Catalunya, 2010) y diplomado en Gestión y Administración Pública (Universidad de Girona, 2006), premio extraordinario de la promoción.

Como investigador ha publicado artículos de investigación en revistas científicas y ha participado en obras colectivas, especialmente sobre temas de urbanismo y universidades públicas. Colabora en diversos proyectos de investigación y tiene reconocido un tramo de investigación (sexenio) por la Agencia de Calidad del Sistema Universitario de Cataluña (AQU, por sus siglas en catalán).

En la actualidad es profesor lector Serra Húnter de Derecho Administrativo en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Girona, desde septiembre de 2021. Anteriormente, fue profesor asociado en el mismo departamento.



<https://idp.uoc.edu>

ARTÍCULO

# Régimen tributario del *software* de facturación de empresarios y profesionales

Rafael Oliver Cuello

ESERP Business & Law School

Fecha de presentación: agosto 2022

Fecha de aceptación: octubre 2022

Fecha de publicación: marzo 2023

## Resumen

En la lucha contra la producción, comercialización, uso o simple tenencia de programas y sistemas informáticos que permitan la manipulación u ocultación de datos contables, de facturación y de gestión de empresarios y profesionales, se ha introducido en la Ley General Tributaria una nueva obligación tributaria formal, así como una infracción tributaria que trata de evitar los sistemas informáticos que permitan la falsificación de la realidad económica contable, de facturación y gestión o no garanticen la integridad, conservación, trazabilidad e inalterabilidad de los registros, y su accesibilidad y legibilidad por parte de los órganos competentes de la Administración tributaria.

En este mismo sentido, existe una propuesta de norma reglamentaria de desarrollo de esta materia que establece los requisitos que deben adoptar los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos de facturación de empresarios y profesionales, y la estandarización de formatos de los registros de facturación. Asimismo, se prevé que todo sistema informático que se utilice para dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en esta norma debe contar obligatoriamente con una declaración responsable de la que quede constancia formal, expedida por la persona o entidad productora, fabricante o desarrolladora de este, que asegure el compromiso por parte de dicha organización de suministrar productos digitales que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley General Tributaria y en el desarrollo reglamentario.

## Palabras clave

fiscalidad; *software*; facturación; registros contables; administración electrónica

## *Tax regime of invoicing software of business owners and professionals*

### **Abstract**

*In the battle against the production, commercialization, use or simple possession of IT programmes and systems that allow for the manipulation or concealment of the accounting, invoicing and management data of business owners and professionals, the General Taxation Act has introduced a new formal tax obligation as well as a tax infraction that attempts to prevent IT systems that enable the falsification of the economic reality of one's accounting, invoicing and management or that do not guarantee integrity, conservation, traceability and inalterability in accounts, nor their accessibility or readability on the part of the competent entities of the taxation administration.*

*In this same vein, there is a regulatory proposal in the development of such material that establishes the requirements that IT or electronic systems must adopt when they handle the invoicing processes of business owners and professionals, in addition to the standardization of invoicing account formats. Similarly, it is foreseen that all IT systems used to comply with the obligations contained within this law are obligated to contain a declaration of responsibility which is formally recorded, issues by the person or body that produces, manufactures or develops the same, which ensures their commitment to supplying digital products that comply with the requirements established by the General Taxation Act and regulatory development..*

### **Keywords**

*taxation; software; invoicing; accounts; electronic administration*

## 1. Normativa legal de lucha contra el *software* que permite la manipulación de datos contables y de facturación

Las administraciones tributarias de diversos países, en su actividad de comprobación habitual, al examinar los sistemas informáticos de gestión empresarial, han detectado, en ocasiones, que algunos de ellos facilitan, mediante herramientas digitales diseñadas para la evasión o defraudación tributaria, la ocultación de la verdadera realidad económica y tributaria de sus usuarios, omitiendo y alterando los datos reales, o interpolando o añadiendo datos ficticios.

De forma que estas circunstancias han determinado que gran parte de estas administraciones tributarias, en línea con las recomendaciones efectuadas desde instituciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) (OCDE, 2013, 2017), hayan implantado normativas estrictas y medidas de control y seguridad específicas para dificultar el fraude y facilitar la comprobación de unos datos que, por su naturaleza, son volátiles, duplicables, fácilmente manipulables de formas muy difíciles de detectar.

Este es el origen de una de las reformas llevadas a cabo en 2021 en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT). En efecto, la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego, añade la letra j al artículo 29.2 LGT, dedicado a las obligaciones tributarias formales (Sánchez Pedroche, 2021).

Así, el artículo 29.2.j LGT ha incorporado una nueva obligación tributaria formal: «la obligación, por parte de los productores, comercializadores y usuarios, de que los sistemas y programas informáticos o electrónicos

que soporten los procesos contables, de facturación o de gestión de quienes desarrollen actividades económicas garanticen la integridad, conservación, accesibilidad, legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros, sin interpolaciones, omisiones o alteraciones de las que no quede la debida anotación en los sistemas mismos».

Hay que tener en cuenta, asimismo, que el artículo 29.2.j LGT dispone que se puedan establecer por medio de un reglamento las especificaciones técnicas que deban reunir los sistemas y programas informáticos o electrónicos que sean la base de los procesos contables, de facturación o de gestión de quienes desarrollen actividades económicas, así como también «los requisitos para estar debidamente certificados y sus formatos estandarizados para su legibilidad».

Además, en la misma reforma legal se introduce una nueva infracción tributaria, el artículo 201 bis LGT, que pretende asegurar el cumplimiento de la referida obligación tributaria formal. La infracción trata de evitar sistemas informáticos que permitan la falsificación de la realidad económica contable, de facturación y gestión o no garanticen la integridad, la conservación, la trazabilidad y la inalterabilidad de los registros, así como su accesibilidad y legibilidad por parte de los órganos competentes de la Administración tributaria.<sup>1</sup>

Se puede afirmar, pues, que la finalidad de estas dos modificaciones legales es luchar contra la producción, comercialización, uso o simple tenencia de programas y sistemas informáticos que permitan la manipulación u ocultación de datos contables, de facturación y de gestión de empresarios y profesionales (Serrano Antón, 2022; Turiel Martínez *et al.*, 2022).

### 1.1. Los requisitos legales del *software* de facturación y su certificación

Como se ha comentado, el nuevo artículo 29.2.j LGT establece «la obligación, por parte de los productores, comercializadores y usuarios, de que los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos

1. La doctrina destaca que la nueva infracción de la LGT no solo va dirigida a los empresarios y profesionales usuarios de este tipo de programas como obligados tributarios, sino también –y esto representa una gran novedad–, a los productores y comercializadores de dichos programas, en su consideración de tales. Véase Gómez Jiménez, C. (2021). «La modificación de la Ley General Tributaria efectuada por la Ley 11/2021, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal». *Carta Tributaria*, núm. 79, págs. 1-18.

contables, de facturación o de gestión de quienes desarrollen actividades económicas, garanticen la integridad, conservación, accesibilidad, legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros, sin interpolaciones, omisiones o alteraciones de las que no quede la debida anotación en los sistemas mismos. Reglamentariamente se podrán establecer especificaciones técnicas que deban reunir dichos sistemas y programas, así como la obligación de que los mismos estén debidamente certificados y utilicen formatos estándar para su legibilidad».

Como han puesto de relieve los citados informes de la OCDE, el *software* de supresión de ventas, también denominado *software* de doble uso, es una creación diseñada para alterar o suprimir determinadas operaciones con trascendencia tributaria. Así, los sistemas y programas de gestión de la actividad económica operarán sin tener en cuenta dichas operaciones (si han sido suprimidas) o tomando los datos alterados y no los originales (si el programa modifica los datos reales) (Turiel Martínez, 2021).

Según comenta cierta doctrina, la introducción de estas nuevas previsiones legales sobre el *software* de doble uso supone una reacción legislativa a determinadas operaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT) en sectores minoristas y de la restauración, algunas muy difundidas en los medios de comunicación, y en las que, supuestamente, se detectó el uso de este tipo de *software* para ocultar parte de los ingresos (García Novoa, 2021, pág. 2).

En cualquier caso, compartimos la opinión de la doctrina citada que destaca que, bajo la apariencia de una nueva obligación formal que recae sobre empresas que se dedican a fabricar, producir y comercializar programas informáticos, se establece un deber específico de certificación. Es importante recordar que la certificación es un instrumento esencial en la implantación de la relación cooperativa, basada en la correcta llevanza por los contribuyentes de sistemas de *compliance* tributario y que tiene su contrapunto en la certificación de la aplicación efectiva de los protocolos de buenas prácticas tributarias. De forma que la certificación efectiva de los sistemas de

gestión tributaria asegura la transparencia en la que se ha de apoyar la relación cooperativa.

Asimismo, también entendemos, como hace la doctrina citada, que tal certificación puede ser un elemento relevante para acreditar, ante la Administración tributaria o los tribunales, la voluntad del contribuyente de cumplir con sus obligaciones. Y en el marco de esa nueva relación cooperativa, en efecto, son muy importantes las prácticas administrativas de *profiling* fiscal o clasificación de los contribuyentes según el grado de cumplimiento que acrediten o según perfiles de riesgo.<sup>2</sup>

## 1.2. Régimen sancionador del incumplimiento del *software* de facturación

El nuevo artículo 201 bis LGT, como ya se ha comentado, regula la infracción tributaria grave por fabricación, producción, comercialización y tenencia de sistemas informáticos que no cumplan las especificaciones exigidas por la normativa aplicable.

En el apartado 1 de este precepto, se establece que «constituye infracción tributaria la fabricación, producción y comercialización de sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos contables, de facturación o de gestión por parte de las personas o entidades que desarrollen actividades económicas, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) permitan llevar contabilidades distintas en los términos del artículo 200.1.d LGT;
- b) permitan no reflejar, total o parcialmente, la anotación de transacciones realizadas;
- c) permitan registrar transacciones distintas a las anotaciones realizadas;
- d) permitan alterar transacciones ya registradas incumpliendo la normativa aplicable;
- e) no cumplan con las especificaciones técnicas que garanticen la integridad, conservación, accesibilidad,

2. La experiencia de la calificación de los contribuyentes como cumplidores o incumplidores tiene ya cierta tradición en el mundo aduanero, con la figura del operador confiable. Y pronto será una realidad en el IVA, con la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea para la reforma del régimen del impuesto, fruto del Informe de 3 de octubre de 2017. La propuesta de directiva incluye la figura del contribuyente certificado. Véase C. García Novoa (2021). «Algunas novedades de la Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal», cit., pág. 3.

legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros, así como su legibilidad por parte de los órganos competentes de la Administración tributaria, en los términos del art. 29.2.j LGT;

- f) no se certifiquen, estando obligado a ello por disposición reglamentaria, los sistemas fabricados, producidos o comercializados».

Y en el apartado 2 del artículo 201 bis LGT, se establece que «constituye infracción tributaria la tenencia de los sistemas o programas informáticos o electrónicos que no se ajusten a lo establecido en el art. 29.2.j LGT, cuando los mismos no estén debidamente certificados teniendo que estarlo por disposición reglamentaria o cuando se hayan alterado o modificado los dispositivos certificados. La misma persona o entidad que haya sido sancionada conforme al apartado 1 del art. 201 bis LGT no podrá ser sancionada por lo dispuesto en este apartado 2».

La infracción del apartado 1 de este precepto legal se sancionará con «multa pecuniaria fija de 150.000 euros, por cada ejercicio económico en el que se hayan producido ventas y por cada tipo distinto de sistema o programa informático o electrónico que sea objeto de la infracción. No obstante, las infracciones de la letra f del apartado 1 de este art. 201 bis LGT se sancionarán con multa pecuniaria fija de 1.000 euros por cada sistema o programa comercializado en el que se produzca la falta del certificado».

Y la infracción del apartado 2 se sancionará con «multa pecuniaria fija de 50.000 euros por cada ejercicio, cuando se trate de la infracción por la tenencia de sistemas o programas informáticos o electrónicos que no estén debidamente certificados, teniendo que estarlo por disposición reglamentaria, o se hayan alterado o modificado los dispositivos certificados» (Rovira Ferrer, 2021, 2022).

Algún autor ha criticado este régimen sancionador por considerar que la configuración de esta nueva infracción presenta elementos de colisión con algunos principios fundamentales del derecho sancionador tributario (García Novoa, 2021, págs. 5-6). Así, desde la exigencia de tipicidad, se puede entender afectado este principio, puesto que las especificaciones técnicas, que serán la base de la certificación, van a ser objeto de regulación vía reglamento, por lo que es, por lo tanto, una norma reglamentaria la que complementa el tipo infractor, lo cual puede producir una quiebra a las exigencias de seguridad jurídica.

Además, según esta opinión doctrinal, en relación con la culpabilidad, en cuanto se sanciona la mera tenencia del *software*, no necesariamente ligada a su producción o comercialización, estamos ante un tipo infractor semejante a lo que en el derecho penal son los delitos de mero peligro. Se sanciona un hecho de simple riesgo, sin requerirse una consumación. Es por eso por lo que, en este tipo de infracciones, igual que ha exigido la jurisprudencia respecto a los delitos, es necesario asegurar la culpabilidad, verificando la concurrencia de una especie de dolo de peligro. Si se está sancionando por una conducta de mero peligro como es la simple tenencia del *software*, con independencia de su utilización, la necesaria concurrencia de culpabilidad requiere dolo de peligro, que implica un elemento cognitivo (conocer que el *software* que se tiene es de doble uso, susceptible de ocultar información) y un elemento volitivo.

Algún otro autor también se muestra crítico con el régimen sancionador descrito (Pérez Tena, 2021). El bien jurídico protegido inmediato en el artículo 201 bis LGT es el interés público en que los instrumentos informáticos y electrónicos que se utilizan en la confección de los asientos contables y registrales y en la emisión de facturas no estén diseñados para lesionar la corrección de la información tributaria y, más allá, el crédito tributario. Se trata, según esta opinión doctrinal, de un bien jurídico difuso, no se exige lesión o ataque concretos a los bienes jurídicos mediatos, pues el peligro ha sido apreciado *ex ante* en el objeto material de la acción, por lo cual el juicio de antijuridicidad material en las conductas tipificadas se difumina. Por otra parte, también se critica que el artículo 201 bis.1.f LGT no protege dicho bien jurídico, sino que tipifica como ilícito un incumplimiento formal insustancial, la no solicitud de certificación de un *software* seguro y fiable. Se protege, pues, un mero interés administrativo formal sin bien jurídico relevante y, por ello, su desatención no constituye una omisión materialmente antijurídica.

Finalmente, según esta opinión, la previsión legal de sanciones reiteradas en cada ejercicio por comercialización o tenencia de *software* de doble uso, además de no ser respetuosa con el principio de proporcionalidad, genera, en tanto no se haya producido la ruptura jurídica de la acción, un *bis in idem* prohibido, por sancionarse al mismo sujeto por una única acción y con el mismo fundamento, por lo cual las sanciones subsiguientes previstas legalmente vulneran el artículo 25.1 de la Constitución española.

## 2. Desarrollo reglamentario de los sistemas informáticos de facturación de empresarios y profesionales

Como ya se ha comentado, el artículo 29.2.j LGT dispone que se puedan establecer por medio de un reglamento las especificaciones técnicas que deben reunir los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos contables, de facturación o de gestión de quienes desarrollen actividades económicas, así como también los requisitos para estar debidamente certificados y sus formatos estandarizados para su legibilidad.

A esta finalidad responde el proyecto de Real Decreto, de 21 de febrero de 2022, por el que se aprueba el Reglamento que establece los requisitos que deben adoptar los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los procesos de facturación de empresarios y profesionales, y la estandarización de formatos de los registros de facturación (en adelante, PRSF).

El texto reglamentario propuesto enlaza con la vigente disposición adicional decimoquinta del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria, que se refiere a la estandarización de formatos de intercambio de información con trascendencia contable y fiscal, y a la posibilidad de establecer requisitos sobre la autenticidad, la integridad, la inscripción, la exactitud, la irreversibilidad, la trazabilidad y el detalle en el cumplimiento de sus obligaciones de registro y contables por medio de equipos electrónicos de procesamiento de datos.

Tal como se pone de relieve en el preámbulo del PRSF, «en indirecta relación con este texto reglamentario propuesto, la factura electrónica se presenta como una modalidad cada vez más extendida, que se encuentra incardinada en los esfuerzos para la digitalización del tejido empresarial español impulsados desde las Administraciones públicas (Delgado García, 2020b). Existen sensibles diferencias entre la normativa de factura electrónica, que afecta a la documentación, conservación y transmisión de estos documentos, y la materia regulada en este PRSF, que se refiere a los requisitos que deben adoptar los sistemas y programas informáticos o electrónicos que soporten los

procesos de facturación de empresarios y profesionales, y la estandarización de sus formatos. El contenido de este texto reglamentario propuesto resulta compatible con la implantación de la factura electrónica, generando adicionalmente sinergias entre ambas normativas» (Martos García, 2011; Domínguez-Macaya Lournaga, 2020; Delgado García, 2014).

### 2.1. Objeto y ámbito de aplicación de la regulación del software de facturación

De acuerdo con el artículo 1 PRSF, la norma reglamentaria propuesta tiene por objeto la regulación de los requisitos y especificaciones técnicas que debe cumplir cualquier sistema y programa informático o electrónico utilizado por quienes desarrollen actividades económicas,<sup>3</sup> «cuando soporte los procesos de facturación o de emisión de otros documentos justificantes de las operaciones correspondientes a su actividad, para garantizar la integridad, conservación, accesibilidad, legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros de facturación sin interpolaciones, omisiones o alteraciones de las que no quede la debida anotación en los sistemas mismos, con la información sobre todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29.2.j LGT».

Respecto al ámbito de aplicación, esta norma se aplicará, por un lado, a los obligados tributarios que utilicen sistemas informáticos de facturación, aunque solo los usen para una parte de su actividad, que sean contribuyentes del impuesto sobre sociedades, del impuesto sobre la renta de las personas físicas que desarrollen actividades económicas, del impuesto sobre la renta de no residentes que obtengan rentas mediante establecimiento permanente y las entidades en régimen de atribución de rentas que desarrollen actividades económicas, sin perjuicio de la atribución de rendimientos que corresponda efectuar a sus miembros. Por otro lado, esta norma también se aplicará a los productores y comercializadores de los sistemas informáticos.

Desde un punto de vista objetivo, el Reglamento será de aplicación a los sistemas informáticos que soporten los pro-

3. A estos efectos, el concepto de actividad económica se entenderá de acuerdo con la definición dada en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

cesos de facturación de las operaciones correspondientes a la actividad de quienes desarrollen actividades económicas.<sup>4</sup>

Hay que tener en cuenta, asimismo, que se prevé en el artículo 5 PRSF que «el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT, previa solicitud de la persona o entidad interesada, podrá resolver la no aplicación de este Reglamento en relación con sectores empresariales o profesionales o con contribuyentes determinados, cuando quede justificado por las prácticas comerciales o administrativas del sector de que se trate, o con el fin de evitar perturbaciones en el desarrollo de las actividades económicas; o bien en relación con las operaciones respecto de las cuales se aprecien circunstancias excepcionales de índole técnico que imposibiliten dicho cumplimiento».

Es importante destacar, por otra parte, que, de acuerdo con el artículo 6 PRSF, las obligaciones establecidas en este reglamento «podrán cumplirse materialmente por el destinatario de la operación o por un tercero, siempre que concurra en este la misma condición de destinatario o tercero a efectos de facturación».

## 2.2. Características y requisitos de los sistemas informáticos de facturación

Los obligados tributarios que utilicen sistemas informáticos de facturación, según el artículo 7 PRSF, «podrán utilizar una de las dos opciones siguientes:

- a) un sistema informático que cumpla los requisitos establecidos en la LGT y en este Reglamento, en cuyo caso el productor del mismo deberá incorporar, así como entregar a sus clientes y comercializadores, una declaración responsable del cumplimiento de los requisitos reglamentarios; o
- b) la aplicación informática que a tal efecto ponga a disposición la Administración tributaria».

De acuerdo con el artículo 8.1 PRSF, el sistema informático tendrá que cumplir con dos importantes requisitos, que

deberán realizarse de forma automatizada. Por un lado, por cada entrega de bienes o prestación de servicios deberá generar, de forma simultánea o inmediatamente anterior a la expedición de la factura, un registro de facturación de alta. Y, por otro lado, deberá tener capacidad de remitir información a la Administración tributaria de forma continuada, segura, correcta, íntegra, automática, consecutiva, instantánea y fehaciente en relación con todos los registros de facturación generados por medios electrónicos, en particular los registros de facturación.

Asimismo, es importante destacar que, según el artículo 8.2 PRSF, el sistema informático deberá garantizar la integridad, la inalterabilidad, la trazabilidad y la conservación de los registros de facturación. La integridad e inalterabilidad de los registros de facturación «debe garantizarse de forma que, una vez registrados los datos de facturación, estos queden protegidos contra cualquier acción que comprometa la exactitud, autenticidad y completitud de los datos almacenados, de manera que ninguno de los datos registrados pueda ser alterado, ni por el propio sistema informático, ni por el usuario ni por ningún dispositivo, sistema o programa informático o electrónico externo».<sup>5</sup>

En este sentido, el sistema informático «no dispondrá de ninguna funcionalidad que permita, de forma presencial o remota, alterar u ocultar los datos originales previamente registrados. Cualquier necesidad de rectificación o anulación de los datos registrados deberá ser realizada mediante al menos un registro de facturación adicional posterior, de forma que se conserven inalterables los datos originalmente registrados. Además, el sistema informático deberá permitir a la Administración tributaria el acceso inmediato y, en su caso, extracción de todos o parte de los datos registrados».

Como se ha comentado, también se tendrá que garantizar la trazabilidad de los registros de facturación, que deberán estar encadenados de manera que pueda verificarse su rastro siguiendo su secuencia de creación desde el primero al último.<sup>6</sup> Todos los datos registrados deberán encontrarse correctamente fechados, indicando

4. Sin embargo, el Reglamento no se aplicará a las operaciones descritas en el artículo 4 PRSF, entre las que se pueden citar las obligaciones establecidas para quienes tributen en el régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca del impuesto sobre el valor añadido, entre otras.

5. Se entenderá por alteración de los registros de facturación cualquier eliminación, adición o modificación, ya sea total o parcial, de los datos de cualquier registro de facturación original.

6. A estos efectos, el sistema informático deberá proporcionar funcionalidades que permitan el seguimiento de los datos registrados de forma clara y fiable.



el momento en que se efectúa el registro. El sistema informático contendrá, al menos, una función de cierre de cada periodo impositivo y del año. Y deberá permitir la trazabilidad de los datos en los casos de descarga, volcado y almacenamiento de los registros.

Por último, hay que recordar que el sistema informático deberá garantizar la conservación de todos los registros de facturación generados por el propio sistema informático.

También es importante el papel que se le confiere en la norma propuesta al registro de eventos. Así, según el artículo 8.4 PRSF, «el sistema informático deberá contar con un registro de eventos que recoja automáticamente todas las interacciones con dicho sistema informático, las operaciones realizadas con él y los sucesos producidos durante su uso, como el arranque y parada del sistema informático, la entrada y salida de usuarios, los errores producidos, la instalación inicial y las actualizaciones realizadas. Además, deberá guardar los datos correspondientes a cada uno de ellos, como el tipo, nombre y descripción del evento; el usuario que lo ha realizado o bajo el cual se ha producido; el momento en el que se ha dado y los datos propios representativos de cada evento».

El registro de eventos deberá conservarse hasta el periodo de prescripción de las obligaciones tributarias que se produzcan durante el funcionamiento del sistema informático y, mediante el empleo de cualquier proceso técnico fiable, podrá ser exportado a un almacenamiento externo de forma segura que garantice la integridad e inalterabilidad de sus datos, que tendrán una estructura y formato estándares legibles.

### 2.3. Generación y contenido de los registros de facturación informáticos

Como ya se ha comentado, los obligados tributarios que utilicen sistemas informáticos para el cumplimiento de la obligación de facturación deberán generar un registro de facturación de alta de forma simultánea o inmediatamente anterior a la expedición de la factura.

En el artículo 10 PRSF se detalla el contenido del registro de facturación de alta. Entre las informaciones que se deben incluir, se pueden citar el número de identificación fiscal y nombre y apellidos, razón o denominación social completa del obligado a expedir la factura; el número y, en su caso, serie de la factura; la fecha de expedición de la factura y la fecha en que se hayan efectuado las operaciones; el tipo de factura expedida, indicando si se trata

de una factura completa o simplificada; la descripción general de las operaciones; el importe total de la factura y, en su caso, el importe de la retención que se soportará; y la fecha, hora, minuto y segundo en que se genere el registro de facturación de alta, entre otras menciones.

Por su parte, como también se ha comentado, procederá la generación de un registro de facturación de anulación cuando se haya emitido erróneamente una factura y sea, por lo tanto, necesario anular su correspondiente registro de facturación de alta.

A estos efectos, en el artículo 11 PRSF se especifica el contenido del registro de facturación de anulación, que deberá incluir la siguiente información: el número de identificación fiscal y nombre y apellidos, razón o denominación social completa del obligado a la expedición de la factura; el número y, en su caso, serie de la factura correspondiente al registro de facturación de alta que se anule; la fecha de expedición de la factura correspondiente al registro de facturación de alta que se anule; el código identificativo de carácter alfanumérico correspondiente al registro de facturación de alta que se anule; el código de identificación del sistema informático utilizado; el número de identificación fiscal y nombre y apellidos, razón o denominación social completa del destinatario o del tercero cuando la obligación se cumpla por estos; y la fecha, hora, minuto y segundo en que se genere el registro de facturación de anulación.

También hay que tener en cuenta, según el artículo 12 PRSF, que los sistemas informáticos deberán añadir una huella o hash a los registros de facturación de alta y de anulación. Asimismo, estos registros de facturación de alta y de anulación deberán ser firmados electrónicamente. Esta firma electrónica no será obligatoria para los sistemas informáticos que realicen la remisión de todos los registros de facturación a la AEAT.

### 2.4. La certificación de los sistemas informáticos de facturación

Uno de los aspectos más relevantes, a nuestro juicio, de esta propuesta de norma reglamentaria es la certificación de los sistemas informáticos de facturación. A este respecto, el artículo 13 PRSF indica «corresponderá a la persona o entidad productora del sistema informático certificar, mediante una declaración responsable, que el sistema informático cumple con lo dispuesto en el art. 29.2.j LGT, así como con lo dispuesto en este Reglamento y en las es-

pecificaciones que, en su desarrollo, se aprueben mediante Orden Ministerial».

La declaración responsable deberá constar por escrito y de modo visible en el propio sistema informático en cada una de sus versiones, así como para el cliente y el comercializador en el momento de la adquisición del producto, y ser conservada durante el período de prescripción de las obligaciones tributarias que se devenguen durante su funcionamiento.<sup>7</sup>

Por otra parte, en relación con la verificación del cumplimiento de la obligación por parte de la Administración tributaria, se prevé en el artículo 14 PRSF que esta «podrá personarse en el lugar donde se encuentre o se utilice el sistema informático, y podrá exigir el acceso completo e inmediato a donde resida el registro de los datos». También podrá requerir y obtener copia de los registros de facturación conservados. Asimismo, la Administración tributaria podrá requerir de los productores o comercializadores de sistemas informáticos la información necesaria para verificar el cumplimiento de los requisitos reglamentarios de los sistemas informáticos producidos o comercializados.

## 2.5. Los sistemas de emisión de facturas verificables

En el artículo 15 PRSF se prevé la posibilidad de remisión de los registros de facturación generados a la Administración tributaria. Así, los obligados tributarios que utilicen sistemas informáticos para el cumplimiento de la obligación de facturación «podrán remitir voluntariamente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de forma automática y segura por medios electrónicos, todos los registros de facturación generados por los sistemas informáticos, de acuerdo con las especificaciones técnicas que se establezcan para la remisión».

La respuesta de aceptación formal por parte de la sede electrónica de la AEAT de los registros a ella remitidos supondrá automáticamente la incorporación de la información de dichos registros en los libros registros de ventas e

ingresos, y de ingresos de los obligados tributarios y, en su caso, en el libro registro de facturas expedidas.<sup>8</sup>

En este sentido, en la disposición adicional cuarta del PRSF se contempla la integración de los registros de facturación en los libros registro que se regulan en el artículo 68 del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas, así como en el artículo 63 del Reglamento del impuesto sobre el valor añadido (Delgado García, 2020a). A estos efectos, la AEAT «pondrá a disposición de los usuarios de sistemas de emisión de facturas verificables, de forma conjunta, la información que le sea remitida de las facturas expedidas y facilitará las herramientas necesarias que permitan completar en la sede electrónica la llevanza de los libros registros mencionados».

Según el artículo 16 PRSF, aquellos sistemas informáticos que sean utilizados por el obligado tributario para remitir efectivamente por medios electrónicos a la AEAT de forma continuada, segura, correcta, íntegra, automática, consecutiva, instantánea y fehaciente todos los registros de facturación generados tendrán la consideración de «sistemas de emisión de facturas verificables».

Se presumirá que los sistemas de emisión de facturas verificables cumplen por diseño los requisitos reglamentarios. Además, no tendrán la obligación de realizar la firma electrónica de los registros de facturación, siendo suficiente con que calculen la huella o hash de dichos registros. Asimismo, se entenderá que un obligado tributario opta por un sistema de emisión de facturas verificables por el hecho de iniciar sistemáticamente la remisión de facturas a la sede electrónica de la AEAT.

La opción en el uso de los sistemas de emisión de facturas verificables se prolongará, al menos, hasta la finalización del año natural en el que se haya producido, de forma efectiva, el primer envío de los registros de facturación y se haya obtenido la primera respuesta de aceptación formal por parte de la sede electrónica de la AEAT y se entenderá automáticamente prorrogada salvo que se renuncie de manera expresa.

7. Esta declaración responsable podrá ser solicitada por el cliente o por la Administración tributaria a la persona o entidad productora o comercializadora del sistema informático.
8. Véase el artículo 68 del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo y el artículo 63 del Reglamento del impuesto sobre el valor añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, respectivamente.

## 2.6. Posibilidad de remisión de información por parte del receptor de la factura

El receptor de la factura, ya sea empresario o consumidor final, de acuerdo con el artículo 17 PRSF, podrá proporcionar de forma voluntaria determinada información de esta a la AEAT, mediante el código identificativo de carácter alfanumérico o la lectura del código QR contenido en la factura, con un dispositivo con capacidad para la lectura del código y de transmisión y recepción de datos.

En aquellos casos en los que en la factura figure la frase «Factura verificable en la sede electrónica de la AEAT», esta remisión por parte del receptor le permitirá verificar que la factura recibida ha sido remitida a la AEAT por el emisor de esta.

Es importante destacar que estas remisiones de información no tendrán la consideración de denuncias de infracciones tributarias. Y también hay que tener en cuenta que la AEAT podrá utilizar la información proporcionada por el receptor de la factura para el ejercicio de sus competencias en la aplicación de los tributos.

## Conclusiones

La finalidad de la introducción en la LGT de los artículos 29.2.j y 201 bis es luchar contra la producción, la comercialización, el uso o la simple tenencia de programas y sistemas informáticos que permitan la manipulación u ocultación de datos contables, de facturación y de gestión de empresarios y profesionales. Para ello, además de

incorporar una nueva obligación tributaria formal y una nueva infracción tributaria, se utiliza la técnica del establecimiento de un deber específico de certificación, lo cual merece un juicio positivo.

Es importante recordar que la certificación es un instrumento esencial en la implantación de la relación cooperativa, basada en la correcta llevanza por empresarios y profesionales de sistemas de *compliance* tributario y que tiene su contrapunto en la certificación de la aplicación efectiva de los protocolos de buenas prácticas tributarias. De forma que la certificación efectiva de los sistemas de gestión tributaria asegura la transparencia en la que se ha de apoyar la relación cooperativa.

En este sentido, se establecen en el texto reglamentario propuesto los requisitos que deben cumplir los sistemas informáticos de facturación utilizados por empresarios y profesionales en el ejercicio de su actividad, con el propósito de garantizar la integridad, conservación, accesibilidad, legibilidad, trazabilidad e inalterabilidad de los registros de facturación. De esta forma, se persigue alinear tales sistemas informáticos con la normativa tributaria para asegurar que toda transacción comercial genere una factura y una anotación en el sistema informático del contribuyente y para impedir la ulterior alteración de tales anotaciones, permitiendo, en su caso, la simultánea o posterior remisión de la información a la Administración tributaria.

## Referencias bibliográficas

- DELGADO GARCÍA, A.M. (2014). «La regulación de la factura electrónica en el sector público». *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 18. págs. 97-107. <https://doi.org/10.22201/cgep.9786070255458e.2014>.
- DELGADO GARCÍA, A.M. (2020a). *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el emprendimiento*, págs. 242-244. Pamplona: Aranzadi.
- DELGADO GARCÍA, A.M. (2020b). «Algunas consideraciones fiscales sobre la creación de empresas». *Revista Nueva Fiscalidad*, núm. 3. págs. 81-109.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. (2020). «La e-factura como elemento esencial de la Administración electrónica integral». En: *La implantación de la administración electrónica y de la e-factura*, págs. 289-290. Madrid: Wolters Kluwer.
- GARCÍA NOVOA, C. (2021). «Algunas novedades de la Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal. Software de doble uso, lista de morosos y prohibición de amnistías fiscales». *Revista Quincena Fiscal*, núm. 17. pág. 2.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, C. (2021). «La modificación de la Ley General Tributaria efectuada por la Ley 11/2021, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal». *Carta Tributaria*, núm. 79.
- MARTOS GARCÍA, J.J. (2011). «La integridad del contenido y la autenticidad de origen en la transmisión o puesta a disposición de la factura». *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 12, págs. 85-94.
- OCDE (2013, febrero). *Supresión de ventas: Una amenaza para los ingresos fiscales*.
- OCDE (2017, marzo). *Technology Tools to Tackle Tax Evasion and Tax Fraud*.
- PÉREZ TENA, J.R. (2021). «La lucha contra el software de doble uso en la Ley General Tributaria: un ensayo de infracciones tributarias permanentes». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 463, págs. 5-46.
- ROVIRA FERRER, I. (2021). «La iniciación del procedimiento sancionador en materia tributaria». En: *Prevención y fraude: nuevas medidas tributarias. Adaptado a la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal*, págs. 357-397. Madrid: Wolters Kluwer.
- ROVIRA FERRER, I. (2022). «El plazo de caducidad de la acción sancionadora de la Administración tributaria». *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 194, págs. 163-193.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A. (2021). «Comentarios a la nueva Ley de represión del fraude fiscal». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 461-462, págs. 1-320.
- SERRANO ANTÓN, F. (2022). «La digitalización como factor de cambio en los sistemas de facturación y suministro de información: hacia una tributación fluida basada en el data analytics y la inteligencia artificial». *Revista Nueva Fiscalidad*, núm. 2, págs. 63-95.
- TURIEL MARTÍNEZ, A.G. (2021). «Nuevos requisitos legales en el ámbito tributario para el software de gestión de actividades económicas: una posible solución técnica». *Revista Quincena Fiscal*, núm. 20, págs. 1-11.
- TURIEL MARTÍNEZ, A.; MATA SIERRA, M.T.; GONZÁLEZ APARICIO, M. (2022). «Implicaciones tributarias de la utilización de software diseñado para la defraudación tributaria». *Revista Nueva Fiscalidad*, núm. 2, págs. 123-158.

**Cita recomendada**

OLIVER CUELLO, Rafael (2023). «Régimen tributario del *software* de facturación de empresarios y profesionales». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 37. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa]  
<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i37.403577>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

**Sobre el autor**

Rafael Oliver Cuello

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. ESERP Business & Law School  
[prof.roliver@eserp.com](mailto:prof.roliver@eserp.com)

Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona, 1997). Catedrático acreditado (AQU Catalunya, 2008). Profesor colaborador en la Universitat Oberta de Catalunya (desde 1999). Anteriormente, profesor agregado en la Universidad Pompeu Fabra (2004-2013), profesor titular en ESADE - Universidad Ramon Llull (2001-2004) y profesor titular interino en la Universidad de Lérida (1997-2001).

<https://idp.uoc.edu>

ARTICLE

# Metavers i NFT, nous reptes tecnològics en la imposició indirecta i internacional

Ignasi Belda

Universitat Oberta de Catalunya

Data de presentació: agost de 2022

Data d'acceptació: octubre 2022

Data de publicació: març 2023

## Resum

Aquest article analitza i desenvolupa les implicacions tributàries de dos conceptes emergents dels últims mesos: el metavers i els NFT. Pel que fa al metavers, s'analitza la tributació de quatre negocis digitals que es poden donar al seu si, com la publicitat digital, el comerç electrònic, la compravenda de dades d'usuari i la compravenda d'objectes digitals a través dels NFT, i tot plegat es lliga amb el concepte jurídic de nexa o punt de connexió. D'altra banda, s'estudia i es profunditza en el cas concret dels NFT i, en concret, la seua subjecció i qualificació fiscal de cara a l'impost sobre el valor afegit, d'acord amb una consulta vinculant recent emesa per la Direcció General de Tributs. L'article, a més, compara les normatives nord-americana i europea i els reptes tributaris que s'obren d'acord amb les interpretacions que ofereixen les autoritats tributàries, a saber, la violació del principi de neutralitat en el mercat de l'art i el clar desincentiu indirecte que imposa el legislador europeu a domiciliar empreses de compravenda d'NFT en territori europeu.

## Paraules clau

Metavers; NFT; criptoeconomia; fiscalitat; tributació

## *Metaverse and NFTs: new technological challenges in direct and international introduction*

### **Abstract**

*This article analyses and develops the tax implications of two emerging concepts: the metaverse and NFTs. In terms of the metaverse, it analyses the taxation of four digital businesses that can be performed within it, such as digital advertising, e-commerce, buying and selling user data and buying and selling digital objects through NFTs, while linking it with the legal concept of nexus or connection point. In turn, the specific case of NFTs is studied in depth, in particular, their subjection and tax qualification for Value Added Tax, in accordance with a recent binding consultation issued by the Directorate General of Taxes. The article also compares the North American and European regulations and the tax challenges that arise according to the interpretations offered by the tax authorities, namely the violation of the principle of neutrality in the art market and the clear indirect disincentive imposed by the European legislator to domicile companies buying and selling NFTs in European territory.*

### **Keywords**

*Metaverse; NFT; cryptoeconomics; taxation*

## Introducció

Hi ha un consens més que generalitzat, tant a escala nacional com internacional, que l'actual sistema tributari no està ben adaptat a l'economia del coneixement i, en particular, a l'economia digital. La llista de referències acadèmiques, socials, periodístiques, polítiques, etc. que es poden aportar per defensar aquesta afirmació és llarga, però es resumirà amb la referència i la cita textual del *Llibre Blanc sobre la Reforma Tributària* redactat el 2022 per un comitè de persones expertes en compliment de la Resolució de 12 d'abril de 2021, de la Secretaria d'Estat d'Hisenda (Comitè de Persones Expertes, 2022). En l'informe esmentat es diu: «El canvi tecnològic, la digitalització, l'automatització i les noves activitats emergents són un [...] factor essencial per configurar els objectius i el disseny del sistema tributari. Amb el disseny actual, resulta molt difícil gravar una part significativa de les activitats econòmiques. És imprescindible apostar per l'anivellament fiscal en el tractament de les activitats digitals respecte a les tradicionals, tot i que cal recordar que la digitalització pot i ha de servir per al desenvolupament de noves activitats, així com per permetre la simplificació i la reducció de tràmits administratius». Afirmacions com aquesta es poden trobar en altres textos de caràcter polític, com ara resolucions de la Comissió Europea o de l'OCDE, entre d'altres (Consell d'Europa, 2018; Comissió Europea, 2017; Marini, 2012). De fet, la primera de les accions de l'ambició -i alhora fracassat, segons reconeix la mateixa OCDE (OCDE, 2018)- projecte BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) de l'OCDE consisteix, justament, en l'elaboració de noves polítiques per entomar els reptes fiscals que planteja l'economia digital.

Els reptes que planteja l'economia digital als sistemes tributaris són múltiples i de naturalesa variada (Belda, 2021; Borrego Zabala, 2014; Colin, 2013; Rosembuj, 2015; Marini, 2012). Tanmateix, n'hi ha tres que sobreixen d'entre les actuals preocupacions de les autoritats tributàries (OCDE, 2015). El primer és la mobilitat de bases imposables més elevada que ofereix l'economia digital. L'economia digital, com que es basa, principalment, en actius intangibles, aquests poden traspasar fronteres i duanes de forma instantània, sense cap control duaner i amb grans dificultats per a la inspecció per saber en què consisteix l'actiu, on s'ha desenvolupat i on se situa (Belda, 2021; Alamo Cerrillo

i Lagos Rodríguez, 2015). Aquest context facilita notablement una erosió de bases imposables de manera sistemàtica, sense que rarament es pugui perseguir els infractors o, ni tan sols, poder-los identificar.

La segona de les preocupacions és la qualificació a efectes tributaris que reben les rendes obtingudes en l'economia digital. En la tributació internacional es poden trobar greus contradiccions (Belda, 2021; Comissió Europea, 2017), fins i tot dins d'una mateixa jurisdicció, pel que fa a la qualificació d'aquestes rendes. Fins i tot s'han documentat contradiccions amb considerables impactes fiscals, en la distinció entre bé o servei que els diferents models de negoci poden oferir, i que poden qualificar indistintament un determinat negoci -per exemple, el negoci de l'*streaming*- com una venda de béns o la prestació d'un servei, tot i tenir conseqüències tributàries ben diferents.

Finalment, la tercera gran preocupació de les autoritats tributàries en aquest sentit és la valoració dels actius intangibles que sustenten l'economia del coneixement. Certament, no existeixen metodologies de valoració convalidades en l'àmbit internacional i, a falta de comparables -es pot afirmar que cada tecnologia digital és única-, les autoritats i agències tributàries es declaren sovint incapaces de valorar i/o contrastar adequadament el valor de les tecnologies digitals. La preocupació, doncs, es trasllada a determinar si són correctes els preus de transferència que les corporacions fixen als actius intangibles, ja siga programari o altres ítems igualment immaterials, com ara les recopilacions de dades d'usuaris.

Per tots aquests motius, no sorprèn que polítiques fiscals per gravar l'economia digital, poc reflexionades i amb certs aires populistes, hagen fracassat estrepitosament. Així ha estat el cas de la coneguda col·loquialment com a «taxa Google» o impost sobre determinats serveis digitals (Belda, 2021; Menendez Moreno, 2019; Hernández Moneo, 2020; Quintana Ferrer, 2019). En aquest cas, les autoritats europees van proposar un nou esquema fiscal per gravar tres aspectes de l'economia digital, com són el negoci de les dades d'usuari, la intermediació en plataformes de comerç electrònic i la publicitat en línia. Tanmateix, la proposta va aixecar greus crítiques i, fins i tot, protestes per part d'alguns estats membres<sup>1</sup> i la iniciativa va quedar supeditada

1. Principalment els estats nòrdics.



a la voluntat d'implantació dels estats membres. Espanya, juntament amb França, va ser un dels pocs estats membres que va traslladar la normativa al seu ordenament jurídic. Però, si més no, en el cas espanyol, poc més d'un any després de l'entrada en vigor del nou impost, amb prou feines ha estat capaç de recaptar una quarta part del que s'havia estimat inicialment als Pressuposts Generals de l'Estat.<sup>2</sup> Lamentablement, aquesta situació, la de fracassar tractant de gravar l'economia digital des d'un paradigma tributari del segle XIX, no ha estat única i s'han documentat diversos exemples en el dret internacional. Altre exemple sonat va ser el gravamen de l'1 % que volia imposar la República francesa als negocis digitals, l'any 2011, i que tot i que els òrgans legislatius francesos -Senat i Assemblée Nacional- hi van votar favorablement, l'executiu la va haver de retirar en l'últim moment (Marini, 2012).

Amb certa regularitat i cada volta més sovint, veiem nous negocis digitals que irrompen en l'economia i deixen perplexos ciutadans, autoritats i les corporacions més tradicionals. En les últimes dues dècades hem vist emergir nous models de negoci com el comerç en línia, la publicitat digital, la compravenda de dades d'usuari, la computació en el núvol, serveis de *streaming*, *Internet of Things*, la robòtica digital, la criptoconomia i el *blockchain*, etc. En tots aquests casos la normativa tributària s'ha hagut de retorçar -sovint amb molt poc èxit, com ja s'ha descrit- per intentar gravar aquests lucratiu negocis. Ara som davant la irrupció de dos nous models de negoci digitals, el metavers i els NFT (*non-fungible tokens*) que tornen a deixar «fora de joc» les normes tributàries nacionals i internacionals.

Aquest article, doncs, descriu en què consisteixen aquests dos nous models de negoci i reflexiona sobre les implicacions tributàries que tenen. Reflexions que hauran de tenir en compte, sens dubte, les autoritats legislatives en cas de voler gravar, d'acord amb els nostres principis constitucionals, les rendes obtingudes en els dos casos.

## 1. El metavers

El metavers no tan sols és un espai virtual a través del qual els usuaris poden interaccionar amb altres usuaris a través

d'avatars, així com jugar, passejar, assistir a concerts, etc. i, per descomptat, adquirir béns digitals i serveis. El metavers, a banda de ser un *món virtual*, també implica que els usuaris poden experimentar vivències multidimensionals i combinar tecnologies com la visió 3D, la realitat augmentada, la realitat virtual, la web interactiva o la interactivitat en temps real.

El metavers, doncs, no deixa de ser una entelèquia, immaterial, intangible, que no es pot trobar o ubicar físicament enlloc més que no siga el conjunt d'ordinadors que forma el núvol que allotja el sistema (Belda, 2021; Mazur, 2015). És més, un metavers no necessàriament ha de tenir cap correspondència amb una presència física, però és veritat que hi ha metaversos que emulen una realitat física i s'hi poden trobar -i adquirir- llocs tan emblemàtics com la Sagrada Família, el Camp Nou o la madrilenya plaça del Sol.

La plataforma a escala global pionera en el metavers probablement va ser Second Life. L'any 2015 ja es calculava el PIB de Second Life, com si es tractara d'un petit estat, en 500 milions de dòlars. El concepte de metavers no ha deixat d'evolucionar d'aleshores ençà, amb el ràpid augment de la potència de càlcul que tenim en l'àmbit domèstic. I, segons un informe recent de la consultora Bloomberg, es calcula que aquestes plataformes, en conjunt, passaran d'un mercat actual de 500.000 milions de dòlars l'any 2030, aproximadament, a 825.000 milions de dòlars.<sup>3</sup>

Ara mateix, al mercat hi ha metaversos d'índole ben diversa: recreatius, formatius, plataformes de *networking*, etc. però, probablement, són els recreatius, que ofereixen més negoci a les corporacions, com és el cas del metavers de l'empresa Meta -abans Facebook-. Empreses com Coca-Cola, Nike, Zara, Gucci, Hyundai, etc. s'han afanyat a tenir presència en el metavers. En el metavers, aquestes corporacions no tan sols promocionen els seus productes sinó que també, com és el cas de Zara o altres cadenes, venen peces de roba -virtual, evidentment- que després pots emprar per vestir els nostres avatars mentre passegem o juguem al metavers. També, s'hi poden trobar tota mena d'experiències virtuals per les quals cal pagar, com ara concerts, formació o la compravenda de parcel·les on els usuaris poden construir i fer-se una casa virtual que,

2. La projecció aprovada a finals del 2020 als Pressuposts Generals de l'Estat fou una recaptació de 968 milions d'euros.

3. «Metaverse Market size worth \$ 824.53 Billion, Globally, by 2030 at 39.1% CAGR: Verified Market Research». *Bloomberg*. [Data de consulta: 13 de juliol de 2022].

evidentment, després poden decorar amb els NFT que analitzarem més endavant.

Així doncs, podríem afirmar que el metavers és l'evolució de les ja antigues xarxes socials, on els usuaris, les empreses i entitats de tota mena poden interaccionar, amb ànim de lucre o no, i atorgar una nova dimensió a aquesta interacció virtual.

## 2. Implicacions tributàries del metavers

Dins del metavers es concentren, almenys, quatre actes jurídics –o models de negoci– amb implicacions tributàries. Els tres primers són els «sospitosos habituals»: publicitat en línia, comerç electrònic «tradicional»<sup>4</sup> i la compravenda de volums de dades sobre els patrons de navegació dels usuaris. De fet, aquests són els tres models de negoci que, d'una manera o altra, s'intenten gravar amb l'impost sobre determinats serveis digitals. De les implicacions tributàries de tots tres models de negoci, aquest autor i d'altres ja n'han parlat abastament (Belda, 2021; Delgado García i Oliver Cuello, 2015; Rosembuj, *Taxing Digital*, 2015). Com ja s'ha comentat en la literatura, la clau de volta de la tributació en aquests models de negoci és el concepte jurídic de nexa o punt de connexió.

En l'actualitat, el debat jurídic sobre aquest concepte de nexa encara és paral·lel al del concepte d'establiment permanent, tot i que diversos autors han fet notar l'obsolescència d'aquests conceptes en l'àmbit digital (Cruz Padià i Sánchez-Archidona Hidalgo, 2017). L'OCDE, en la primera acció del seu projecte BEPS (OCDE, 2015), apunta que el concepte de nexa s'hauria de revisar d'acord amb factors com el nivell de renda, factors digitals o factors relacionats amb l'usuari. I és per això que en algunes jurisdiccions, com és el cas d'Israel,<sup>5</sup> ja s'està migrant a nous conceptes com el de presència digital significativa. De fet, malauradament, i tal com ja estem acostumats a veure d'ençà de la Revolució Digital, aquest nou concepte de la presència

digital significativa ja ha començat, d'alguna manera, a quedar obsolet amb el paradigma del metavers.

Agafant com a exemple la iniciativa d'Israel,<sup>6</sup> la presència digital significativa s'estableix d'acord amb:

- a) el nombre de contractes en línia tancats,
- b) el nombre d'usuaris israelians que fan ús dels serveis,
- c) les opcions locals com ara l'ús de la llengua hebrea, preus calculats amb ILS –la moneda d'Israel–, o descomptes basats en ofertes locals, i
- d) el volum de negoci generat a Israel.

En aquest cas, el tercer factor, el de la llengua hebrea i els preus calculats amb ILS ja falla, ja que la llengua anglesa és la predominant en el metavers i, més important encara, els preus no són calculats en ILS, ni tan sols en dòlars o euros, sinó en criptodivises. Per tant, la corresponent agència tributària israeliana té difícil determinar quan hi ha una presència digital significativa al seu país en un entorn encara més globalitzat del metavers.

El quart model de negoci en què el metavers s'ha fomentat és la compravenda d'elements immaterials i intangibles sustentats per cadenes de blocs (*blockchain* en anglès), en què els NFT, dels quals parlarem en la propera secció, constitueixen un cas particular. Deixant de banda, doncs, els NFT, el metavers permet vendre tot tipus d'elements immaterials que fins fa uns anys eren impensables: des d'una peça de roba per al nostre avatar digital fins a una parcel·la de terreny virtual que, segons on estigui ubicada, pot arribar a costar centenars de milers d'euros.

El gran repte tributari, doncs, per a moltes normatives fiscals és la qualificació tributària que han de tenir aquests productes incorporis comprats dins el metavers. El problema rau en la dicotomia entre considerar-los béns digitals o bé serveis digitals, ja que en moltes jurisdiccions,

4. Per tradicional ens referim a comerç electrònic de béns materials o corporis.

5. Circular Administrativa N. 04/2016 (11 d'abril de 2016) desenvolupada per clarificar les circumstàncies segons les quals una empresa estrangera que desenvolupa activitats en línia («activitats via internet») pot quedar subjecta a l'impost de societats a Israel.

6. Iniciativa que tan sols s'aplica en alguns casos concrets no emparats pels tractats internacionals de no doble imposició.

inclosa l'europea i la nord-americana, la implicació tributària és ben diferent.

La normativa nord-americana que intenta harmonitzar aquestes consideracions és la Streamlined Sales and Use Tax Agreement o SSUTA, en concret, les seccions 332 i 333 que són les que estableixen com han de classificar els estats adherits a l'harmonització els productes digitals. La SSUTA determina que els béns digitals no haurien de ser considerats un element tangible, sens perjudici del model de negoci emprat en l'explotació comercial del bé esmentat. En altres paraules, la SSUTA defineix l'element intangible amb una definició negativa, ja que indica que qualsevol producte distribuït o que s'hi pugui accedir per via electrònica s'ha de considerar fora de la categoria dels elements tangibles. La mateixa llei estableix que els béns, digitals o no, són tots els elements que es poden emmagatzemar -de manera digital o física- i poden formar part, per exemple, dels actius d'un balanç comptable. Segons la SSUTA, els béns com ara les dades, els fets, la informació, els sons o les imatges, han de complir dues condicions per considerar-los béns digitals. La primera és que s'hagen transmès o transferit amb mitjans electrònics; i la segona, que la propietat, una volta transferit al consumidor el bé, siga perpètua.

En contraposició, un servei digital és tot allò que no és un bé digital. Val a dir que la barrera entre els dos conceptes és molt fina, ja que, per exemple, un negoci del tipus Netflix -servei de continguts audiovisuals en *streaming* de pagament mensual- seria considerat un servei pel fet que és una subscripció mensual, mentre que els productes adquirits -i facturats- per plataformes del tipus iTunes -servei de compra de productes audiovisuals- s'han de considerar béns digitals segons la SSUTA, ja que l'usuari pot gaudir del producte digital de manera indefinida i, per tant, perpètua.

En qualsevol cas, i segons aquesta llei, la compra d'un element com pot ser una parcel·la per construir dins del metavers, s'hauria de considerar un bé digital. Ara bé, si ens fixem en la innovadora legislació desplegada a l'estat nord-americà de Washington,<sup>7</sup> la WAC 458-20-15503, es discerneix entre producte digital i codi digital. Segons les

definicions d'aquesta norma innovadora, un producte digital és qualsevol bé digital o servei digital automatitzat, i els béns digitals són aquells productes que només existeixen codificats digitalment en bits i bytes, com ara sons, imatges, dades, etc., o qualsevol combinació i que es transmetisca digitalment. Per exemple, una pel·lícula digitalitzada i venuda en DVD no s'ha de considerar un producte digital, ja que es transmet a través d'un mitjà físic com és el DVD. En canvi, una pel·lícula comprada a través d'iTunes, d'Apple, sí que es consideraria un producte digital.

D'altra banda, un codi digital és una fórmula alfanumèrica que no s'ha de transmetre necessàriament per via digital, també ho pot fer per altres mitjans. Un exemple de codi digital seria un codi que permet accedir a una determinada web per a descarregar música. Tot i això, la norma exclou de la definició de codi digital aquells codis amb valor monetari intercanviable, com, per exemple, una targeta regal.

Per tant, tornant a la parcel·la digital adquirida en un metavers, s'ha de considerar un producte digital o un codi digital? Abans de contestar, cal dir que, normalment, els productes venuts a dins d'un metavers -una parcel·la per a construir digitalment, una peça de roba per a l'avatar o un NFT, dels quals parlem més endavant-, van codificats a través del que es coneix com a cadena de blocs o *blockchain* (Belda, 2019; Landoni i Pieters, 2020). Dins d'una cadena de blocs, cada element conté un codi que va encadenat respecte a codis diferents d'altres productes de diversos usuaris. Aquests productes ja poden ser parcel·les digitals en un metavers, peces de roba, criptomonedes o, fins i tot, un producte variat de tot plegat. Per tant, la parcel·la esmentada amb la qual volem il·lustrar la divergència interpretativa de la llei, tant podria ser un producte digital en tant que és un bé digital que només existeix codificat digitalment en bits i bytes i que es transmet digitalment; com un codi digital, en tant que la propietat a la parcel·la -i també l'existència de la parcel·la en si- es demostra a través de la possessió d'un codi alfanumèric inserit dins d'una cadena de blocs. En definitiva, tot i els progressos de la normativa nord-americana, ja veiem que, pocs mesos després de la implantació de la normativa, ja han aparegut nous conceptes i paradigmes del món digital, de manera

7. En aquesta jurisdicció se situen les seues operatives i fiscals de dos de les quatre corporacions mundials digitals més potents: Amazon i Microsoft. Per tant, no és d'estranyar l'especial atenció als aspectes digitals de l'ordenament jurídic d'aquesta jurisdicció.

que la llei pot semblar obsoleta, ser ambigua i poc útil per discernir les qualificacions fiscals diverses.

### 3. Els NFT

Els NFT, de les seves sigles en anglès, *non-fungible tokens*, són un tipus especial de criptodivisa que representa una cosa que, en teoria, és única. En altres paraules, un NFT és una mena de certificat de propietat d'actius virtuals o, fins i tot, físics, que emprava el *blockchain* per a autenticar la veracitat del certificat. Usant el paral·lelisme amb el món «tradicional», un NFT seria com una escriptura de propietat elevada a públic per un notari. Però en aquest cas el notari com a fedatari públic no és un funcionari de l'Estat, sinó la comunitat d'usuaris de la cadena de blocs emprada per autenticar l'NFT esmentat. Amb els NFT es poden autenticar ítems tan diversos com una obra d'art digital, vídeos o clips multimèdia, cançons, peces de roba virtuals, etc.

En els últims mesos els NFT han adquirit una especial rellevància als mitjans i entre la població general. El motiu és nou paper que han adoptat en el mercat de l'art i com l'han arribat a revolucionar. En data 22 de maig de 2022, el NFT més car venut, representant una obra d'art, ascendeix a 69,3 milions de dòlars, però també se n'han venut molts més per sobre de la xifra de 10 milions i infinitat a preus més «modestos». S'estima que el creixement d'aquest mercat ascendirà a 147.240 milions de dòlars l'any 2026.

El motiu d'aquest ràpid creixement del mercat de l'art a través d'NFT ha estat abastament debatut. La raó més plausible a la qual apunten els experts de l'auge d'aquest mecanisme per a vendre art és el nombre creixent de *criptorics* que el mercat de criptodivises ha generat. A causa del naixement, el creixement i la popularització dels criptoactius com a element d'inversió, persones que en els inicis de la tecnologia van invertir quantitats ben minses de capital, ara han esdevingut persones amb un patrimoni multimilionari en criptodivises. Tanmateix, en la majoria de jurisdiccions, si aquestes persones liquidaren el seu patrimoni i el traslladaren del món dels criptoactius al món «real», la quantitat d'impostos que haurien de pagar seria extremadament gran. És per això que tots aquests

*criptorics* han hagut de buscar elements d'inversió, sense eixir-se'n del món dels criptoactius, per diversificar les seves noves fortunes i distribuir riscos. Només això explica per què imatges de la col·lecció *Bored Ape Yacht Club* cotitzen a centenars de milers de dòlars.

Figura 1. Imatge de la col·lecció *Bored Ape Yacht Club* venuda el 18 d'agost de 2022 per 1.100.000 dòlars



Font: NFT Stats: Bored Ape Yacht Club statistics

En altres paraules, l'anonimat que atorguen les carteres de criptoactius<sup>8</sup> fan possible gestionar grans criptopatrimonis i permeten fer conversions ràpides de criptoactius d'un tipus a un altre sense passar en cap moment per cap mena de control tributari.

En definitiva, el fenomen dels NFT no ha obtingut aquest gran èxit gràcies al metavers, però és cert que ambdues tecnologies han experimentat un creixement concomitant i que el nou paradigma del metavers ha alimentat la tecnologia dels NFT. El motiu és que el metavers permet exposar els objectes que els NFT representen i autèntiquen, ja siguin peces de roba, mobiliari, articles decoratius o art de tot tipus als espais digitals oberts ací. De tal manera que, gràcies al metavers, ara els usuaris poden mostrar a la comunitat art original, vestir peces de roba úniques o, fins i tot dur joies digitals amb el corresponent certificat d'autenticitat, tot promogut, de forma subjacent, per la criptoeconomia i la tecnologia de la cadena de blocs o *blockchain*.

### 4. Implicacions tributàries dels NFT

Altres autors ja han analitzat profundament les implicacions fiscals, a escala internacional, de la criptoeconomia

8. Programaris que ajuden a gestionar el patrimoni en criptoactius dels usuaris i per als quals no cal fer cap registre en una entitat «oficial» ni cap protocol de control de blanqueig de capitals.

(Bal, 2014; Berg, Davidson i Potts, 2019).<sup>9</sup> Per aquest motiu, doncs, no insistirem en el tema que, en el cas espanyol, les autoritats tributàries ja han deixat clar a través de múltiples consultes vinculants a la Direcció General de Tributs (DGT)<sup>10</sup> que la compravenda de criptomonedes no està subjecta a l'IVA, ja que les criptomonedes són considerades per les autoritats fiscals un mitjà de pagament i, com a tals, s'han d'entendre incloses dins del concepte d'«altres efectes comercials» i, conseqüentment, la seua transmissió ha de quedar subjecta a l'impost i exempta.<sup>11</sup> Ara bé, els beneficis patrimonials obtinguts amb la compravenda de criptomonedes i, en general, qualsevol cryptoactiu, ha de quedar subjecte al corresponent impost sobre la renda.<sup>12</sup>

Tot i això, cal deixar ben patent la diferenciació entre una criptomoneda -o criptodivisa- i un NFT. Que la compravenda d'NFT normalment es fa amb criptomonedes no vol dir, en absolut, que la fiscalitat d'ambdós conceptes estiga equiparada. En aquest sentit, la DGT va sorprendre els experts amb l'extensa consulta vinculant VO486-22 de 10 de març del 2022, en què profunditza en el tema i, en particular, en la relació amb l'impost sobre el valor afegit, IVA. Anàlitzem, doncs, aquesta consulta vinculant.

En la consulta, el contribuent pregunta com tributa l'IVA sobre la venda d'NFT que atorguen al comprador drets d'ús -però en cap cas els drets subjacents a la propietat de l'obra- sobre il·lustracions digitals que el contribuent elabora. En aquest punt, cal recordar que el caràcter vinculant d'aquestes consultes tan sols existeix en relació amb l'Administració i no respecte als contribuents.

En primer lloc, la DGT ens recorda que, segons estipula la Llei d'IVA,<sup>13</sup> la LIVA, estaran subjectes a l'impost els lliura-

ments de béns i prestacions de serveis realitzats en l'àmbit espacial de l'impost per empresaris o professionals a títol oneros, amb caràcter habitual o ocasional, en el desenvolupament de la seva activitat empresarial o professional.<sup>14</sup> La DGT ens argumenta, citant diverses disposicions legals, que no hi ha dubte que en aquest cas el consultant té la condició d'empresari o professional<sup>15</sup> i que, en aqueix cas, tant les entregues de béns com les prestacions de serveis que es fan dins del territori d'aplicació de l'impost estan subjectes a aquest.<sup>16</sup>

A continuació, l'argumentació de la DGT prossegueix en la disquisició de si ens trobem davant d'una entrega de béns o, si per contra, hem de considerar aquest supòsit una prestació de serveis a efectes d'IVA. En aquest apartat, la DGT es basa en el fet que, a efectes jurídics, la compravenda d'NFT consisteix en la transmissió d'un certificat digital d'autenticitat d'un element subjacent, com pot ser una imatge, un gràfic, un vídeo, música o qualsevol altre contingut de caràcter digital. Per tant, en cap cas es transmet el contingut subjacent, sinó el poder de disposició sobre un bé corporal amb les facultats atribuïdes al seu propietari.

D'acord amb aquest concepte, a les definicions proporcionades a la LIVA<sup>17</sup> i la Directiva 2006/112/CE sobre els serveis prestats per via electrònica; la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 8 de febrer de 1990, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV, Assumpte C-320/88*, que analitza una operació en la qual una entitat havia transmès a una altra companyia el dret a disposar d'un immoble; les conclusions de la consulta vinculant VO716-16, de 23 de febrer de 2016, en relació amb un escultor que presta serveis de modelat digital; la DGT determina que «els serveis denominats d'art digital que es concre-

9. A grans trets, els punts d'atenció de la fiscalitat de la criptoconomia són tres: els guanys patrimonials obtinguts amb la criptominaeria, els guanys patrimonials obtinguts en la compravenda de criptodivises i la qüestió de la subjecció a la imposició indirecta de la criptoconomia i les criptodivises.
10. Per exemple, la V2679-21 de 5 de novembre de 2021, la V1274-20 de 6 de maig de 2020, la V0590-18 d'1 de març de 2018, o la V2846-15 d'1 d'octubre de 2015.
11. ixí mateix i pels mateixos motius, en les ja esmentades consultes vinculants també es defensa que els serveis financers vinculats amb les criptomonedes estan exemptes de l'IVA en els termes establerts en l'article. 20.U.18è de la Llei 37/1992.
12. Impost sobre societats (IS) si es tracta d'una persona jurídica, o els impostos sobre la renda de les persones físiques (IRPF) o l'impost sobre la renda dels no residents (IRNR), en cas de persones naturals, residents o de pas, respectivament.
13. Llei 37/1992, de 28 de desembre, de l'impost sobre el valor afegit.
14. Art. 4 de la LIVA.
15. Art. 5.2 de la LIVA.
16. Art. 11 de la LIVA.
17. Art. 8 de la LIVA.

ten en la venda de l'NFT objecte de consulta es podrien considerar serveis prestats per via electrònica que, en cas d'entendre's realitzats al territori d'aplicació de l'impost, han de tributar al tipus general de l'impost del 21 %».

La reflexió següent que ofereix l'analitzada consulta vinculant és sobre el lloc de realització dels serveis objecte de consulta, aspecte clau per a determinar on s'ha de tributar l'IVA. Per tal de prosseguir en la disquisició, la DGT assumeix que, de manera general, el destinatari del servei –el comprador de l'NFT– no té la qualificació d'empresari o professional. Per tant, en aquests casos la LIVA i la normativa europea és clara: fins que no se supere el lílindar de 10.000 euros, el venedor podrà tributar pels serveis prestats per via electrònica per l'IVA espanyol.<sup>18</sup> Una volta se supere aquest lílindar, els serveis s'entenen prestats a cada estat membre de residència del consumidor final, i el venedor està obligat a tributar a cada estat membre de residència del seu client final. En altres paraules, des del moment en què el venedor supere el lílindar dels 10.000 euros, la regla general referent al lloc de realització d'aquestes operacions serà aplicable i l'impost sobre el valor afegit s'haurà de pagar a cada estat membre de consum. Si el consumidor final està situat en algun lloc fora d'aplicació de l'impost, per exemple, a Canàries, Ceuta, Melilla o fora de la UE, la compravenda d'NFT no estarà subjecta a l'IVA.

Tanmateix, com la mateixa DGT reconeix, i a causa de l'anonimat que ofereixen les plataformes de compravenda d'NFT i el mateix *blockchain*, és materialment impossible saber si el comprador actua en qualitat d'empresari o no i, fins i tot, quin és el seu territori de residència. Encara que en els últims anys s'han fet modificacions en la normativa per obligar les plataformes amb domicili fiscal al territori d'aplicació de l'impost a informar sobre les operacions dutes a terme amb transcendència tributària.

En concret, la DGT, en la consulta vinculant analitzada, ens parla del que es disposa en el Reglament d'execució (UE) núm. 282/2011, del Consell, de 15 de març de 2011, pel qual s'estableixen disposicions d'aplicació de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema comú de l'impost sobre el valor afegit (DOUE de 23 de març). En aquest reglament

es despleguen una sèrie de normes –que no reproduïrem aquí– per a determinar el territori de residència del client dels serveis tecnològics com la compra d'NFT. Malgrat tot, en un sistema basat en l'anonimat en què els usuaris operen a través de pseudònims<sup>19</sup> continua sent extremadament complicat establir tots els factors que determinen la tributació aplicable.

En definitiva, veiem que la compravenda d'NFT està subjecta i no exempta d'IVA i, per descomptat, de qualsevol altre impost que grave rendiments patrimonials en cas d'obtenir beneficis, com ara l'IS, l'IRPF o l'IRNR, ja siga en la creació mateixa del NFT, en el procés d'intermediació en les compravendes o en un negoci especulatiu de compravenda d'aquest tipus de cryptoactius.

## 5. Discussió

Un cop analitzats els conceptes tecnològics objecte de l'article i les seues implicacions tributàries, el metavers i els NFT, volem introduir un nou aspecte important en el debat, ens referim als Principis d'Ottawa (OCDE, 2015) i la seua possible violació en la legislació analitzada en el cas dels NFT. Aquests principis van ser definits per l'OCDE per tal d'assegurar un cert equilibri i justícia entre l'economia digital i l'economia tradicional.

En particular, el primer d'aquests principis, el de la «neutralitat», dicta que qualsevol gravamen ha de ser neutre i just entre el comerç tradicional i el comerç digital. És més, també s'exigeix neutralitat entre les diferents formes de comerç electrònic, de manera que les decisions sobre els models de negoci no s'hagen de guiar per la imposició sinó per motius econòmics. En definitiva, contribuents en situacions similars que es troben en un tipus de transaccions semblants han d'estar subjectes a uns nivells impositius similars. De fet, aquest tema també és un maldecap per a la Comissió Europea, tal com s'ha publicat (Comissió Europea, 2017). Si això ho traslладem a la comparació entre el mercat de l'art «físic» o l'art «digital», veiem que no es compleix el principi de neutralitat, ja que l'art tradicional,

18. Art. 68, 70 i 73 de la LIVA.

19. «Nick», en diu la consulta vinculant.

el físic, està subjecte a un tipus reduït d'IVA, del 10 %, <sup>20</sup> i l'art digital, a través dels NFT, que no deixa de ser un mecanisme per a poder articular les compravendes, al 21 %.

D'alguna manera, aquest debat recorda la polèmica de l'IVA sobre el llibre electrònic, que durant anys va estar fixat en el 21 %, mentre que el llibre tradicional està subjecte al tipus superreduït d'IVA del 4 % (Ibáñez García, 2016; López-Hurtado i Valentín Ruíz, 2016). De fet, el paral·lelisme no s'acaba ací, ja que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, l'any 2015, considerà el llibre electrònic un servei prestat per via electrònica, i d'ací la justificació jurídica per no estar subjecte al tipus superreduït d'IVA. Finalment, l'any 2020 l'IVA dels dos productes, tant el digital com el tradicional, es van equiparar al tipus superreduït. <sup>21</sup> Veurem una evolució similar en l'equiparació de qualificacions tributàries entre l'art tradicional i el digital?

D'altra banda, igual que ha passat en altres sectors -per exemple, el de les plataformes de lloguer d'apartaments turístics- ara les plataformes de compravenda d'NFT domiciliades a Espanya -en el territori d'aplicació de l'impost, per ser més exactes- estan obligades a proporcionar determinada informació sobre els compradors a l'Agència Tributària, però, de nou, ens preguntem si no som davant un escenari de «voler posar portes al camp»: si els usuaris troben sistemàticament els NFT comprats en una determinada plataforma un 21 % més car, no marxaran a una altra plataforma on aquest 21 % no siga incrementat en el preu de la subhasta? La inexistència de fronteres i duanes físiques en el món digital, sens dubte, facilitarà aquesta migració. Per tant, el que està provocant de manera indirecta el legislador és que a Espanya -i a Europa, perquè aquesta legislació s'extrapola al conjunt d'Europa- no s'establisquen plataformes de compravenda d'NFT. Aquestes plataformes es poden domiciliar en qualsevol altre territori de nul·la o baixa tributació o, si més no, que siga més amable amb la imposició a aquest tipus de béns o serveis.

## Conclusions

En aquest article hem analitzat la fiscalitat de dos nous conceptes tecnològics emergents: el metavers i els NFT.

20. Art. 91 de la LIVA.

21. El mateix que va passar amb la premsa tradicional i la digital.

Ambdues tecnologies han experimentat un naixement i creixement concomitants, però no es poden equiparar, en absolut, pel que fa a les implicacions tributàries.

El metavers, d'alguna manera, és un nou paradigma de comunicació igual com en el seu moment ho van ser les pàgines web i, més endavant, les xarxes socials. El nou paradigma obre la porta a nous conceptes amb implicacions tributàries, com ara la compravenda d'NFT, però continuen els habituals negocis digitals que les lleis internacionals, amb més o menys èxit, ja tracten de gravar: publicitat digital, comerç electrònic i compravenda de dades d'usuaris.

Pel que fa als NFT, veiem que les autoritats tributàries espanyoles han estat innovadores i han publicat una rellevant doctrina administrativa, en forma de consulta vinculant, que expressa i fonamenta adequadament l'opinió vinculant de la DGT quant a la qualificació que han de rebre els NFT a Europa. En particular, la compravenda d'NFT, segons aquestes opinions, s'ha de considerar servei prestat per via digital. Tal com està argumentada la consulta vinculant, el raonament ací expressat és inapel·lable.

Pel que fa a l'escenari als EUA, en la innovadora normativa nord-americana de l'estat de Washington, analitzada en aquest article, la WAC 458-20-15503, no s'acaba d'aclarir si la qualificació que ha de rebre aquest concepte és de producte digital o de codi digital. Per tant, podem concloure que tot i la voluntat innovadora del legislador d'aquest estat americà, la Llei ja ha quedat obsoleta des del mateix moment que han aparegut nous paradigmes tecnològics.

En definitiva, com no pot ser d'una altra manera, veiem bé la clarificació que ha fet la DGT en tots aquests assumptes d'acord amb la normativa europea, però les conclusions lògiques i inapel·lables a les quals s'ha arribat presenten dos inconvenients importants:

- 1) la violació del principi de neutralitat entre el comerç d'art tradicional i digital, segons queda definit als Principis d'Ottawa; i
- 2) un desincentiu clar perquè les plataformes de compravenda de NFT s'instal·len a Espanya.

## Referències bibliogràfiques

- ALAMO CERRILLO, R.; LAGOS RODRÍGUEZ, G. (2015). «Necesidad de adaptación de los conceptos tributarios a la realidad económica digital». *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3, pàgs. 19-30.
- BAL, A. M. (2014). *Taxation of virtual currency*. Universitat de Leiden.
- BELDA, I. (2019). «El Blockchain i el smart contract en relació a l'Impost sobre les Transmissions Patrimonials i els Actes Jurídics Documentats». *Revista d'Internet, Dret i Política*, núm. 29, pàgs. 1-8. DOI: <https://doi.org/10.7238/idp.v0i29.3183>.
- BELDA, I. (2021a). «Consideraciones tributarias entorno a la computación en la nube». *Revista Quincena Fiscal*, núm. 13, pàgs. 109-125.
- BELDA, I. (2021b). «Els conceptes tributaris de l'establiment permanent i els punts de connexió en relació amb l'adveniment d'Internet of Things». *Revista d'Internet, Dret i Política*, núm. 31, pàg. 1-13. DOI: <https://doi.org/10.7238/idp.v0i32.3209>.
- BELDA, I. (2021c). «La compleja relación entre el software y la fiscalidad: tres aspectos a considerar». *Crónica Tributaria*, núm. 180, pàgs. 11-30. DOI: <https://doi.org/10.47092/CT.21.3.1>.
- BELDA, I. (2021d). *Nous Paradigmes de Tributació per l'Economia del Coneixement*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya.
- BELDA, I. (2021e). «Valoración de la recaudación obtenida por el nuevo Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales en los primeros seis meses». *Revista Quincena Fiscal*, núm. 17, pàgs. 111-120.
- BERG, C.; DAVIDSON, S.; POTTS, J. (2019). *Understanding the blockchain economy: An introduction to institutional cryptoeconomics*. Melbourne, Australia: Universitat de Melbourne. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781788975001>.
- BORREGO ZABALA, B. (2014). «La necesaria adaptación de los tributos a las nuevas tendencias de los negocios electrónicos». *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 18, pàgs. 51-59. DOI: <https://doi.org/10.7238/idp.v0i18.2218>.
- COLIN, N. (2013, gener). «Corporate Tax 2.0: Why France and the world need a new tax system for the digital age». *Forbes*.
- COMISSIÓ EUROPEA (2017). *Un sistema impositivo justo y eficaz en la Unión Europea para el Mercado Único Digital*. Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu i al Consell.
- COMITÉ DE PERSONAS EXPERTAS (2022). *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria*. Madrid: Ministeri d'Hisenda i Función Pública.
- CONSELL D'EUROPA (2018). *Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales*.
- CRUZ PADIAL, I.; SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. (2017). «Economía digital, establecimiento permanente y presencia digital significativa: tras las conclusiones del informe del GEFED». *Revista Quincena Fiscal*, núm. 18, pàgs. 1-22.
- DELGADO GARCÍA, A. M.; OLIVER CUELLO, R. (2015). «Nueva regulación del IVA en el comercio electrónico». *Revista d'Internet, Dret i Política*, núm. 20, pàgs. 108-120.
- HERNÁNDEZ MONEO, I. (2020). «Análisis del proyecto de ley del impuesto sobre determinados servicios digitales». *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 445, pàgs. 1138-9540.



- IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2016). «El IVA del libro electrónico desde una interpretación evolutiva de las directivas comunitarias». *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 21, pàgs. 1-24.
- LANDONI, M.; PIETERS, G. C. (2020). «Taxing Blockchain Forks». *Stanford Journal of Blockchain, Law & Policy*, núm. 3, pàg. 197. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3475598>.
- LÓPEZ-HURTADO, M.; VALENTÍN RUÍZ, F. J. (2016). «Diez años de controversia en torno al IVA del libro electrónico». *ROED: Revista online de estudiantes de Derecho*, núm. 5, pàgs. 1-18.
- MARINI, M. P. (2012). *Rapport d'Information fait au nom de la commission des finances sur la fiscalité numérique*. París: Senat de la República Francesa.
- MAZUR, O. (2015). «Taxing the Cloud». *California Law Review*, núm. 103, pàgs. 1-66.
- MENENDEZ MORENO, A. (2019). «El nuevo Impuesto sobre determinados servicios digitales o la conjunción de dos enigmas: la informática y los impuestos». *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6, pàgs. 7-16.
- OCDE (2015). *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. Action 1: 2015 Final Report*. París: OECD Publishing.
- OCDE (2018). *Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report*. París: OECD Publishing.
- QUINTANA FERRER, E. (2019). «Economía digital y fiscalidad : los impuestos sobre determinados servicios digitales». *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, pàgs. 159-198.
- ROSEMBUJ, T. (2015). *Taxing Digital*. El Fisco - Gabinete Jurídico Estudios Legales Tributarios.

### Citació recomanada

BELDA, Ignasi (2023). «Metavers i NFT, nous reptes tecnològics en la imposició indirecta i internacional». *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*, núm. 37. UOC [Data de consulta: dd/mm/aa]  
<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i37.403678>



Els textos publicats en aquesta revista estan subjectes -llevat que s'indiqui el contrari- a una llicència de Reconeixement-Sense obres derivades 3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los y comunicar-los públicament sempre que citeu el seu autor i la revista i la institució que els publica (*IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*; UOC); no faci amb ells obres derivades. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/es/deed.ca>.

### Sobre l'autor

#### Ignasi Belda

Universitat Internacional de Catalunya  
 ibeldar@uic.es

Doctor en Intel·ligència Artificial i doctor en Dret Econòmic. En la seua trajectòria emprenedora ha destacat en l'àmbit de la biotecnologia, en què ha fundat diverses empreses biotecnològiques, com Intelligent Pharma, i ha rebut 15 guardons per aquesta trajectòria, entre els quals cal destacar el Premi Princesa de Girona 2014. També ha ocupat diversos càrrecs públics de responsabilitat com, per exemple, el de director general del Parc Científic de Barcelona o vicepresident d'APTE, la xarxa de parcs científics i tecnològics d'Espanya. En l'actualitat, està preparant una tercera tesi doctoral en Història Moderna.



<https://idp.uoc.edu>

ARTICLE

# Las obligaciones sujetas a control administrativo automatizado

Oscar Capdeferro Villagrasa  
Universidad de Barcelona

Fecha de presentación: julio 2022  
Fecha de aceptación: octubre 2022  
Fecha de publicación: marzo 2023

## Resumen

Las administraciones están empezando a delegar en sistemas digitales automatizados parte del control que tradicionalmente ejercía el personal inspector. Esta situación abre nuevas posibilidades en las actuaciones de inspección y control, pero las normas que establezcan obligaciones que van a ser objeto de control de cumplimiento de modo automatizado deberían observar una serie de requisitos, o precauciones, puesto que algunas experiencias, citadas en el estudio, permiten identificar problemas (y apuntar algunas posibles soluciones) que deben tenerse en cuenta en el momento mismo de la elaboración de la norma, para evitar posibles impactos negativos sobre los sujetos controlados. Se propone una categoría de obligación sujeta a control automatizado, a fin de poder identificar más fácilmente qué tipo de obligaciones son las que precisan las medidas de garantía que se exponen en el estudio.

## Palabras clave

actuación automatizada; inteligencia artificial; control administrativo; sanción administrativa

## *Obligations subject to automatized administrative monitoring*

### **Abstract**

*Administrations are beginning to delegate, using automatized digital systems, part of the monitoring traditionally performed by inspecting staff. This situation offers new possibilities in the roles of inspecting and monitoring, but rules establishing obligations that will be the object of automatized fulfilment monitoring will need to observe a series of requirements or precautions given that some experiences, cited in the study, allow for the identification of problems (and suggest some possible solutions) to bear in mind at the very moment the rule is produced in order to avoid possible negative impact on those being monitored. The category of obligations subject to automatized monitoring is suggested, with a view to being more readily able to identify the types of obligations that are required by the guarantee measures exhibited in the study.*

### **Keywords**

*automated administrative action; artificial intelligence; administrative control; administrative sanction*

## Introducción

La Administración pública y el Gobierno constituyen el Poder Ejecutivo, el cual, al menos en la formulación clásica, se caracteriza por su función primordial de hacer cumplir el derecho, de ejecutar las normas,<sup>1</sup> de hacerlas efectivas.<sup>2</sup> Por eso mismo, la Administración se ha dotado de cuerpos con funciones inspectoras, especializados en la función de control del cumplimiento normativo, de la observancia de las obligaciones jurídicas.<sup>3</sup>

Sin embargo, recientemente se están empezando a establecer obligaciones cuyo control de cumplimiento ya no se está realizando exclusivamente por agentes de la administración dotados de autoridad.<sup>4</sup> Estos cuerpos inspectores y controladores clásicos se han visto recientemente complementados en algunos ámbitos por sistemas digitales automatizados, que se están encargando de algunas tareas de control del cumplimiento de normas.<sup>5</sup>

Este avance tecnológico, de automatización,<sup>6</sup> en la función de inspección y control, permite mejorar dicha función, pero, al mismo tiempo, algunas experiencias demuestran que dicha automatización conlleva una serie de riesgos, que deberían ser tratados en el mismo momento de establecer, normativamente, la obligación y el sistema digital con el que se va a controlar su cumplimiento.

El objeto del presente trabajo es identificar las características y algunos riesgos propios de las obligaciones sujetas a control automatizado, para así poder apuntar a posibles líneas de garantía que deberían tenerse en cuenta en el momento de regular este tipo de obligaciones y sistemas digitales asociados.

A tal fin, se empieza por definir el concepto de «obligación sujeta a control automatizado», indicando brevemente qué impacto tiene en la mejora de la actuación administrativa de inspección y control. A continuación, se presentan las medidas regulatorias adicionales que deberían tenerse en cuenta en el momento de establecer este tipo de obligaciones; y, por último, el trabajo se cierra con unas breves conclusiones, que sistematizan algunas de las ideas centrales expuestas y apuntan al espacio que puede haber, en el ordenamiento jurídico, para este nuevo tipo de obligaciones.

## 1. Las obligaciones sujetas a control automatizado

Las obligaciones sujetas a control automatizado son un nuevo tipo de obligaciones que se están empezando a incluir en las normas jurídicas, que presentan un rasgo propio que las caracteriza y distingue de las demás obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico. Esa particularidad parece imponer, como luego se desarrollará, una serie de requisitos normativos y garantías particu-

1. Además de contar, también, con potestad normativa: artículos 127 y 128 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y artículos 82-86 y 97 de la Constitución española.
2. En palabras de Corso, De Benedetto y Rangone: «I controlli sui destinatari delle regole costituiscono un momento fondamentale nel ciclo della regolazione: la loro carenza o la loro inadeguatezza infatti possono portare all'ineffettività delle regole», CORSO, G., DE BENEDETTO, M. y RANGONE, N. (2022). *Diritto amministrativo effettivo*. Boloña: Il Mulino, pág. 209.
3. Como, por ejemplo, los inspectores y subinspectores de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). Véase artículo 1.2 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
4. Así, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece que, en el ejercicio de sus funciones, «los inspectores de Trabajo y Seguridad Social tienen el carácter de autoridad pública».
5. Algunos de estos sistemas serían sistemas de inteligencia artificial. Sobre el concepto, puede verse el artículo 3.1 en relación con el anexo I de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM/2021/206 final. También, véase BARRIO ANDRÉS, M. (2022). *Manual de derecho digital*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 64 y ss. (con referencias a la propuesta de reglamento europeo en las págs. 82 y ss.).
6. En el ordenamiento jurídico español, este tipo de actuación administrativa cuenta con alguna regulación, inicialmente en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y posteriormente generalizada en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. La regulación vigente se encuentra en la Ley estatal 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en la que se contiene la siguiente definición: «Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa».

res, específicas para las normas que prevén este tipo de obligaciones.

Las obligaciones sujetas a control automatizado son aquellas obligaciones que, en la misma norma que las establece, se prevé que el control de su cumplimiento se va a realizar por un sistema digital automatizado. Como nota adicional, que al menos es cierta en los ejemplos citados en este estudio, se puede añadir que, por lo general, este control no interrumpe la actividad de los sujetos controlados, y se puede llevar a cabo, simultáneamente, mientras el sujeto está realizando la actividad controlada.

Se trata, en definitiva, de obligaciones que van acompañadas de un sistema digital automatizado de inspección o control administrativo, previsto normativamente.

Es importante adoptar este concepto en el marco de este estudio, puesto que no se va a hacer referencia a cualquier herramienta o sistema digital que haya sido desarrollado en ejercicio de potestades de autoorganización para el apoyo en el desarrollo de funciones (incluido el control) en una administración, sino que se va a hacer referencia únicamente a sistemas cuyo reconocimiento y empleo está directamente previsto en la norma jurídica, de tal modo que la misma norma debería estar adaptada al tipo de sistema que se va a emplear, partiendo de sus posibilidades tecnológicas y anticipando los problemas (técnicos) que puedan impactar de forma perjudicial en los derechos de las personas sujetas al control.

Como se ha indicado anteriormente, existen ya en el ordenamiento jurídico obligaciones de este tipo, asociadas normativamente al control automatizado de cumplimiento.

En términos generales, se pueden diferenciar dos tipos de normas con obligaciones sujetas a control automatizado: aquellas que específicamente se refieren a un sistema de control digital concreto (y del que, por tanto, se conoce su funcionamiento y las tareas de inspección y control que va a desarrollar) y aquellas que se limitan a prever la posibilidad de que, en el futuro, durante la vigencia de la norma, algunas tareas de inspección y control, no concretadas por la norma, puedan ser asumidas por sistemas automatizados. En este segundo tipo, se estaría ante una obligación solo potencialmente sujeta a control automatizado.

Dentro del primer tipo, pueden servir como ejemplo los reglamentos municipales que se han aprobado en algunos municipios sobre zonas de bajas emisiones.<sup>7</sup> Varios de ellos han sido aprobados en el área metropolitana de Barcelona, siendo el primero de ellos el de previsión de la zona de bajas emisiones del Ayuntamiento de Barcelona<sup>8</sup> y otros municipios vecinos<sup>9</sup> en diciembre de 2019, en la que se restringía el acceso al centro de la ciudad de determinados vehículos contaminantes para preservar la calidad del aire. Así, por ejemplo, la ordenanza de la zona de bajas emisiones de Sant Cugat del Vallès,<sup>10</sup> prohíbe el acceso de los vehículos que define como contaminantes (art. 4) a la zona urbana de bajas emisiones de 7:00 a 20:00 horas de forma ordinaria (arts. 6 y 7). Esta prohibición de acceso es una obligación cuyo incumplimiento se sancionará, de acuerdo con la misma ordenanza, con una sanción de multa de 100 o 200 euros.<sup>11</sup> Pues bien, sobre el control del cumplimiento de esta obligación, indica el artículo 12 lo siguiente:<sup>12</sup> «El control del cumplimiento de las disposiciones de la presente Ordenanza se realiza automáticamente mediante un sistema de lectura de matrículas y la plataforma tecnológica del Ayuntamiento de

7. En esta materia, debe tenerse presente la previsión del artículo 14.3.a de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, respecto del impulso de las zonas de bajas emisiones en los municipios de más de 50.000 habitantes y los territorios insulares.
8. Se trata de la «Ordenança relativa a la restricció de la circulació de determinats vehicles a la ciutat de Barcelona amb l'objectiu de preservar i millorar la qualitat de l'aire», publicada el día 31 de diciembre de 2019, y posteriormente anulada por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de marzo de 2022, núm. 970/2022, rec. 60/2020.
9. Se trata de l'Hospitalet de Llobregat, Sant Adrià de Besòs, Esplugues de Llobregat y Cornellà de Llobregat.
10. Ordenança de zona de baixes emissions de Sant Cugat del Vallès (ZBE), aprobada el día 15 de marzo de 2021. Entre noviembre de 2021 y abril de 2022, este sistema realizó 4.406 denuncias por acceso ilícito a la zona de bajas emisiones: <https://www.tvsantcugat.cat/actualitat/85-multes-per-infraccions-als-carrils-bici-de-sant-cugat/>
11. En función del nivel de contaminación que, por razón de la matrícula, se atribuya al vehículo. En casos excepcionales, se puede cometer una infracción muy grave (cuando se ha declarado un episodio de contaminación del aire), que se sanciona con multa de 500 euros.
12. Traducción propia del autor, del texto original en catalán.

Sant Cugat del Vallès, sin perjuicio de las facultades que la Policía Local tenga asignadas».<sup>13</sup>

La solución técnica para llevar a cabo este control es la instalación de cámaras en los accesos a la zona de bajas emisiones, conectadas a un sistema que procesa las imágenes para identificar las matrículas de los vehículos que acceden a la zona; datos que cruza con la base de datos en la que figuran los distintivos ambientales de tráfico asignados de acuerdo con los niveles de contaminación que produce el vehículo/matrícula,<sup>14</sup> a fin de determinar, de forma automática, si se está cumpliendo la obligación de no circular por esa zona con un vehículo contaminante; y proceder, en caso de incumplimiento, a validar la sanción automáticamente, identificando la infracción y sanción correspondientes, para que se pueda notificar la sanción a la persona titular del vehículo.<sup>15</sup>

Otro ejemplo de ese primer tipo, pero esta vez respecto del control interno, dirigido mayoritariamente a controlar la licitud de las actuaciones del personal al servicio de las administraciones, es el relativo al sistema de alertas rápidas de la Inspección General de Servicios de la Generalitat Valenciana. Se trata de un sistema centrado en la detección de alertas de posibles incumplimientos normativos en los expedientes administrativos, mientras los correspondientes expedientes administrativos todavía se encuentran abiertos, y que está previsto y regulado en la Ley valenciana 22/2018, de 6 de noviembre, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental. El sistema digital está diseñado para comunicar al cuerpo

de inspectores de la Inspección General de Servicios las alertas detectadas, y es este cuerpo de inspectores el que debe analizarlas y darles el cauce que corresponda, dentro de las posibilidades previstas por la propia ley (artículo 31 de la Ley valenciana 22/2018).<sup>16</sup>

Pueden ilustrar el segundo tipo (las obligaciones potencialmente sujetas a control automatizado) las normas y los sistemas automatizados referidos al control del cumplimiento normativo de algunas obligaciones tributarias y laborales.

En efecto, es posible encontrar en el ordenamiento jurídico la referencia al posible control automatizado de cumplimiento de las obligaciones del ordenamiento laboral, por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, regulado en los artículos 43 y siguientes del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Se prevé que el sistema automatizado de la Inspección pueda realizar las comprobaciones automáticamente e incluso formular por sí mismo las actas de infracción (artículos 44 y 45), que se notifican y que, en caso de no haber sido satisfecha la multa indicada ni haberse mostrado expresamente la disconformidad con el contenido del acta, puede automáticamente generarse la resolución que contendrá la propuesta de sanción, para que se sigan ante la autoridad laboral competente los trámites del procedimiento administrativo sancionador de ámbito laboral previstos en los artículos 51 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y

13. En efecto, esta no es la única norma local sobre esta cuestión con este tipo de cláusulas. Véase también el artículo 12 de la Ordenanza relativa a la restricción de la circulación de determinados vehículos a la ciudad de Cornellà de Llobregat con el objetivo de preservar y mejorar la calidad del aire, en su modificación que entró en vigor el 31 de diciembre de 2021. Se debe tener en cuenta que este municipio participaba en el acuerdo original de 2017 con AMB de restricciones de circulación en unas vías de acceso a Barcelona, donde participaron los ayuntamientos de Barcelona, L'Hospitalet de Llobregat, Sant Adrià de Besòs, Esplugues de Llobregat y Cornellà de Llobregat. El artículo 15 de la ordenanza de Barcelona establecía que «El control del cumplimiento de las disposiciones de esta Ordenanza se realiza mediante un sistema de lectura de matrículas y la plataforma tecnológica de l'Ajuntament amb Mitjans automàtics, sense perjudici de les facultats que la Guàrdia Urbana tingui assignades».
14. Información que se debe complementar también con las autorizaciones de acceso excepcionales concedidas y los niveles de calidad del aire. Véase AMB (2021). *Guía técnica para la implementación de zonas de bajas emisiones*. Barcelona; AMB-FEMP, pág. 35.
15. *Ibid.*, págs. 33-38.
16. Sobre este sistema, véase COTINO HUESO, L. (2021). Hacia la transparencia 4.0: el uso de la inteligencia artificial y big data para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales. En: RAMÍO, C. (dir.). *Repensando la Administración Pública: Administración digital e innovación pública*. Madrid: INAP, págs. 169-196; y CRIADO, J. I., VALERO, J. y VILLODRE, J. (2020). «Algorithmic Transparency and Bureaucratic Discretion: The Case of SALER Early Warning System». *Information Polity*, vol. 25, núm. 4, págs. 449-470.

Sanciones en el Orden Social.<sup>17</sup> Sin embargo, no se especifica qué actuaciones de inspección y control, respecto del cumplimiento de las obligaciones en materia laboral y de Seguridad Social, se realizarán de forma automatizada, pues esta labor se remite a un acto administrativo posterior, indicándose que se realiza mediante «resolución del Director del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que será publicada en sede electrónica, la determinación de los supuestos en los que se hará uso de dicha actuación» (art. 43 Real Decreto 928/1998).

En este grupo también se encontrarían, por ejemplo, los sistemas automatizados de inspección y control empleados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria de España (en adelante, Agencia Tributaria), en la que los sistemas automatizados que se desarrollen (y que no concreta o predetermina la norma) deberán ser aprobados mediante una resolución de la Dirección General de la Agencia Tributaria.<sup>18</sup> La normativa de referencia que así lo establece sería el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, cuyo artículo 85.1 establece, en desarrollo de lo previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 96 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que «las aplicaciones informáticas que efectúen tratamientos de información cuyo resultado sea utilizado por la Administración tributaria para el ejercicio de sus potestades y por las que se determine directamente el contenido de las actuaciones administrativas, habrán de ser previamente aprobadas mediante resolución del órgano que debe ser considerado responsable a efectos de la impugnación de los correspondientes actos administrativos».<sup>19</sup>

Por lo general, y como se ve ilustrado en los ejemplos expuestos, en el primer tipo de supuestos se suele precisar un único instrumento para establecer tanto la obligación como su control automatizado (la ley o reglamento que establece la obligación y que a su vez también prevé el sistema digital de control); mientras que, en el segundo grupo, la norma jurídica prevé o determina la obligación que hay que cumplir, y remite a un posterior acto administrativo para la concreción del control automatizado, en su caso.

## 2. La mejora de la función de control e inspección mediante la incorporación de obligaciones sujetas a control automatizado

El control automatizado no es solamente una mera actualización de los medios para realizar esta actividad, sino que tiene un impacto mucho más profundo en el derecho. No es, por tanto, solo una cuestión de eficiencia en la realización de la actuación de control.<sup>20</sup>

Uno de los principales puntos de interés de la obligación de cumplimiento automatizado es que permite establecer nuevas obligaciones en el ordenamiento jurídico que de otro modo no se habrían podido imponer de forma efectiva, por la imposibilidad de controlar de forma adecuada su cumplimiento. Por ejemplo, en el caso de la zona de bajas emisiones, podría hacerse esporádicamente algún control aleatorio de vehículos en los accesos a la zona de acceso restringido, con agentes de cuerpos policiales que detengan algunos vehículos para comprobar en la base de datos la matrícula y el distintivo ambiental asignado; pero el control de cumplimiento tradicional de una obligación así puede

17. Al respecto, véase GOERLICH PESET, J. M. (2021). «Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador». *Labos*, vol. 2, núm. 2, págs. 22-42. Por ejemplo, algunas de estas herramientas se aprueban y publican en la Resolución de 4 de julio de 2019 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por la que se aprueban las nuevas aplicaciones informáticas para las actuaciones administrativas automatizadas.

18. Por ejemplo, algunas de estas herramientas se aprueban y publican en la Resolución de 4 de julio de 2019 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por la que se aprueban las nuevas aplicaciones informáticas para las actuaciones administrativas automatizadas.

19. Sobre la automatización en la Administración Tributaria, véase OLIVER CUELLO, R. (2021). «Big data e inteligencia artificial en la Administración tributaria». *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 33, págs. 1-13.

20. Sobre los considerados efectos beneficiosos de la inteligencia artificial en el sector público, COGLIANESE ha señalado el «potential to deliver increased administrative efficiency, speed, consistency, and accuracy». Con indicación de varios ejemplos, véase COGLIANESE, C. (2021). «Administrative Law in the Automated State». *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Science*, vol. 150, núm. 3, págs. 104-120.

suponer la necesidad de un elevado número de agentes y un grave perjuicio para los usuarios de las vías de acceso, por dificultar más la movilidad en las grandes ciudades.

En segundo lugar, también se puede destacar que este tipo de control implica a su vez un menor número de trabas o inconvenientes para los sujetos controlados a consecuencia del control, puesto que este sistema realiza el control sin interrumpir la actividad que se esté llevando a cabo. Así, el sistema que lleva a cabo el control de acceso a la zona de bajas emisiones no hace detener los vehículos,<sup>21</sup> ni otros sistemas, como los de la Agencia Tributaria, la ITSS o el sistema SALER, implican la entrada de inspectores a las oficinas de empresas o administraciones e interrumpir la actividad de su personal para aportar documentación o atender cualquier otro tipo de requerimiento del personal inspector.

### 3. Aspectos que considerar en la elaboración de normas que incluyan obligaciones sujetas a control automatizado

Prever obligaciones de control automatizado puede presentar ventajas, como se ha visto, pero no se debe descuidar que trasladar total o parcialmente el control a un sistema informático también abre nuevas necesidades regulatorias y presenta nuevos problemas que deben considerarse.

La presente sección se dedica a cuestiones específicamente detectadas en el empleo de sistemas digitales automatizados vinculados con el control del cumplimiento de obligaciones, sobre lo que se centra este estudio, dejando de lado muchos otros problemas generales sobre los algoritmos de todo tipo, y sobre los que ya hay una muy sólida literatura.<sup>22</sup>

#### 3.1. La nueva forma de las normas: *digital-ready legislation*.

El primer cambio que supone para el derecho este nuevo tipo de obligaciones es que exige que la norma esté adaptada a su aplicación automatizada. Por ello, el contenido y redacción de la norma debe cuidarse especialmente.

En este sentido, se ha hablado del concepto de *digital-ready legislation*, que empieza a emerger, y que sobre todo se ha desarrollado en Dinamarca.<sup>23</sup> Este concepto implica, en esencia, que la normativa debe estar preparada para ser aplicada mediante sistemas digitales.<sup>24</sup> Por supuesto, no cualquier contenido ni cualquier forma de redacción cumpliría con ese fin de aplicación automatizada. Así, la Agencia para el Gobierno Digital del Ministerio de Finanzas de Dinamarca ha establecido siete principios para una legislación preparada para la aplicación digital (*digital-ready legislation*).<sup>25</sup> De ellos, se puede extraer que las normas pueden ser fácilmente aplicadas mediante sistemas digitales si emplean términos claros, evitando conceptos imprecisos o indeterminados, contienen pocas

21. En este punto insiste la guía de AMB, afirmando que «Dado el volumen de vehículos circulantes, es imprescindible que los sistemas de control sean lo más automatizados posible», AMB (2021). *Guía técnica* cit., pág. 33.

22. Por ejemplo, discriminación, opacidad, sesgos y errores, acceso indiscriminado y excesivo a datos personales, etc. Véase SORIANO ARNAZ, A. (2021). «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, págs. 85-127; y WACHTER, S., MITTELSTADT, B. y RUSSELL, C. (2021). «Why fairness cannot be automated: Bridging the gap between EU non-discrimination law and AI». *Computer Law & Security Review*, vol. 41, págs. 1-31. Se debe tener en cuenta que el legislador español empieza a abordar algunos de estos problemas, tratando de incorporar sistemas de garantía, como un sello de calidad de los algoritmos: véase el artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Sobre las limitaciones de la regulación administrativa aplicada a la inteligencia artificial, véase VALERO TORRIJOS, J. (2019). «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, págs. 82-96.

23. En ese país se acordó, en 2018, que la legislación se aprobara adaptada a la aplicación digital: [https://en.digst.dk/media/20205/en\\_political-agreement-regarding-digital-ready-legislation.pdf](https://en.digst.dk/media/20205/en_political-agreement-regarding-digital-ready-legislation.pdf)

24. Existe también ya alguna bibliografía, y se han dado notas definitorias: «digital-ready legislation [...] implies that, whenever possible, new legislation should build on simple rules and unambiguous terminology to reduce the need for professional (human) discretion and allow for the extended use of automated case processing in public-sector organizations» (PLESNER, U., JUSTESEN L. (2022). «The Double Darkness of Digitalization: Shaping Digital-ready Legislation to Reshape the Conditions for Public-sector Digitalization». *Science, Technology, & Human Values*, vol. 47, núm. 1, págs. 146-173).

25. Consultable en: <https://en.digst.dk/digital-governance/digital-ready-legislation/guidances-and-tools/seven-principles-for-digital-ready-legislation/>



excepciones a las reglas generales, que deben ser las mínimas posibles y siempre justificadas, y no cuentan con elementos discrecionales o márgenes de valoración.

En aplicación de estas reglas, el cumplimiento de la obligación debería ser fácil de controlar cruzando o relacionando datos (por ejemplo, comprobar si hay o no determinadas matrículas de vehículos en un listado; o, si la persona que interviene en el procedimiento administrativo es propietaria de la empresa interesada en dicho procedimiento al detectar coincidencias de nombres o DNI/NIF), la identificación de la infracción debería ser inequívoca y la sanción no debería dejar márgenes que admitan la apreciación subjetiva en su determinación (por ejemplo, si se establecen baremos de sanción mínima y máxima, en lugar de indicar un único importe).

En este sentido, un buen ejemplo lo constituye la normativa reguladora de la zona de bajas emisiones, en la que se fija una única sanción por cada infracción. Este es el contenido del artículo 15.3 de la ordenanza de Sant Cugat antes citada:

«Las sanciones a las infracciones tipificadas en el apartado 2 son las siguientes:

- a) Las infracciones leves se sancionan con una multa de 100 euros.
- b) Las infracciones graves se sancionan con una multa de 200 euros.

c) Las infracciones muy graves se sancionan con una multa de 500 euros».<sup>26</sup>

Este factor requiere, como se puede ver, que las obligaciones sean muy específicas y que las consecuencias del incumplimiento no dejen márgenes de apreciación o cuantificación.<sup>27</sup> Por ello, más dificultad de aplicación automatizada podrían tener otros regímenes sancionadores no adaptados plenamente a la aplicación del control automatizado, como podría ser el caso ya citado de los posibles sistemas que puedan incorporar la ITSS<sup>28</sup> y la Agencia Tributaria<sup>29</sup> para controlar el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Como se puede observar, la obligación de cumplimiento automatizado exige ciertas características que se deben plasmar en la técnica regulatoria. En consecuencia, si se extiende, va a suponer que cada vez sean más comunes las reglas sancionadoras que no prevean márgenes en la determinación de la consecuencia sancionadora derivada del incumplimiento de las obligaciones previstas.

### 3.2. Garantías del sujeto sometido al control automatizado

Merecen especial atención dos garantías, procedimentales, que deberían asegurarse cuando se emplean este tipo de sistemas, y que han sido observadas en situaciones reales sobre las que se ha podido tener conocimiento

26. Se prevé un incremento del 30 % en caso de reincidencia, en el apartado 4; y en el 5 se apunta que la sanción no puede resultar más beneficiosa que el cumplimiento de la norma.

27. Sobre el caso del sistema SALER, se debe mencionar que no se establece la posibilidad de que el sistema proponga sanciones, ya que su uso se limitaría únicamente a un primer estadio del proceso de control, señalándole al cuerpo de inspectores que presuntamente podría haberse cometido alguna actuación ilícita en el marco de un expediente administrativo. El tratamiento de las alertas (esto es, la consecuencia de que el sistema detecte un posible incumplimiento) tiene un régimen bastante reglado, véase el artículo 31 de la Ley valenciana 22/2018.

28. La ITSS generalmente puede optar por proponer la imposición de las sanciones en el importe mínimo posible, tal y como se hace de forma habitual siempre que no se detecten circunstancias que agraven el ilícito y constituyan un criterio para la graduación de la sanción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). En particular, su artículo 39.6 establece que: «El acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que inicie el expediente sancionador y la resolución administrativa que recaiga, deberán explicitar los criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta, de entre los señalados en los anteriores apartados de este artículo. Cuando no se considere relevante a estos efectos ninguna de las circunstancias enumeradas en dichos apartados, la sanción se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior». Esta regla facilitaría, así, la determinación automatizada de la propuesta de sanción, a pesar de que las reglas sancionadoras de la LISOS no se encuentran adaptadas para una correcta aplicación plenamente automatizada.

29. Para los sistemas automatizados de la Agencia Tributaria, no resulta extraño que se especifique que el sistema puede llegar a emitir resoluciones siempre que sea posible, de forma automatizada, la deuda correspondiente a ingresar por la persona contribuyente. Por ejemplo, véase apartado 9 de la Resolución de 27 de abril de 2018, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban nuevas aplicaciones informáticas para la actuación administrativa automatizada.

a través de los medios de comunicación. Se exponen, a continuación, los dos problemas con las correspondientes garantías posibles para reducir el perjuicio que pudieran generar los errores o el mal funcionamiento de los sistemas automatizados de control.

### 3.2.1. La sanción insólita y el recurso ante un ser humano

Un claro ejemplo lo encontramos en el caso de la restricción de circulación en la zona de bajas emisiones. El sistema informático está preparado para procesar las imágenes captadas y extraer de ellas las matrículas de los vehículos, datos a partir de los cuales puede establecer de modo automático qué infracción se ha cometido y cuál es la sanción correspondiente, ya que, como se ha indicado, solo hay una infracción y una sanción posible por vehículo (multa de un único importe). Por tanto, no ha actuado en este proceso un agente policial verificando cada imagen, sino que todo este proceso ha sido automatizado.<sup>30</sup>

Pues bien, en el empleo de este sistema se impusieron una serie de multas que trascendieron a los medios de comunicación, y que fueron consideradas como «insólitas». En ellas, se sancionaba a titulares de vehículos que habían sido captados por las cámaras accediendo a la zona de bajas emisiones, pero no se estaba cometiendo ninguna infracción porque estos coches no circulaban,<sup>31</sup> sino que se encontraban cargados sobre una grúa, camino de un taller mecánico para ser reparados o desguazados. En las imágenes que se adjuntaban en los propios escritos de denuncia, que trascendieron también a los medios de comunicación, se puede ver perfectamente la grúa circulando con el vehículo denunciado encima.<sup>32</sup>

Aquí, claramente, se aprecia una de las limitaciones de la inteligencia artificial empleada: si bien el sensor o dispositivo óptico (la cámara) funciona correctamente, el sistema que debe interpretar la imagen es incapaz de entender su contexto, puesto que se limita exclusivamente a la lectura de matrículas, lo que conduce a que acabe proponiendo sanciones aun cuando no se está realizando ninguna infracción.

Por ello mismo, resulta de especial importancia que no sea reevaluada o reconsiderada la actuación administrativa por el mismo sistema, puesto que el sistema volvería a resolver en el mismo sentido: leería esa matrícula, confirmaría que es un vehículo que tenía el acceso prohibido, y confirmaría que la infracción y la sanción identificadas eran las adecuadas. Así, para evitar estos problemas, en los que se adoptan resoluciones claramente injustas<sup>33</sup> por un error en la aplicación de la norma a una situación concreta,<sup>34</sup> las normas que incorporen obligaciones de control automatizado deberían contar con dos garantías.

En primer lugar, sería necesario que se estableciera claramente que, en caso de error en la apreciación de los hechos o en su calificación, resulta posible presentar alegaciones o recurso que será objeto de tratamiento por una unidad conformada por empleados públicos, que revisarían el caso, para validar o anular la denuncia o sanción. Así se establece, por ejemplo, en el artículo 47.3 del Real Decreto 928/1998, donde se fija normativamente que en caso de discrepancia será necesaria la revisión humana. Dicho precepto señala que «si se formularan alegaciones en las que se invoquen hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta [generada de forma automatizada], insuficiencia del relato fáctico de dicho acta, o indefensión por cualquier causa, deberá asignarse el expediente a un actuante con funciones inspectoras, para

30. AMB, *Guía técnica para la implementación de zonas de bajas emisiones*, cit. págs. 33-38

31. La obligación que establece la norma es que no se puede «circular» con determinados vehículos contaminantes. No prohíbe, sin embargo, que el vehículo acceda a la zona de cualquier otro modo. Véase el artículo 6 de la Ordenanza de zona de baixes emissions de Sant Cugat del Vallès (ZBE)

32. Algunas de las noticias pueden consultarse en: <https://www.lavanguardia.com/motor/20201203/6062333/zona-bajas-emisiones-zbe-barcelona-multa-insolita-coche-sin-etiqueta-dgt-cargado-grua.html>; y <https://www.totbarcelona.cat/mobilitat/setge-artesanal-a-les-multes-a-coxes-contaminants-remolcats-per-grues-129454/> [fecha de última consulta: 8 de julio de 2022].

33. Sobre el tratamiento jurídico ante decisiones algorítmicas erradas, véase ARMIENTO, M. B. (2019). «Le regole dell'algoritmo: quali rimedi alle decisioni amministrative algoritmiche "errate"». *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, núm. 203-204, págs. 63-89.

34. Téngase en cuenta también la regulación europea en materia de protección de datos y sus efectos en esta materia, especialmente el artículo 22 del RGPD, de la Unión Europea. Al respecto, véase PALMA ORTIGOSA, A. (2019). «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, págs. 1-35.

que informe sobre las mismas».<sup>35</sup> Se debe destacar en este sentido que, para que esté convenientemente informada la persona objeto del control, y sea consciente de que puede haber existido un problema digital de interpretación, es relevante que se conozca que la actuación ha sido realizada de manera automatizada.<sup>36</sup>

En segundo lugar, es importante asumir las limitaciones de los sistemas digitales y no aplicarles la misma lógica de presunción de veracidad o certeza que se atribuiría a la actuación de un inspector humano por razón de sus méritos y competencia profesional,<sup>37</sup> de tal modo que habría que considerar como provisionales y potencialmente erróneas todas las resoluciones propuestas de forma plenamente automatizada, previendo sistemas ágiles para solicitar la revisión humana de la decisión algorítmica.<sup>38</sup> Asimismo, es aconsejable prever la revisión periódica del sistema para verificar su correcto funcionamiento, como prevé, por ejemplo, el artículo 29 de la Ley valenciana 22/2018, respecto del sistema de alertas SALER.

### 3.2.2. La prohibición de la multiplicidad de sanciones inadvertidas

Como ya se ha indicado anteriormente, a menudo el control automatizado del cumplimiento de obligaciones no interrumpe la actividad que esté realizando el sujeto objeto de control. No implica, pues, una interacción directa de

la persona controlada con una persona con condición de autoridad que advierta al posible infractor de la actuación y le notifique en el acto la denuncia derivada de su actuación. Esto puede hacer, en definitiva, que la persona objeto de control no sea en absoluto consciente de que está cometiendo una infracción o, en caso de ser consciente de la infracción, probablemente no sea consciente de que esta ha sido detectada. Y este control es permanente, por lo que el sistema puede detectar múltiples infracciones antes de que haya sido notificada la detección de la primera, lo que se puede ver agravado si, además, el sistema o la unidad encargada de dar trámite a las detecciones de incumplimientos no ha sido ágil en la notificación o comunicación de las sanciones.<sup>39</sup>

El ejemplo que ha trascendido a los medios de comunicación se encuentra, una vez más, relacionado con la zona de bajas emisiones de Barcelona. En este caso, durante su puesta en funcionamiento, se conoció que el sistema estaba generando más de 900 denuncias diarias que tardaron en ser tramitadas, de tal manera que múltiples sujetos habían cometido repetidas veces la misma infracción sin haber recibido ninguna denuncia o sanción, ante lo que parece que el Ayuntamiento optó por intentar enviar solo una denuncia a cada infractor.<sup>40</sup>

Puesto que el problema deriva de la conjunción de un sistema permanente de control con un sistema de gestión de las comunicaciones lento, defectuoso o, en definitiva, no adaptado al tipo de control automatizado establecido,

35. Comparativamente, cuenta con menor desarrollo la normativa tributaria, que se limita a consignar que deberá indicarse el órgano responsable a efectos de interposición de recurso (art. 84.1 Real Decreto 1065/2007 y 96.3 Ley 58/2003).

36. Así se prevé en el artículo 45.2 del Real Decreto 928/1998: «Las actas habrán de reflejar los hechos comprobados como resultado de la actuación administrativa, con expresión de aquellos que sean relevantes a efectos de la tipificación de la infracción, los medios utilizados para la comprobación de los hechos que fundamentan el acta y la indicación expresa de que se trata de una actuación administrativa automatizada iniciada mediante expediente administrativo».

37. Por ejemplo, el artículo 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se refiere a la presunción de certeza de los hechos que hagan constar los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social formalizándolos en las actas de infracción y de liquidación como resultado de sus comprobaciones inspectoras. Por su parte, en el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, se encuentra establecido en el artículo 88 el valor probatorio de las denuncias de los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico, en el ejercicio de dichas funciones.

38. En efecto, en este caso, el sistema obtiene una prueba, pero aquí no se discutiría si hay o no prueba, sino que se discutiría la interpretación que se hace de la prueba, entendiendo que la prueba captada por el sistema no es como tal prueba de ninguna infracción, porque habría interpretado erróneamente aquello captado.

39. Para intentar limitar este tipo de perjuicios, también sería posible establecer en la norma reguladora el plazo en que debe notificarse la detección de la infracción. Por ejemplo, el artículo 46.1 del Real Decreto 928/1998 establece que las actas de infracción automatizadas «serán notificadas al presunto sujeto responsable en el plazo de diez días hábiles desde la fecha del acta».

40. Noticia en: <https://www.ccma.cat/324/900-multes-diaries-a-la-zona-de-baixes-emissions-a-barcelona/noticia/3052043/> [fecha de última consulta: 8 de julio de 2022].

parece injusto desplazarle el problema a la ciudadanía (a los sujetos controlados), y dar lugar así a la acumulación de muchas infracciones sancionables antes de haberse notificado la realización de la primera.

El artículo 18.4 de la ordenanza reguladora de esta obligación sujeta a control automatizado establece que la reincidencia permite incrementar el importe de la sanción en un 30 %, cuando en el plazo de un año se haya cometido más de una vez infracciones de la misma naturaleza, cuando haya sido así declarado en una resolución firme.<sup>41</sup> En este sentido, la norma se alinea con lo previsto con carácter general en el artículo 29.3.d de la Ley 40/2015, que permite, en las mismas condiciones de previa resolución firme, tener en cuenta la reincidencia para graduar la sanción. Sin embargo, para evitar el problema aquí señalado, la reincidencia debería tener una regulación más amplia y garantista, añadiendo que no solo no se reincide (a efectos de incrementar la sanción), sino que no se puede imponer ninguna otra sanción por una infracción de la misma naturaleza, si la primera no ha sido ya aceptada (pagada) por el sujeto infractor o ha sido impuesta una sanción por resolución firme a causa de su comisión. Además, se podría prever, en caso de que se acumulen infracciones en muy poco tiempo, que todas las infracciones iguales acumuladas cometidas antes de la comunicación de la primera de ellas se entiendan como una única infracción a efectos de imposición de las sanciones previstas en la norma. Una solución alternativa puede ser la de fijar un importe máximo acumulado de sanciones en un período de tiempo (por ejemplo, anual o mensualmente) en aplicación del sistema automatizado.

### 3.3. Garantías para el correcto funcionamiento del sistema: evitar la elusión del control y el uso inadecuado del sistema

Por último, también se pueden localizar normas que establecen controles automatizados en las que se incorporan medidas tendentes a garantizar que el programa funcione correctamente y que no se haga un uso inadecuado de este, lo que sería necesario como una forma de tratar de garantizar que el sistema ejerce de forma verdaderamen-

te efectiva su función de control y que ninguna persona se aprovecha de dicho sistema.

Un caso en el que se encuentra este tipo de medidas es en el sistema SALER, de alertas rápidas, de la Comunitat Valenciana. Este régimen sancionador (arts. 41 y 42 Ley valenciana 22/2018) pretende, entre otras cosas, garantizar el correcto funcionamiento del sistema, evitando, entre otros, los dos posibles riesgos antes mencionados: elusión del control y uso ilícito del programa. Así, la ley señala que constituye una infracción grave la «no incorporación o alteración de la información destinada al sistema de alertas cuando se aprecie intencionalidad de obstruir el normal funcionamiento del mismo» y una leve «El incumplimiento injustificado de las obligaciones de actualización de la información en el sistema de alertas, cuando de ello se deriven deficiencias y retrasos sustanciales en su funcionamiento que puedan menoscabar su efectividad»; y conforma una infracción grave el «acceso injustificado a la información del sistema cuando se deriven perjuicios para la investigación, la administración, la persona denunciante o denunciada, así como para terceros».

## Conclusiones

Tal y como se desprende del estudio precedente, el establecimiento de obligaciones cuyo cumplimiento va a ser controlado de forma automática presenta ventajas, pero también plantea una serie de necesidades que deben verse plasmadas en las normas jurídicas que imponen este tipo de obligaciones.

Es importante, pues, identificar las obligaciones que se diseñan expresamente para ser controladas, en su cumplimiento, mediante un sistema digital automatizado, a fin de tener en cuenta una serie de requisitos y medidas de garantía adicional, a la vista de algunos problemas, como los detectados y expuestos a lo largo del estudio.

Así, cuando una norma prevea que alguna obligación impuesta jurídicamente va a ser controlada de manera automatizada, sin intervención humana y sin interrumpir la actividad de los sujetos controlados, y pueda dar lugar a resultados desfavorables o sancionadores, debería tenerse en cuenta, al menos: que la norma se haya diseñado

41. «Las sanciones establecidas en el apartado anterior pueden incrementarse en un 30 por ciento de su cuantía mínima, en caso de reincidencia de la persona responsable. Se entiende que hay reincidencia cuando se ha cometido en el plazo de un año más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme».

de tal modo que sea posible la automatización del control (*digital-ready*, sin márgenes decisorios que deban ser completados por el sistema, como la determinación del importe exacto de la sanción de multa, por ejemplo); el establecimiento de medidas de garantía para facilitar el rápido acceso ante un inspector o inspectora humano en caso de disconformidad con el resultado generado por el sistema automatizado; la limitación de multiplicidad de infracciones y sanciones que se hayan acumulado de forma inadvertida por el presunto infractor; y que se acompañe de medidas de protección para el correcto funcionamiento del sistema, evitando la elusión del control automatizado y el uso inadecuado de este.

La digitalización de la aplicación de normas parece promover reglas con pocas excepciones y sin márgenes de discrecionalidad, por lo que, definitivamente, no parece que por el momento puedan generalizarse las obligaciones sujetas a control plenamente automatizado en todos los sectores y actividades, ya que habrá ámbitos

en los que proceda reservar espacios para el ejercicio de discrecionalidad, y puede ser que haya obligaciones que prevean excepciones difíciles de apreciar por un sistema digital, especialmente si además se emplean conceptos jurídicos indeterminados.<sup>42</sup>

Se aprecian ya, sin embargo, algunas transformaciones interesantes en el derecho administrativo derivadas de la previsión, en el momento de la concepción y redacción de la norma, del uso de sistemas digitales, como puede ser la previsión de sanciones de multa de importe único.

El presente artículo se ha desarrollado en el marco de las actividades de investigación del proyecto PID2020-115774RB-I00, «Personalización de los servicios públicos, sesgos e inteligencia artificial: Hacia la consolidación de los derechos digitales en las administraciones públicas», IPs: Juli Ponce y Agustí Cerrillo, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

42. Sobre la posibilidad de emplear inteligencia artificial también en potestades discrecionales, y sus posibles límites, se han propuesto medidas como la supervisión humana (CERRILLO i MARTÍNEZ, A. (2020). «¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?». *European Review of Digital Administration & Law - Erdal*, vol. 1, núm. 1-2, págs. 17-36) o la reserva de ámbitos propios con decisión humana (PONCE SOLÉ, J. (2019). «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, págs. 1-52).

## Referencias bibliográficas

- AMB (2021). *Guía técnica para la implementación de zonas de bajas emisiones*. Barcelona: AMB-FEMP, 104 págs.
- ARMIENTO, M. B. (2019). «Le regole dell'algoritmo: quali rimedi alle decisioni amministrative algoritmiche "errate"?». *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, núm. 203-204, págs. 63-89.
- BARRIO ANDRÉS, M. (2022). *Manual de derecho digital*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 352 págs.
- CERRILLO i MARTÍNEZ, A. (2020). «¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?». *European Review of Digital Administration & Law - Erdal*, vol. 1, núm. 1-2, págs. 17-36.
- COGLIANESE, C. (2021). «Administrative Law in the Automated State». *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Science*, vol. 150, núm. 3, págs. 104-120. DOI: [https://doi.org/10.1162/daed\\_a\\_01862](https://doi.org/10.1162/daed_a_01862).
- CORSO, G.; DE BENDETTO, M.; RANGONE, N. (2022). *Diritto amministrativo effettivo*. Boloña: Il Mulino, 370 págs.
- COTINO HUESO, L. (2021). «Hacia la transparencia 4.0: el uso de la inteligencia artificial y big data para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales». En: RAMIÓ, C. (dir.). *Repensando la Administración Pública: Administración digital e innovación pública*. Madrid: INAP, págs. 169-196.
- CRIADO, J. I.; VALERO, J.; VILLODRE, J. (2020). «Algorithmic Transparency and Bureaucratic Discretion: The Case of SALER Early Warning System». *Information Polity*, vol. 25, núm. 4, págs. 449-470. DOI: <https://doi.org/10.3233/IP-200260>.
- GOERLICH PESET, J. M. (2021). «Decisiones administrativas automatizadas en materia social: algoritmos en la gestión de la Seguridad Social y en el procedimiento sancionador». *Labos*, vol. 2, núm. 2, págs. 22-42. DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6215>.
- MARTÍN DELGADO, I. (2009). «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada». *Revista de administración pública*, núm. 180, págs. 353-386.
- OLIVER CUELLO, R. (2021). «Big data e inteligencia artificial en la Administración tributaria». *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 33, págs. 1-13. DOI: <https://doi.org/10.7238/idp.v0i33.381275>.
- PALMA ORTIGOSA, A. (2019). «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, págs. 1-35.
- PLESNER, U.; JUSTESEN L. (2022). «The Double Darkness of Digitalization: Shaping Digital-ready Legislation to Reshape the Conditions for Public-sector Digitalization». *Science, Technology, & Human Values*, vol. 47, núm. 1, págs. 146-173. DOI: <https://doi.org/10.1177/0162243921999715>.
- PONCE SOLÉ, J. (2019). «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, págs. 1-52.
- SORIANO ARNANZ, A. (2021). «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, págs. 85-127. DOI: [https://doi.org/10.37417/RPD/vol\\_3\\_2021\\_535](https://doi.org/10.37417/RPD/vol_3_2021_535).
- VALERO TORRIJOS, J. (2019). «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, págs. 82-96.
- WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; RUSSELL, C. (2021). «Why fairness cannot be automated: Bridging the gap between EU non-discrimination law and AI». *Computer Law & Security Review*, vol. 41, págs. 1-31. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105567>.

### Cita recomendada

CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar (2023). «Las obligaciones sujetas a control administrativo automatizado». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 37. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i37.402702>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

### Sobre el autor

Oscar Capdeferro Villagrasa  
 Universidad de Barcelona  
 ocapdeferro@ub.edu

Profesor lector en Derecho Administrativo, es licenciado en Derecho (UB, 2009), máster avanzado en Ciencias Jurídicas (UPF, 2010) y doctor en Derecho (UB, 2015), con Mención Internacional y Premio Extraordinario de Doctorado del curso 2014-2015. Ha realizado estadias de investigación en la Universidad de Bolonia y la Universidad de Ferrara, y en la Universidad de Oxford (Reino Unido) como profesor visitante. Su producción científica se ha centrado principalmente en el estudio de la corrupción pública, materia en la que destaca su monografía *El derecho administrativo y la prevención de la corrupción urbanística* (Marcial Pons, 2016), premio Jurídico Ferrer Eguizábal 2015 en derecho administrativo; así como en los efectos que puede conllevar el uso de la inteligencia artificial en la mejora del servicio público, sobre lo que también ha escrito diversos capítulos de libro y artículos.