

# THE ELSA SPAIN LAW REVIEW

---

V EDICIÓN  
2024/2025





# THE ELSA SPAIN LAW REVIEW



The European Law Students' Association

SPAIN

**ELSA Spain Law Review** es una publicación de *The European Law Students' Association (ELSA Spain)*.

Esta publicación puede citarse como:

**[2025] ELSA Spain LR 5. ISSN: 2605-0293** (versión electrónica)

**Vicepresidencia:**

Ndeye Fatou Ndiaye Diop

*Vicepresidenta de Actividades Académicas  
de ELSA Spain 2024/2025*

**Directora Editorial:**

Beatriz de Benito Lobo

**Consejo Editorial:**

David Tejedor Rodríguez

Ndeye Fatou Ndiaye Diop

**Página Web:**

<http://lawreview.elsa-spain.org>

**Todos los derechos reservados.**

Ninguna parte del contenido protegido por este aviso de derechos de autor podrá ser reproducida, almacenada en un sistema de recuperación, transmitida ni utilizada de ninguna forma ni por ningún medio, ya sea electrónico, mecánico, mediante fotocopia, grabación u otros, sin la autorización previa y por escrito de la Vicepresidencia de Actividades Académicas de ELSA Spain.

Las opiniones expresadas por los autores son exclusivamente suyas y no reflejan necesariamente la posición de los editores ni de ELSA Spain.

**Copyright © 2025**

*The European Law Students' Association (ELSA Spain) y los autores.*



The European Law Students' Association  
SPAIN

## Contenido

|                                                                                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Equipo editorial.....                                                                                                                                                       | 6   |
| Carta de la directora.....                                                                                                                                                  | 8   |
| El uso de la Inteligencia Artificial en la toma de decisiones judiciales: un estudio a través del Caso COMPAS .....                                                         | 9   |
| ¿Quo Vadis Directiva de Servicios?.....                                                                                                                                     | 41  |
| El consentimiento como categoría jurídica en los delitos sexuales: insuficiencias frente a la violencia estructural de la prostitución .....                                | 50  |
| The EU ETS in the Maritime Sector and the Exodus of European Ports: Legal Challenges and Innovative Regulatory Solutions .....                                              | 68  |
| Legal Discourse as Constructor of Realities: A Theoretical Approach to the Symbolic Power of Law .....                                                                      | 106 |
| La intervención de los aficionados y la figura del independent <i>football regulator</i> en la toma de decisiones de los clubes en la <i>football governance bill</i> ..... | 118 |
| El Compliance como estrategia de defensa penal en el ámbito empresarial.....                                                                                                | 128 |
| Opa Hostil BBVA-Sabadell y Derecho de la Competencia: análisis de los compromisos de BBVA .....                                                                             | 142 |
| Comentario a las Novedades Jurisprudenciales en materia de Bioética.....                                                                                                    | 158 |
| Darfur at the Hague: The International Criminal Court's Battle Against Impunity .....                                                                                       | 166 |
| El embargo como medida cautelar del proceso penal en la Unión Europea y sus efectos en la legislación española. ....                                                        | 182 |
| Consejo académico .....                                                                                                                                                     | 190 |

## EQUIPO EDITORIAL



**BEATRIZ DE BENITO LOBO.** Nacida en Segovia, es graduada en **Derecho por la Universidad Complutense de Madrid** y en **Giurisprudenza por la Università di Bologna**, donde vivió durante tres años y obtuvo la máxima calificación. Gracias a esta formación, ha desarrollado una sólida comprensión de los sistemas jurídicos español e italiano, así como una gran capacidad de adaptación a entornos internacionales.

Durante su etapa universitaria, ha formado parte de ELSA tanto en Italia como en España, llegando a desempeñar el cargo de **Vicepresidenta de Seminarios y Conferencias en ELSA-UCM** y **Directora de ELSA Spain Law Review**. Su compromiso con la formación y el intercambio de conocimientos la ha llevado a participar activamente en proyectos jurídicos y académicos.

Actualmente, continúa su desarrollo profesional cursando el Máster de Acceso a la Abogacía en la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid. Además de su pasión por el derecho destaca por su perfil internacional, dominando **español, italiano e inglés**.

**NDEYE FATOU NDIAYE.** Nacida en Huesca, es estudiante del doble grado en **Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Complutense de Madrid**. Actualmente, realiza un año de intercambio en la **Universidad de Bergen**, donde se especializa en instituciones, política y políticas de la Unión Europea, así como en organizaciones internacionales, federalismo y procesos de integración europea.

Compagina sus estudios con una intensa actividad en asociaciones estudiantiles. Es **Vicepresidenta Nacional de Actividades Académicas en ELSA Spain** y coordinadora de la **campaña anual de Derechos Humanos y Justicia Penal**, en la que ha organizado seminarios y visitas institucionales a la Corte Penal Internacional y Eurojust. Es presidenta de **Kwanzaa Asociación Afrodescendiente Universitaria**.



Además es miembro del Grupo de Trabajo de la Diáspora Africana en la Oficina de Asuntos Africanos del **Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación de España**. Interesada en el Derecho Internacional, especialmente en su vertiente penal y diplomática, con una perspectiva global respaldada por su dominio del **español, inglés, francés y wolof**, además de estar aprendiendo **noruego y árabe**.

**DAVID TEJEDOR RODRÍGUEZ.** Nacido en Zamora, estudiante de **Derecho en la Universidad de Valladolid**, donde ha estado especialmente involucrado en la vida universitaria, desempeñando varios cargos como claustral y participando activamente en distintos proyectos estudiantiles, como la liga de debate.

Interesado en las nuevas tecnologías aplicadas al Derecho, orienta su perfil hacia el ámbito del **derecho digital, la inteligencia artificial y la ciberseguridad**. Actualmente es responsable de comunicación en The Legal School, una escuela especializada en derecho digital. Además, es **miembro del Consejo Editorial del ELSA Spain Law Review**.



Apasionado del deporte, dedica parte de su tiempo libre al gimnasio, al ciclismo y al running. Como miembro del Consejo Editorial, quiere aportar una visión innovadora y comprometida con el futuro de la profesión jurídica.

## CARTA DE LA DIRECTORA

Estimados lectores,

Me complace presentaros una nueva edición de nuestra revista jurídica, un proyecto que sigue creciendo gracias al esfuerzo de todos los que participáis en él. Cada número es el reflejo de un trabajo compartido, de la dedicación de quienes escriben, revisan y hacen posible que estas páginas vean la luz. Por ello, mi primer agradecimiento va dirigido a todos los autores que han confiado en este espacio para compartir sus reflexiones, investigaciones y perspectivas jurídicas.

No puedo dejar de reconocer la gran labor imprescindible del Consejo Académico, que con su criterio experto ha acompañado la revisión y valoración de los textos que hoy publicamos. Gracias a su dedicación podemos seguir manteniendo el nivel de exigencia y calidad que queremos ofrecer en cada número. También quiero agradecer especialmente a David y Ndeye Fatou, miembros del Equipo Editorial, por el trabajo constante que han realizado para que esta edición saliera adelante.

En esta quinta edición, el resultado es un número especialmente plural. No hay un único hilo conductor, sino que los textos que la componen abordan cuestiones muy variadas, que muestra la amplitud de intereses y preocupaciones que conviven hoy en el mundo jurídico. Creo que eso es precisamente lo que hace valioso este número: que en sus páginas se entrecruzan ideas, enfoques y disciplinas que, de algún modo, nos ayudan a entender mejor el momento en el que estamos.

De nuevo, no quiero dejar de agradecer sinceramente a todas las personas que han participado en el proceso: a quienes se animaron a escribir, al Consejo Académico por su mirada crítica y rigurosa, y al Equipo Editorial, que ha trabajado con dedicación para que esta edición saliera adelante.

Espero que disfrutéis de la lectura y, sobre todo, que cada artículo os deje alguna idea que merezca la pena seguir pensando.

Nos leemos en la próxima edición.

Beatriz de Benito Lobo.

*Directora Editorial de ELSA Spain Law Review.*



# El uso de la Inteligencia Artificial en la toma de decisiones judiciales: un estudio a través del Caso COMPAS

*Nuria Fernández Piñeiro<sup>1</sup>*

*Estudiante de Administración y Dirección de  
Empresas y Derecho de la Universidade da Coruña*

## Resumen

En el presente trabajo abordaremos los retos jurídicos que supone el avance tecnológico derivado de la reciente incorporación de la Inteligencia Artificial a nuestras vidas. Concretamente, trataremos el uso de métodos de Inteligencia Artificial en el proceso judicial, tanto desde la perspectiva del “juez IA” como del uso auxiliar de estas tecnologías por jueces y magistrados. Las aplicaciones y beneficios de la Inteligencia Artificial son muchos, ahora bien, también resulta necesario sopesar sus posibles riesgos. Para esta tarea nos centraremos en el caso COMPAS, analizando su funcionamiento, las posibles violaciones de derechos fundamentales generadas por su uso y la opinión jurisprudencial acerca del mismo, creando un supuesto de estudio desde la perspectiva del derecho continental.

**Palabras clave:** Inteligencia artificial, proceso judicial, Administración de justicia, COMPAS.

## Abstract

In this paper we will address the legal challenges posed by the technological advances derived from the recent incorporation of Artificial Intelligence into our lives. Specifically, we will deal with the use of Artificial Intelligence methods in the judicial process, both from the perspective of the “AI judge” and the auxiliary use of these technologies by judges and magistrates. The applications and benefits of Artificial Intelligence are many, however, it is also necessary to weigh its possible risks. For this task we will focus on the COMPAS case, analysing its operation, the possible violations of fundamental rights generated by its use and the jurisprudential opinion about it, creating a case study from the perspective of continental law.

**Keywords:** Artificial intelligence, judicial process, Administration of Justice, COMPAS.

---

<sup>1</sup> D. Nuria Fernández Piñeiro, alumna del Programa de Simultaneidad del Grado en Administración y Dirección de Empresas y el Grado en Derecho en la Universidade da Coruña, destaca por su formación académica orientada hacia el Derecho empresarial y los desafíos jurídicos que plantea la Inteligencia Artificial. Ejemplo de ello es su más reciente actividad investigadora de donde nace este estudio junto otros como el artículo “Inteligencia Artificial y Propiedad Industrial: Estudio del Concepto de Inventor a través del Caso DABUS” (2023), donde explora desde la óptica del Derecho comparado el impacto de la IA en el sistema de patentes español.

---

**Lista de abreviaturas y siglas**

IA: Inteligencia Artificial

COMPAS: Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions

UE: Unión Europea

RISCANVI: Protocolo de valoración del riesgo

SAVRY: Structured Assessment of Violence Risk in Youth

VioGén: Sistema de Seguimiento Integral en los casos de violencia de género

CDCR: California Department of Corrections and Rehabilitation

INE: Instituto Nacional de Estadística

## 1. Introducción

El avance tecnológico y científico dado desde principios del siglo XXI ha supuesto un cambio radical en la vida del ser humano y en su entorno. Actualmente, el uso de algoritmos y de métodos de Inteligencia Artificial (en adelante IA) se ha generalizado. Tal es así que podríamos llegar a afirmar que cualquier persona está rodeada de IA desde que se despierta hasta que se acuesta. Un buen ejemplo de esto son los coches dotados de IA, los filtros de *spam* de correo electrónico o las listas de recomendaciones musicales de aplicaciones como *Spotify*.

Todas estas funcionalidades tienen algo en común: el uso de algoritmos y el aprendizaje automático. En la actualidad no existe una definición consensuada de lo que realmente es IA, sin embargo, podemos tomar la definición propuesta en las *Directrices del Grupo Independiente de Expertos de alto nivel en Inteligencia Artificial* creado por la Comisión Europea en junio de 2018: la IA se compone de

*“sistemas de software (y en algunos casos también de hardware) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno a través de la obtención de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados que recopilan, el razonamiento sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivados de esos datos, y decidiendo la acción o acciones óptimas que deben llevar a cabo para lograr el objetivo establecido. Los sistemas de IA pueden utilizar normas simbólicas o aprender un modelo numérico; también pueden adaptar su conducta mediante el análisis del modo en que el entorno se ve afectado por sus acciones anteriores”.<sup>2</sup>*

De esta posible definición extraemos las dos principales características de la IA. Por un lado, nos encontramos con la autonomía, esto es la capacidad con la que cuenta el método de IA para ejecutar una o varias tareas en situaciones complejas sin la dirección constante del usuario humano. Por otra parte, la adaptabilidad, que se refiere a la capacidad para mejorar la ejecución de las tareas aprendiendo de la experiencia. De esta manera podemos afirmar que, una vez elaborado el método concreto de IA, proponiéndole una tarea o meta y suministrándole una serie de datos que sirvan para su entrenamiento este podrá funcionar de manera libre sin la intervención humana.

Este fenómeno se produce principalmente por lo que denominamos aprendizaje automático.<sup>3</sup> En este caso el algoritmo mejora su comportamiento en la ejecución de la tarea gracias a la acumulación de experiencia y datos. Es decir, lo que los ingenieros y científicos han procurado es simular el comportamiento del cerebro humano, que mejora sus procesamientos a través del aprendizaje mediante la reiteración y la búsqueda de nuevas fuentes de información.

La generalización del uso de la IA en nuestra vida cotidiana nos lleva a reflexionar sobre su incorporación a otros ámbitos como podría ser la toma de decisiones judiciales. En un sistema judicial

---

<sup>2</sup> Grupo Independiente de Expertos de alto nivel sobre Inteligencia artificial. *Directrices Éticas para una IA Fiable*.

<sup>3</sup> María del Mar Maroño, *El Concepto de Inventor en el Derecho de Patentes y los Sistemas de Inteligencia Artificial*. Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 12 (Nº 2), p. 513.

tan colapsado como el español convendría pensar en la agilización de la justicia mediante el empleo de métodos de IA que se ocupasen de la búsqueda de jurisprudencia, de la redacción de autos y sentencias o, mucho más importante, de la propia toma de decisiones, hoy efectuada por jueces y magistrados.

Es por ello por lo que a nuestro parecer resulta interesante dedicar este trabajo al estudio de la posibilidad de la incorporación de la IA al proceso judicial, tanto en el papel del juez o magistrado, como auxiliando a estos en su toma de decisiones, sin perder nunca de vista los posibles peligros que cualquier tecnología puede desentrañar.

## 2. Aplicación de los algoritmos a la toma de decisiones judiciales

Ilusos seríamos si dijésemos que la aplicación de la IA en el proceso judicial es un fenómeno totalmente nuevo. Si bien son muy recientes, ya podemos ver manifestaciones del uso de IA en la toma de decisiones por parte de jueces y magistrados.

Su uso se limita básicamente al ámbito penal, donde afloran sistemas sobre la evaluación del riesgo que suponen los reos. Sin ir más lejos, el sistema COMPAS, al que nos dedicaremos con posterioridad, es uno de estos métodos. Así pues, en esta sección de nuestra investigación nos proponemos dilucidar la posibilidad de la aplicación de la IA en los procesos de toma de decisiones judiciales.

### 1. El “Juez Artificial”

El “juez artificial” es un término que se refiere a la toma de decisiones judiciales de manera autónoma e independiente por medio de un sistema de IA. Es decir, se daría la sustitución del juez o el magistrado humanos por la máquina, lo que podría conllevar notables mejoras en el proceso judicial.

En primer lugar, hemos de recordar nuestra premisa; el sistema judicial español se encuentra congestionado. Por poner un ejemplo, según las estimaciones del Consejo General del Poder Judicial,<sup>4</sup> un proceso abreviado en los Juzgados de lo Penal tarda unos 11.1 meses en resolverse (datos 2023).

Una posible solución a esta aglomeración de casos sin que el proceso tenga que verse simplificado o modificado en demasía sería el uso de métodos de IA en la toma de decisiones. El “juez artificial” emplearía una serie de datos que le servirían como base a su conocimiento a partir de los cuales llevaría a cabo un procedimiento de construcción de inferencias para calcular el peso o valor probatorio de un conjunto de pruebas en un proceso judicial.<sup>5</sup> Al “juez artificial” se le darían los datos principales de los escritos iniciadores del proceso, pongamos por caso una demanda y su contestación. En nuestro ejemplo estos elementos principales son: el *petitum* del demandante, los hechos

---

<sup>4</sup> Datos de la página oficial del Consejo General del Poder Judicial. (2025).

<sup>5</sup> Orión Vargas. *Juez Inteligente. Sistema Experto que Asiste al Juez en la Valoración de la Prueba Judicial*. Revista Derecho & Sociedad (Nº. 57), pp. 1-24.

jurídicamente relevantes conectados favorablemente con esta pretensión y el conjunto de pruebas que lo respalden. A partir de aquí el sistema comenzaría a interrelacionar todos los datos, estableciendo conexiones de condicionalidad y complementariedad entre ellos hasta llegar al resultado.

Por otro lado, el uso de la IA en el proceso judicial también podría aumentar la confianza ciudadana en nuestro sistema judicial puesto que contaríamos con la racionalidad y objetividad máxima. A pesar de que jueces y magistrados han de ser independientes e imparciales, no dejan de ser personas humanas, por lo que el público general puede desconfiar del sistema en su conjunto por la corrupción de una parte del Poder Judicial. Por ello, la incorporación de una máquina sin sentimientos ni intereses podría ayudarnos a lograr una mayor confianza y estabilidad de nuestro sistema.

Pese a la simplicidad aparente del asunto hemos de apuntar que este proceso de toma de decisiones resulta de alta complejidad debido a su posible confrontación con múltiples derechos fundamentales. Y es que no hemos de olvidar que un sistema de IA no deja de ser una máquina y por tanto carece de la racionalidad humana para comprender las consecuencias de sus actos.

### **1. La individualización de la sentencia**

Antes de nada hemos de rechazar una idea que nos podría llevar a error en nuestra investigación: la IA es inteligente.<sup>6</sup> Con este propósito hemos de analizar dos casos de estudio, el Test de Turing y el experimento de la habitación china de John Searle.<sup>7</sup>

El Test de Turing es un experimento que pretende comprobar si un método de IA podría suplantar la identidad humana. Para ello se establece una conversación entre tres sujetos; por un lado estarían A y B, A sería una persona corriente, mientras que B sería un método de IA; por otro lado se encontraría el interrogador que sería un humano. A y B se comunicarán con el interrogador mediante mensajes escritos y el interrogador intentará dilucidar cuál de sus dos interlocutores es una máquina. En el caso de que el investigador no fuera capaz de distinguir a la máquina del humano se podría decir que la máquina ha alcanzado una inteligencia equiparable a la de un ser humano.

Este test fue realizado en varias ocasiones con un bot conversacional denominado Eugene Goostman que se hacía pasar por un niño ucraniano de trece años que continuamente se disculpaba con los usuarios por su gramática y su nivel de conocimiento. El resultado del test siempre fue muy parecido en los diferentes experimentos en que se implantó, engañando a unos diez jueces, que pensaron que era una persona real, de los treinta partícipes.

Sin embargo, se han expuesto numerosas críticas al test de Turing que sostienen que el decir cosas inteligentes no te convierte en inteligente. El test de Turing simplemente cae en la imitación de la

---

<sup>6</sup> Dyango Bonsignore. *Sobre Inteligencia Artificial, Decisiones Judiciales y Vacíos de Argumentación*. Teoría & Derecho (Nº 29), pp. 248-277.

<sup>7</sup> MinnaLearn, Universidad de Helsinki. (2018). Elements of IA. <https://www.elementsofai.com/es>.

inteligencia humana, pero no refleja una verdadera inteligencia por parte del sistema de IA. Prueba de esto es el experimento de la habitación china de John Searle.

El experimento consiste en que hay una persona que no sabe chino encerrada en una habitación, pero que cuenta con un manual con todas las instrucciones necesarias para responder a la perfección a una conversación en chino. Al otro lado hay otra persona que puede introducir notas escritas en chino a través de un buzón. La persona que escribe las notas recibe contestaciones en chino sin ningún tipo de error, lo que le hace pensar que está conversando con una persona que comprende y habla su idioma, sin embargo la persona de la habitación no tiene ningún tipo de conocimiento sobre esta lengua.

Lo que se nos intenta hacer ver con este experimento es que que una persona tenga la impresión de estar comunicándose con otra que habla chino no significa que ese individuo realmente sepa chino. De la misma manera, si una máquina se comporta de manera inteligente, no implica que lo sea realmente, simplemente es capaz de realizar una imitación aparentando ser inteligente sin tener que serlo.

El motivo por el que hemos traído a coalición estos dos experimentos es el reflexionar sobre las capacidades de un método de IA y el papel del juez y del magistrado. Este tipo de máquinas funcionan mediante códigos y algoritmos prefijados donde muchas veces es difícil incorporar las sutilezas y los múltiples sentidos del lenguaje humano, lo que nos lleva a plantear el primer problema de este tipo de instrumentos.

Como sabemos la tarea fundamental del juez es la adaptación de la ley al caso concreto. Es el poder legislativo el que crea el sentido literal de la ley, sin embargo la tarea del juez o magistrado no consiste en la mera transcripción de la norma a la hora de dictar sentencia, sino que ha de ser capaz de interpretar su sentido para ver si esta resulta aplicable en el caso concreto, y si así es, la forma más o menos laxa de aplicación. De esta función deriva el derecho a la individualización de la sentencia. A nuestro parecer resulta complicado que un sistema de IA pueda llegar a adaptar la ley al caso concreto pues hemos de recordar que su funcionamiento se basa en interconexiones lógicas y tal rigidez parece hacer imposible la adaptación. Por otra parte, un algoritmo de esta clase está formado por sintaxis,<sup>8</sup> es decir, es capaz de crear estructuras formales alrededor de la operación para resolverla, sin embargo, carece de semántica, por lo que no comprende el significado de las operaciones que está realizando, lo que nos puede llevar a resultados automáticos de la clase si A entonces B que no permitan la interposición de ese margen de discrecionalidad tan necesario con el que cuenta el juez a la hora de interpretar la ley y aplicarla al caso concreto, por lo que pensamos que este derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución se podría ver malogrado y con él la individualización de la sentencia.

---

<sup>8</sup> Álvaro Pérez. Justicia Civil en la Era Digital y Artificial: ¿Hacia una Nueva Identidad? Revista Chilena de Derecho, vol. 48 (Nº2), pp. 203-209.

Otra circunstancia que atacaría a esta individualización sería el uso de datos masivos. Para llegar a un resultado la IA se dota de datos sobre multitud de casos, jurisprudencia y estadísticas. De esta manera podemos decir que si en el proceso participase el “juez artificial” no se estaría tratando el caso concreto con sus matices, sino que se realizaría una comparativa entre el presente caso y otros pasados. Evidentemente Juzgados y Tribunales se valen de jurisprudencia anterior para respaldar sus decisiones actuales e incluso buscar sendas resolutivas de estos nuevos casos a través de casos pasados, sin embargo la gran diferencia radica en que el juez o magistrado siempre puede cambiar su criterio al considerar que ha habido un avance en la norma o que este nuevo caso no se llega a identificar totalmente con los anteriores. Una máquina nunca podrá hacer esto pues se basa en unos patrones de búsqueda fijos y en unas interconexiones que necesariamente la han de llevar a un único resultado.

## **2. La cristalización de la jurisprudencia**

Que un sistema de IA no pueda realizar una adecuada individualización de las sentencias conlleva un nuevo peligro: la cristalización de la jurisprudencia. Como hemos dicho con anterioridad es el Poder Legislativo el encargado de la creación de la ley, pero no podemos olvidar que el marco legal se expande a través de la función judicial, y es que, aunque los jueces y magistrados no tienen una función creativa reconocida, no podemos negar que la jurisprudencia no deja de ser una interpretación de la norma que permite la estabilidad de la misma en el tiempo al modificar su sentido literal según la corriente social y política del momento. De esta forma, si cayésemos en una cristalización jurisprudencial sería mucho más probable que las Cámaras Legislativas tuviesen que aumentar su carga de trabajo para dar a luz nuevas regulaciones que dejaran sin vigencia las normas anteriores y se adaptasen a los nuevos fenómenos sociales, lo que a su vez crearía una situación de inestabilidad permanente por el continuo cambio normativo.

## **3. Opacidad del algoritmo y principio de contradicción**

Continuando con la temática de la tutela judicial efectiva hemos de hacer referencia al principio de contradicción y a la falta de transparencia de los algoritmos que componen los sistemas de IA. Con este propósito primero nos detendremos en comprender cuál es el funcionamiento de esta clase de algoritmos, en segundo lugar qué es el aprendizaje automático y por último qué es el aprendizaje profundo.

Gran parte de las formas de IA de hoy en día están basadas en un mecanismo de aprendizaje automático por el cual mediante el procesamiento de los datos el algoritmo es capaz de aprender a reconocer patrones y formular reglas de actuación sin estar programado para ello. Se podría decir que el algoritmo resulta autodidacta. Este tipo de aprendizaje muchas veces se lleva a cabo a través de “redes neuronales” que vienen a funcionar tal y como lo harían nuestras propias neuronas naturales. Así pues, podemos describir la estructura de las redes neuronales de la siguiente manera: en primer lugar nos encontramos con las dendritas a las que se une la neurona, mediante estas se da una entrada de datos en la neurona donde se procesa la información que acaba saliendo por el axón del sistema que a su vez está conectado con otra dendrita, de modo que la información cada vez más procesada va saltando de capa en capa de neuronas mediante un proceso denominado sinapsis. Podemos

imaginarnos este proceso como un gran árbol con múltiples ramificaciones que van ascendiendo hasta el cielo sin que seamos capaces de identificarlas todas ni su final. El uso de estas múltiples capas nos lleva al denominado aprendizaje profundo, una técnica especial de aprendizaje automático que precisamente se caracteriza por la multitud de capas de unidades de procesamiento sencillas (las neuronas) conectadas en red que permite el aumento de sus capacidades de análisis y deducción.

Una de las ventajas o desventajas de estos sistemas de aprendizaje profundo es que, frente al mero aprendizaje automático “en el que el ingeniero tiene que seleccionar las características que han de ser tenidas en cuenta para llegar a un determinado resultado, las redes neuronales profundas pueden determinar de forma automática las características relevantes a partir de datos sin procesar, porque al profundizar en el número de capas, las redes aprenden a reconocer las características que son útiles y cómo utilizarlas para resolver las cuestiones planteadas. Se dice así, que el programa puede aprender a realizar actuaciones inteligentes fuera de la noción programada; puede aprender por sí mismo e irse adaptando en función de los retos planteados”.<sup>9</sup>

El aprendizaje profundo puede resultar una desventaja debido a que puede dar lugar a los denominados “algoritmos de caja negra”.<sup>10</sup> Los “algoritmos de caja negra” se caracterizan porque, aun conociendo el código fuente o el diseño del algoritmo, resultaría difícil incluso para los expertos mostrar cómo funcionan por la profundidad del sistema.

Debido a lo anterior nos encontramos ante dos escenarios. Por un lado estaría el desconocimiento del código fuente del algoritmo, y es que la mayoría de métodos de IA utilizados hoy en día en los procesos judiciales han sido desarrollados por empresas privadas, las cuales en última instancia pretenden la consecución de un beneficio económico, por lo que protegen estas expectativas mediante el secreto empresarial, ocultando de esta manera el código fuente del algoritmo. En el segundo escenario nos encontramos con los denominados algoritmos de caja negra que también impedirían la comprensión del código fuente ante el desconocimiento de su funcionamiento.

La problemática de la imposible comprensión del código fuente en ambos casos reside en que si el mecanismo de toma de decisiones es opaco el acusado en ningún caso podrá defenderse pues no conoce las variables de entrada ni los pesos que se le dará a cada una de ellas.

Para resolver el primer escenario nos encontramos con diversas propuestas, como podrían ser la renuncia de las empresas a su secreto profesional (cosa que difícil nos parece si no existen unos incentivos adecuados por parte de las autoridades), el desarrollo por la Administración pública de sistemas algorítmicos de código abierto o la ejecución de mecanismos de certificación y auditoría por parte de agencias especializadas. Esta última opción nos parece la más propicia puesto que permite una solución intermedia que garantice la transparencia del algoritmo sin comprometer los intereses

---

<sup>9</sup> Maroño, *El Concepto de Inventor en el Derecho de Patentes y los Sistemas de Inteligencia Artificial*. Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 12 (Nº 2), p. 513.

<sup>10</sup> Raúl César Cancio. ¿Sueñan los Jueces con Sentencias Electrónicas? Análisis Jurídico-Político, volumen 2 (Nº.3), pp. 145-168.



empresariales. De hecho, en la propia Carta Ética Europea para la eficiencia de la justicia se propone esta clase de auditorías para que controlen los métodos de procesamiento y proporcionen un asesoramiento previo a las empresas.<sup>11</sup>

Si bien es cierto que el primer escenario tendría una fácil solución, no podemos decir lo mismo del segundo. Atendiendo a las Directrices éticas para una IA fiable hemos de referirnos al principio ético de la explicabilidad que obliga a que los procesos sean transparentes y explicables (en la medida de lo posible) a las partes que se vean afectadas por sus decisiones, puesto que sin esta información no es posible impugnar adecuadamente una decisión.<sup>12</sup>

Hemos de focalizarnos en el inciso “en la medida de lo posible” y es que en las propias Directrices se tratan los algoritmos de caja negra. Se admite que “no siempre resulta posible explicar por qué un modelo ha generado un resultado o una decisión particular (ni qué combinación de factores contribuyeron a ello)” y continua esclareciendo que

*“en tales circunstancias, puede ser necesario adoptar otras medidas relacionadas con la explicabilidad (por ejemplo, la trazabilidad, la auditabilidad y la comunicación transparente sobre las prestaciones del sistema), siempre y cuando el sistema en su conjunto respete los derechos fundamentales. El grado de necesidad de explicabilidad depende en gran medida del contexto y la gravedad de las consecuencias derivadas de un resultado erróneo o inadecuado”.*

Así pues, para que los algoritmos de caja negra respeten los principios para una IA fiable será necesario acudir a otros medios que reflejen su explicabilidad, los cuales dependerán en gran medida de las consecuencias derivadas de los resultados del método. Podemos afirmar que un resultado erróneo en el ámbito judicial sería una manifestación de un gran menoscabo a la fiabilidad de nuestro sistema judicial. Precisamente el principio de explicabilidad ha sido creado para reforzar la confianza de los usuarios en los sistemas de IA, por lo que su aplicación al proceso judicial es extremadamente peligrosa.

#### **4. La existencia de sesgos discriminatorios en las resoluciones**

Avanzando en nuestro análisis también hemos de referirnos a un derecho fundamental reconocido en las Directrices éticas para una IA fiable de la UE conectado al principio de equidad de las mismas: la igualdad, no discriminación y solidaridad. La igualdad

*“implica que el funcionamiento de este tipo de sistemas no debe generar resultados injustamente sesgados (los datos utilizados para la formación de los sistemas de IA deben ser lo más inclusivos posibles, de forma que estén representados los diferentes grupos de población)”.*<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Carta Ética Europea sobre el Uso de la Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales y su Entorno del Consejo de Europa en su sesión plenaria del 3 al 4 de diciembre de 2016.

<sup>12</sup> Grupo Independiente de Expertos de alto nivel sobre Inteligencia artificial. *Directrices Éticas para una IA Fiable*.

<sup>13</sup> Cancio. *¿Sueñan los Jueces con Sentencias Electrónicas?* Análisis Jurídico-Político, volumen 2 (Nº.3), pp. 145-168.

Conectando con el punto de los datos masivos tratado anteriormente hemos de recordar que los sistemas de IA se basan en conjuntos de información de agrupaciones. Podría darse un caso en que el algoritmo usando estadísticas basadas en el sexo, la etnia o la edad pudiera dar lugar a resultados sesgados puesto que sus datos de entrada podrían presentar “sesgos históricos inadvertidos, lagunas o modelos de gestión incorrecto”.

Para apoyar nuestra idea nos gustaría referirnos a los casos Border y Prater, ambos muy parecidos.<sup>14</sup> El primero trata del hurto de una bicicleta y un patinete por dos jóvenes de 18 años valorados en un total de 80 dólares. El segundo se refiere a un hurto valorado en 86.35 dólares por un hombre de 41 años.

La diferencia fundamental entre el caso Borden y Prater reside en la etnia y antecedentes de los delincuentes. Borden era una chica negra que acumulaba en su historial una serie de delitos menores cometidos cuando era menor de edad, mientras que Prater era un hombre blanco con un historial delictivo mayor y más grave integrador de delitos como el robo a mano armada.

En un principio, debido a la entidad de los delitos cometidos con anterioridad, cabría suponer que si sometemos a estas dos personas a un programa de evaluación de riesgo de reincidencia Prater saldría peor parado, sin embargo, cuando esta prueba se realizó Border fue calificada de alto riesgo, mientras que Prater recibió una calificación de bajo riesgo.

Dos años después de este análisis Border no fue acusada de nuevos delitos, al contrario que Prater, que fue condenado a ocho años de cárcel por robo de aparatos electrónicos de un almacén por valor de miles de dólares.

El estudio de ProPublica revela que la fiabilidad de estos sistemas no es lo suficientemente alta (solo el 20% de las personas que se preveía que cometieran delitos violentos llegaron a hacerlo, teniendo en cuenta toda la gama de delitos este porcentaje sube al 61%, “algo más preciso que lanzar una moneda al aire”).

También se descubrieron los sesgos raciales del sistema. Se señaló erróneamente como futuros delincuentes casi al doble de personas negras que blancas, y los acusados blancos fueron etiquetados erróneamente como de bajo riesgo con más frecuencia que los negros.

Al estar los algoritmos protegidos por el secreto empresarial y, por tanto, no conocer su funcionamiento, no podemos asegurar que datos como la raza o el sexo hayan sido determinantes a la hora de que los sistemas de evaluación del riesgo proporcionen un resultado, pero a la luz de los datos claramente podemos decir que sí que existen sesgos en su funcionamiento.

---

<sup>14</sup> Julia Angwin, et al. Jeff Larson, Surya Mattu & Lauren Kirchner. *Machine Bias. There's Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And it's biased against Blacks.*

## 5. Apoyo normativo

Como hemos visto son múltiples las confrontaciones entre los derechos fundamentales y el uso del “juez artificial”, lo que nos llevaría a recomendar el rechazo de su uso. Además podemos sostener nuestra idea a través de tres preceptos jurídicos.

El primero de ellos trata el derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el perfilamiento digital recogido en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

*“Artículo 22. Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles.*

1. *Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”.*

El perfilamiento digital se refiere al uso de datos personales para evaluar aspectos de una persona física. El perfilamiento digital no resulta individual, sino que lo que busca es elaborar patrones con el fin de modelar acciones humanas futuras. Por ello, “si el usuario no es consciente de su elaboración, comparación y uso no deberían ser utilizados para su recolección, tratamiento, comparación y toma de decisiones a partir de ellos”.<sup>15</sup> En base a esto podemos descartar el uso del “juez artificial” porque precisamente estos aparatos lo que hacen es extraer un conjunto de datos de los perfiles de los acusados con el objetivo de incorporarlos a sus bases y compararlos estadísticamente con resultados judiciales previos.

Si bien es cierto que en el presente artículo también nos encontramos con una serie de excepciones:

*“2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:*

- a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;*
- b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o*

---

<sup>15</sup> Ricardo Valenciano Muñoz. *Prohibición de la Automatización Decisoria basada en el Perfilamiento Digital*. Novos Estudos Jurídicos (Nº.27), pp. 206-223.

*c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.”*

A nuestro parecer el apartado b) es de vital importancia, pues abre la posibilidad del uso de este “juez artificial” de manera general si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros lo autoriza, lo que significa que el Gobierno de la Unión Europea, así como los Estados individualmente podrían cambiar en cualquier momento su normativa procesal y sustituir el juez persona física por el “juez artificial”.

Esta norma ha sido criticada ampliamente en la literatura, pues la doctrina considera que el artículo 22.2 es una norma demasiado holgada,<sup>16</sup> donde caben supuestos de hecho sin límites. En cuanto al apartado b) reiteramos nuestra idea de un “juez artificial” generalizado a mandato de la autoridad política, mientras que el c) ha sido duramente criticado pues se dice que no tiene en cuenta la realidad, un sujeto puede aceptar ser perfilado pero sin entender realmente lo que el perfilamiento conlleva y en qué consiste, por lo que deberíamos replantearnos la validez de este tipo de consentimiento si la población no cuenta con un nivel básico de conocimientos y acercamiento a estas nuevas tecnologías.

Por último, hacer referencia al apartado tercero del presente artículo:

*“3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.”*

A nuestro parecer en la redacción del Reglamento ya se estaba teniendo en cuenta la necesidad de intervención de la persona física en el proceso de toma de decisiones judiciales mediante perfilado. Creemos que la incorporación de este apartado es un acierto pues permite al juez diferir de la conclusión de la máquina no despersonificando el proceso. Sin embargo, también hemos de apuntar la falta de referencia en este apartado a la letra b) del artículo 22.2. Lo que esto significa es que si los Estados o la Unión Europea quisiesen implementar el “juez artificial” en sus procesos no estarían obligados a contar con un juez humano que revisase las resoluciones del sistema, podrían hacerlo, pero no cuentan con un mandato que les obligue. En nuestra opinión, la falta de referencia al juez persona física en este apartado obliga tanto a la Unión Europea como a sus Estados Miembros a elaborar una regulación lo suficientemente garantista como para que los derechos fundamentales de las personas no se vean menoscabados. Es por ello por lo que el uso del “juez artificial” sin la intervención humana nos resulta difícilmente plausible por todas las violaciones de derechos fundamentales que hemos recogido a lo largo del presente artículo.

Continuando con el segundo precepto jurídico, recogido en numerosos documentos de la Unión Europea como pueden ser su Libro Blanco o sus Directrices para una IA fiable, tenemos la

---

<sup>16</sup> Pere Simón. *Inteligencia artificial y Administración de Justicia: ¿Quo Vadis, Justitia?* Revista de Internet, Derecho y Política, volumen I (Nº. 33), pp. 1-15.

supervisión humana.<sup>1718</sup> Parece que desde la promulgación del Reglamento (UE) 2016/679 la Unión Europea ha ido avanzando hasta percatarse de que la exclusión total de la persona física del proceso judicial es improcedente.

Todo sistema de IA ha de verse desde una visión antropocéntrica por lo que hemos de rechazar la idea de que un método de IA pueda resolver un pleito sin ningún tipo de supervisión humana. Por esto es que el resultado del sistema de IA bien “no puede ser efectivo hasta que un humano no lo haya revisado y validado”, o bien, puede ser “inmediatamente efectivo, pero se garantiza la intervención humana posterior”.

A raíz de estas palabras hemos de reflexionar sobre si el “juez artificial” se trata de un verdadero decisor independiente. Desde nuestra perspectiva podemos descartar la idea de que un sistema de IA sea la única autoridad concluyente de un proceso judicial. En el caso de que el resultado dado por el algoritmo haya de ser revisado por el juez para transformarse en efectivo podemos decir que en el fondo la última decisión siempre es tomada por el humano, que puede apartarse del resultado dado por el sistema si lo considera necesario. Por otra parte, en el caso de que las conclusiones proporcionadas por el método de IA sean tomadas como automáticamente efectivas, pero se garantice en todo momento una intervención humana posterior, hemos de decir que el proceso judicial no es llevado plenamente a través de métodos de IA, puesto que para que así fuera las decisiones de un sistema de IA tendrían que ser revisadas por otro sistema de IA que tuviera un funcionamiento interno distinto, de manera que si llegaran a la misma conclusión esta se tendría que dar por firme. Sin embargo, aquí con lo que nos encontramos es que la revisión de la sentencia será efectuada por un humano, rompiendo así la cadena del “juez artificial”. Por tanto, hemos de concluir que en ambos casos la intervención única del “juez artificial” en el proceso judicial es imposible.

Por último, hemos de traer a coalición el artículo 117.3 de la Constitución española que señala: “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”. Es decir, nuestra norma fundamental admite como detentadores del poder judicial únicamente a los jueces y magistrados que forman parte del mismo. Resulta evidente que nuestra Constitución se refiere a jueces y magistrados personas físicas, por lo que consideramos que nuestra *lex suprema* no permite la sustitución de la persona por la IA como “juez artificial”.

## 2. Medio auxiliar de jueces y magistrados

Una de las más habituales manifestaciones del uso de la IA en el proceso judicial es servir de medio auxiliar a jueces y magistrados en su toma de decisiones. Normalmente es empleada para analizar aspectos accesorios a la sentencia como podrían ser el establecimiento de medidas cautelares, la concesión de regímenes penitenciarios como son el tercer grado o la libertad condicional o el

---

<sup>17</sup> Comisión Europea. *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial. Un Enfoque Europeo Orientado a la Excelencia y la Confianza*.

<sup>18</sup> Grupo Independiente de Expertos de alto nivel sobre Inteligencia artificial. *Directrices Éticas para una IA Fiable*.

establecimiento de medidas de seguridad.<sup>19</sup> Sin embargo, también se le han otorgado otras utilidades como puede ser su incorporación al proceso de investigación o, por parte de los despachos de abogados, la predicción del resultado de sentencias, la búsqueda de leyes y jurisprudencia y el perfilamiento de jueces y magistrados (*Legaltech*).

A pesar de estas otras modalidades insistimos en que su uso más frecuente se relaciona con el proceso penal y el estudio del riesgo o peligro que puede suponer el reo. Por mencionar algunos métodos de IA incorporados en nuestro país podemos hablar de RISCANVI o SAVRY, ambos utilizados en la Comunidad Autónoma de Cataluña desde la década de 2010 para evaluar el riesgo de violencia penitenciaria, en el primer caso, y dentro de los centros de menores, en el segundo caso, en Cataluña.<sup>20</sup> Así, con RISCANVI, por poner un ejemplo, las autoridades penitenciarias realizan una evaluación de la conducta de los internos preventivos y penados que sirve como apoyo para la toma de decisiones acerca de la situación interna del penado, auxiliando a la concesión de permisos de salida, reclasificaciones en grados menores y a la concesión de la libertad condicional o impidiéndolas mediante la graduación de las posibilidades que tiene el reo en cometer alguna de las siguientes infracciones: quebrantamiento de condena, violencia interinstitucional, reincidencia violenta y violencia autodirigida.

Más importancia subyace VioGén, una herramienta, no estrictamente IA, utilizada por las autoridades policiales ante denuncias por violencia de género. Con ella se pretende establecer medidas inmediatas de protección hacia la víctima en función de la previsibilidad de que su maltratador pueda volver a cometer un delito e informar al juzgado del riesgo asociado a la víctima (cf.). Para ello, una vez en diligencias policiales se somete a la víctima a un test a cerca de su situación familiar y sentimental con el presunto agresor y, cuando este finaliza, el sistema da un resultado estableciendo un nivel de riesgo permitiendo en todo caso al policía en cuestión subir este nivel el grado que considere necesario en base a las declaraciones de la víctima, pero nunca bajarlo. Una vez fijado el riesgo la autoridad policial toma las medidas correspondientes al mismo, y, lo que es más importante para nuestro análisis, adjunta esta evaluación de riesgo al expediente de la denuncia que será remitido al juez o Tribunal en cuestión.

Como podemos ver, en este caso el sistema de IA no sería el que toma las decisiones, sino que en todo caso se contaría con intervención humana. Sin embargo, muchos de los problemas a los que nos hemos referido en el apartado anterior se reiteran cuando hablamos de la IA como auxiliar del juez. Con ánimo de no ser repetitivos citaremos algunas violaciones a derechos fundamentales comunes al “juez artificial” y nos adentraremos en algunas nuevas consideraciones.

### 1. Violaciones comunes

---

<sup>19</sup> Valentina Faggiani. *El Derecho a un Proceso con Todas las Garantías ante los Cambios de Paradigma de la Inteligencia Artificial*. Teoría y Realidad Constitucional (Nº.50), pp. 517-546.

<sup>20</sup> Ana Montesinos. *Los Algoritmos que Valoran el Riesgo de Reincidencia. En especial, el Sistema VioGén*. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal (Nº. 64), pp. 19-55.

Principalmente podemos citar tres problemas comunes entre el “juez IA” y el uso de la IA como auxiliar de jueces y magistrados: el cálculo de los resultados a través de datos masivos, el desconocimiento del código fuente del algoritmo por parte del acusado y los sesgos discriminatorios.

En cuanto el uso de datos masivos nos encontramos de nuevo con el problema de individualización de la sentencia, motivado por los resultados de grupo en lugar de adecuar el fallo de la sentencia al caso concreto.

El desconocimiento del código fuente del algoritmo, bien por estar en manos de una empresa privada, bien por tratarse de un algoritmo de caja negra, impiden la defensa eficaz del acusado al carecer del razonamiento que lleva a la motivación del fallo y por tanto no poder emprender un proceso contradictorio.

Por último, los sesgos discriminatorios hacen que ciertas personas por sus características físicas, personales o culturales puedan resultar favorecidas o desfavorecidas respecto a otras sin un pretexto lógico por la utilización de datos de grupo que incidan en su caso de manera perjudicial o no para ellas.

## **2. Individualización de la sentencia y cristalización de la jurisprudencia**

En primer lugar, podemos pensar que el problema de la adaptación de la ley al caso concreto y de la cristalización de la jurisprudencia habría sido resuelto con la incorporación del juez humano al proceso. Como jueces y magistrados pueden apartarse de las resoluciones dadas por los sistemas de IA podemos decir que están capacitados, al contrario que dichos sistemas, para comprender el fondo del caso. El juez siempre podría considerar otras cuestiones que por su naturaleza humana no pueden ser tenidas en cuenta por la máquina, creando una esfera de empatía tanto con la víctima como con el reo que permitiese una mejor individualización de la sentencia. Es por esto mismo por lo que tampoco se daría una cristalización de la jurisprudencia, pues con la apreciación de los pequeños matices de cada caso se conseguiría la creación de precedentes más ricos y abundantes, capaces de adaptarse a los acontecimientos sociales que marcan cada época sin necesidad de tener que caer en continuas reformas legislativas.

Sin embargo, en esta reflexión también hemos de tener en cuenta la racionalidad humana y su predisposición a creer en el método científico. En un mundo donde proporcionamos nuestros datos a grandes plataformas digitales, la IA nos rodea y la confianza en la tecnología es cada vez mayor, resulta muy complicado argumentar el error de una máquina, robot o IA y apartarse de sus razonamientos (“sesgo de automatización”).

El sesgo de automatización es una clase de heurístico.<sup>21</sup> Jueces y magistrados cuentan con numerosos casos a conocer diariamente por lo que, al igual que cualquier ser humano, inconscientemente usan atajos mentales que les permitan resolver los casos con mayor agilidad. Por ejemplo, está demostrado

---

<sup>21</sup> Liced Morales y otros. *Inteligencia Artificial en el Proceso Penal: Análisis a la Luz del Fiscal Watson*. Pensamiento jurídico (Nº.54), pp. 147-164.

que los jueces y magistrados tienden a tener una misma senda resolutoria, de manera que si en el pasado adoptaron una decisión y esta resultó ser correcta lo mismo harán en otros casos similares. De la misma manera, jueces y magistrados tienden a resolver sus asuntos basándose en experiencias próximas, por lo que todas las decisiones que tomen y estén próximas unas de otras seguirán un mismo esquema y solución. O, por último, otra manifestación de los heurísticos judiciales es que si el juez o magistrado tiene una intuición antes de entrar a conocer el caso y las pruebas la refuerzan al final tomará su decisión en base a esa primera intuición.

Recordemos que los resultados de los sistemas de IA se basan en el procesamiento de datos a través de fórmulas matemáticas a priori indiscutibles, mientras que en las decisiones humanas siempre se conjugan otros factores como pueden ser el sentimentalismo o la opinión personal basada en unas ciertas creencias e ideología que pueden conducir a posicionamientos poco imparciales y al error judicial. Es por ello que resultaría natural que el juez o magistrado no se cuestionase la adecuación de la respuesta del sistema pues confía la objetividad del método científico con el que se ha desarrollado el algoritmo y en la credibilidad de sus relaciones.

Un claro ejemplo de este hecho se encuentra en un caso donde tras utilizar la herramienta de evaluación de riesgo VioGén la víctima acabó siendo finalmente asesinada. Sabemos bien que esta herramienta se usa en dependencias policiales pero el supuesto de hecho es perfectamente extrapolable a nuestro caso. El sistema VioGén asignó el nivel más bajo de riesgo a la víctima (“no apreciado”) calificando las autoridades policiales el caso de la misma manera a pesar de existir indicios suficientes de que los hechos eran más graves de lo que la aplicación había establecido, por lo que la mujer necesitaba mayores medidas de protección. Esta valoración determinó que el juez denegara la orden de protección solicitada por la víctima conllevando este hecho su asesinato a manos de su marido un mes después de interponer la denuncia.<sup>22</sup>

Claramente los resultados proporcionados por sistemas de IA pueden llevar a una confianza ciega en los mismos, por ello es importante que pongamos en alerta a nuestro Poder Judicial para animar su escepticismo hacia las evaluaciones realizadas por los métodos de IA y que le recordemos las limitaciones de las mismas, puesto que si no acabaríamos cayendo en el uso de estas tecnologías como “juez artificial” en vez de como un auxiliar en la toma de decisiones judiciales, con los riesgos y peligros que este desentraña (expuestos con detalle en el apartado anterior).

### 3. Juicios predelictivos

Un nuevo problema nace con el uso de estos sistemas como auxiliares de jueces y magistrados: el proceso judicial podría enfocarse en un juicio predelictivo en lugar de atender a los acontecimientos presentes. Básicamente esto podría darse en los casos en que herramientas como las evaluaciones de riesgos se destinasen a determinar la graduación de la sentencia. Así pues, el juez o magistrado podría

---

<sup>22</sup> Montesinos. *Los Algoritmos que Valoran el Riesgo de Reincidencia. En Especial, el Sistema VioGén*. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal (Nº. 64), pp. 19-55.



centrarse más en la posibilidad de reiteración de la actividad delictiva en vez de basarse en los hechos que motivaron el proceso.

Como sabemos, en ámbitos como el penal, la reincidencia es un factor que se tiene en cuenta a la hora de determinar la pena a la que se sentenciará al acusado. De esta manera la reincidencia o reincidencia cualificada en su caso funcionan como agravantes de la pena que, en resumidas cuentas pues su explicación no es objeto de esta investigación, llevan a una condena más gravosa. Sin embargo, hemos de destacar que esta reincidencia se refiere a acontecimientos pasados, es decir, la mayor gravedad de la pena se justifica en que la finalidad reeducativa de las anteriores penas no ha sido satisfecha, por lo que resulta necesario la imposición de una pena mayor para reintentar este proceso reeducativo, intimidar al reo y así evitar nuevas infracciones o en su caso inocuizarlo.

Por otra parte el uso de una evaluación del riesgo de reincidencia tiene un fundamento y una finalidad totalmente diferentes. En este caso lo que la motiva es una necesidad de previsión y protección. Ante una mayor posibilidad de que el sujeto vuelva a cometer una infracción similar se le impondrá una sanción mayor para inocuizarlo y reeducarlo. Sin embargo, los posibles hechos no han sucedido ni se sabe si van a suceder. En el caso de la reincidencia como agravante se tiene un pretexto, un hecho firme, pero en este caso no se tiene ninguna certeza, solo se juega con probabilidades, lo que puede suponer la imposición de un castigo mayor sin justificación en el caso de que, de no haberse agravado la sanción, no se reincidiera. En definitiva nos encontramos en un universo paralelo donde la incertidumbre es total.

Desde nuestro punto de vista, el uso de la IA como método de análisis de la posibilidad de reincidencia ataca a principios tales como la presunción de inocencia, no solo inspirador del Derecho Penal, sino de otros como el Derecho Administrativo en cuanto a régimen de infracciones y sanciones se refiere. Tampoco conocemos ninguna posible solución a esta violación, por lo que desechamos la idea de que este tipo de sistemas predelictivos puedan ser de uso general en nuestro sistema judicial.

### **3. El Caso COMPAS**

#### **1. Presentación del Caso**

Se conoce como caso COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) al suceso litigioso *State v. Loomis* resuelto en apelación por el Tribunal Supremo de Wisconsin el 13 de julio de 2016.<sup>23</sup>

A principios de 2013 Eric Loomis fue acusado de la comisión de cinco delitos por el Estado de Wisconsin en relación con un tiroteo desde un coche en La Crosse. Loomis confesó ser autor del intento de huida de un agente de tráfico y de la conducción de un vehículo de motor sin el

---

<sup>23</sup> Estados Unidos. Tribunal Supremo de Wisconsin. Caso 881 N.W.2d 749 (*Estado de Wisconsin v. Loomis*) de 13 de julio de 2016.

consentimiento de su propietario, pero negó su participación en los otros tres delitos en relación con el tiroteo.

Para dictar sentencia el Tribunal se basó tanto en los hechos como en una evaluación del riesgo de reincidencia, para lo que se utilizó el citado sistema COMPAS. COMPAS se basa en un algoritmo que opera con una entrevista con el delincuente en la que se efectúan preguntas como: “¿ha estado alguno de sus padres en la cárcel?”, “¿cuántos de tus amigos/conocidos consumen drogas ilegalmente?” o “¿está en acuerdo o en desacuerdo con la siguiente afirmación: una persona hambrienta tiene derecho a robar?”; acompañado de un análisis de sus antecedentes penales. A partir de esta información el sistema proporciona un grado de riesgo sobre tres aspectos: la reincidencia antes del juicio, la reincidencia general y la reincidencia violenta.

Al estar protegido el algoritmo de COMPAS por el secreto empresarial solo se comunica al Tribunal y a los acusados la puntuación obtenida clarificadora del riesgo de reincidencia: bajo, medio o alto. Por lo que, cuando el Tribunal de Primera Instancia condenó a Loomis a seis años de prisión y cinco de supervisión ampliada basándose en parte en esta evaluación, Loomis decidió presentar una moción de amparo argumentando que la confianza del tribunal en la evaluación COMPAS violaba sus derechos al debido proceso por tres razones:

1. En primer lugar, porque se viola el derecho del acusado a ser sentenciado sobre la base de información precisa, pues la propietaria de COMPAS le impide evaluar su exactitud.
2. En segundo lugar, porque se viola el derecho del acusado a una sentencia individualizada.
3. Por último, porque se utiliza indebidamente valoraciones de género en la sentencia.

El Tribunal de Primera Instancia denegó la moción y el Tribunal de Apelación de Wisconsin aprobó la apelación ante el Tribunal Supremo de Wisconsin aceptándola también este último.

## **2. Pretensiones del Acusado**

### **1. Sentencia sobre la Base de Información Precisa**

En cuanto a su primera pretensión Loomis afirma que la empresa creadora del algoritmo le niega el pleno acceso a la información que servirá de fuente para determinar el riesgo concreto, por lo que no puede asegurarse de que se le esté condenando sobre la base de información exacta.

El Tribunal afirma que cualquier sentenciado ha de estarlo en base a información precisa. Este derecho incluye la posibilidad de revisar y verificar la información contenida en la evaluación de riesgos en la que el Tribunal basa su decisión, por lo que no se puede negar su divulgación al acusado. Sin embargo, en este caso no considera que a Loomis se le negara su derecho. Esto es porque, aunque Loomis no puede revisar la forma en que el algoritmo COMPAS calcula el riesgo por pertenecer el algoritmo a una empresa privada, si puede cuestionar los resultados (las puntuaciones de riesgo). Aunque las puntuaciones de riesgo no explican cómo COMPAS utiliza la información para calcularlas, su empresa creadora, Northpointe, ha publicado una guía (Northpointe’s 2015 Practitioner’s Guide to COMPAS) que explica la información en qué se basan las puntuaciones, principalmente información estática (antecedentes penales) y algún dato dinámico (arrestos o cargos

mientras se disfrutaba de la libertad condicional, vueltas a prisión mientras se disfrutaba de la libertad condicional, abuso de sustancias...).

Concretamente, en el caso Loomis se le realizaron 21 preguntas que el acusado pudo revisar junto a sus respuestas, por lo que, como la evaluación de riesgos se basa en las respuestas a las preguntas que él pudo verificar y en los datos públicamente disponibles sobre sus antecedentes penales, no se considera que se esté violando su derecho a ser sentenciado bajo la base de información precisa pues Loomis tuvo la oportunidad de verificar que las preguntas y respuestas que figuraban en el informe COMPAS eran exactas.

Otro argumento utilizado por Loomis para demostrar la falta de información precisa son los estudios sobre esta herramienta de evaluación de riesgos que han planteado dudas sobre su precisión. Algunos Estados estadounidenses que utilizan el sistema han llevado a cabo estudios sobre la fiabilidad de COMPAS concluyendo que es una herramienta de evaluación de riesgos suficientemente precisa, sin embargo, estudios citados por Loomis, como el realizado por el California Department of Corrections and Rehabilitation (CDCR) en 2007, concluyen que, aunque COMPAS parece evaluar las necesidades criminógenas y el riesgo de reincidencia, hay pocas pruebas de que esto sea lo que COMPAS evalúa realmente. El propio CDCR se contradice en su informe final de 2010 sobre el estudio de validación de COMPAS en California, concluyendo que, aunque no es perfecto, resulta lo suficientemente fiable como para ser utilizado.

A su vez otros estudios inciden en la posibilidad de que estos sistemas, por el uso de datos masivos y sesgados, clasifiquen de forma desproporcionada a los delincuentes pertenecientes a minorías como de mayor riesgo debido a factores que pueden estar fuera de su control como los antecedentes criminales de su familia o su educación. Así, en la sentencia se refleja que un análisis de las puntuaciones de reincidencia de COMPAS con una muestra de 10.000 acusados de delitos penales en el condado de Broward (Florida) concluyó que los acusados negros tenían muchas más posibilidades que los acusados blancos de ser juzgados incorrectamente como de mayor riesgo de reincidencia, así como, los acusados blancos tenían más probabilidades que los acusados negros de ser calificados incorrectamente como de bajo riesgo.

Debido a la diversidad de opiniones en los estudios el Tribunal no establece que se haya violentado el derecho del acusado a ser sentenciado bajo información exacta, pero sí establece ciertas cautelas para jueces y magistrados a la hora de dictar sentencia en base a estas evaluaciones de riesgo para que puedan darle un peso apropiado en su toma de decisiones a las puntuaciones. Estas advertencias tratan sobre la fiabilidad y exactitud de las evaluaciones de riesgo COMPAS y son las siguientes:

- a) *“El algoritmo COMPAS tiene un carácter reservado, lo que impide la divulgación de información relativa a cómo se ponderan los factores o cómo se determinan las puntuaciones de riesgo.*
- b) *La evaluación de riesgo compara a los acusados con una muestra nacional, pero aún no se ha completado ningún estudio de validación cruzada para una población de Wisconsin.*

- c) *Algunos estudios sobre las puntuaciones de la evaluación de riesgos COMPAS han suscitado dudas sobre si clasifican de forma desproporcionada a los delincuentes pertenecientes a minorías con un mayor riesgo de reincidencia.*
- d) *Las herramientas de evaluación de riesgos deben ser constantemente supervisadas y renormalizadas para garantizar su precisión debido a los cambios en las poblaciones y subpoblaciones”.*

## **2. Sentencia individualizada**

Pasemos ahora a hablar de la segunda denuncia de Loomis. Aunque, según las opiniones expertas, se admite que las evaluaciones de COMPAS están basadas en datos de grupo, el Tribunal niega que se esté violando el derecho de Loomis a una sentencia individualizada puesto que la evaluación de riesgos no es el único dato en el que se basa el Tribunal sentenciador. Así, en la sala se explica que, cuando estos métodos se utilizan en sistemas penitenciarios, se prevé que el personal no esté de acuerdo con la evaluación en aproximadamente un 10% de los casos debido a circunstancias agravantes o atenuantes a las que la evaluación no es sensible, por lo que se les ha de animar a utilizar su juicio profesional y cuestionar estas puntuaciones cuando proceda. De esta forma, el Tribunal espera que jueces y magistrados también cuenten con una actitud crítica ante estos sistemas.

A pesar de reincidir en la advertencia de que sistemas como COMPAS utilizan datos de grupo para dar sus puntuaciones, de manera que identifican grupos de delincuentes de alto riesgo, no un individuo de alto riesgo en particular, también apuntan que la evaluación de riesgos es solo otro instrumento de apoyo más, de manera que, junto con otros factores, es capaz de suministrar al Tribunal tanta información como sea posible para llegar a una sentencia individualizada.

## **3. Uso del género en las evaluaciones**

Debido al uso del género en las evaluaciones de COMPAS el acusado defiende que su derecho a no ser condenado por razón de sexo se ve violentado. Loomis afirma que se desconoce exactamente cómo utiliza COMPAS el género en sus evaluaciones, pero sostiene que COMPAS considera el género como un factor criminógeno. El Estado discrepa aduciendo que la evaluación COMPAS es igual para hombres y mujeres, pero que luego se realiza una comparación de cada delincuente con un grupo “normalizado” de su propio sexo. Sea uno u otro el uso del sexo, Loomis se opone a cualquiera de ellos, pero el Estado defiende la necesidad de su uso para lograr una precisión estadística.

El Estado argumenta que, dado que los hombres y las mujeres tienen diferentes tasas de reincidencia y diferente potencial de rehabilitación, una evaluación de riesgo sin tener en cuenta el género proporcionaría resultados inexactos tanto para los hombres como para las mujeres; de hecho, en el caso estadounidense los hombres por término medio tienen mayores tasas de reincidencia y de comisión de delitos violentos que las mujeres.

El Tribunal considera que el uso del género como factor en la evaluación del riesgo servía al propósito no discriminatorio de promover la precisión y que Loomis no había aportado pruebas suficientes de que el Tribunal de Primera Instancia hubiera tenido realmente en cuenta el género.

### **3. Fallo del Tribunal**

Finalmente, el Tribunal admite en su fallo que el uso de evaluaciones de riesgos como COMPAS en el proceso judicial conlleva la toma de numerosas cautelas para hacerlo seguro, pero que si todas estas se dan no habría problema en su uso.

En primer lugar, recalcan que el algoritmo de COMPAS ha de ser utilizado para: a) desviar a delincuentes de bajo riesgo a alternativas no carcelarias, b) evaluar si un delincuente puede ser supervisado de forma segura y eficaz en comunidad, c) imponer términos y condiciones a su libertad condicional y responder ante posibles violaciones de la misma. En ningún caso ha de usarse para determinar la severidad de una sentencia o si un acusado es encarcelado.

En segundo lugar, establece una serie de limitaciones para garantizar que los jueces ponderen adecuadamente las evaluaciones de riesgos. De esta manera, el Tribunal prescribió tanto la forma en que las evaluaciones deben presentarse a los Tribunales, como cuál es el uso que los magistrados han de darles.

Cuando se suministre una evaluación COMPAS a un Tribunal ha de incluir cinco advertencias escritas para los magistrados: a) la naturaleza patentada del COMPAS impide saber cómo se determinan las puntuaciones de riesgo; b) las puntuaciones no pueden identificar el riesgo de un individuo concreto pues se basan en datos de grupo; c) COMPAS se basa en un muestra nacional, no ha habido ningún estudio de validación cruzada con la población de Wisconsin, por lo que las ponderaciones podrían cambiar en relación a los resultados nacionales; d) las puntuaciones COMPAS podrían clasificar desproporcionadamente a los delincuentes pertenecientes a minorías como personas con mayor riesgo de reincidencia según estudios; e) el sistema COMPAS no se desarrolló en un principio para ayudar a jueces y magistrados, sino para servir de apoyo al Departamento de Instituciones Penitenciarias para tomar decisiones posteriores a la sentencia.

Por tanto, COMPAS no es una herramienta completamente segura, por lo que se ha de apostar por el escepticismo judicial a la hora de estudiar las puntuaciones suministradas por el sistema, pudiendo los jueces y magistrados basarse en partes de la evaluación y rechazar otras. Aun así, su uso correcto en ningún caso violará el derecho del acusado al debido proceso.

### **4. Votos Particulares**

Hemos de detenernos también en los votos particulares, concretamente en el del juez Abrahamson. El juez Abrahamson estuvo de acuerdo con el fallo, sin embargo, manifestó sus preocupaciones en cuanto a la capacidad del Tribunal para entender las evaluaciones algorítmicas de riesgo.

Por un lado, criticó la decisión del Tribunal de denegar a Northpointe la oportunidad de presentar un *amicus curiae* donde calmase las aguas recalcando las fortalezas del sistema así como las precauciones que habrían de tomar jueces y magistrados en su uso. Justifica esta decisión en que Northpointe, como desarrolladora del sistema, podría dar una imagen poco imparcial de COMPAS para así asegurar sus beneficios.

Por otra parte, afirma que alentar el escepticismo judicial sobre la exactitud de las evaluaciones de riesgos no es suficiente para indicar a los jueces hasta qué punto deben descartarlas. Actualmente nos encontramos con numerosos estudios tanto a favor como en contra de este tipo de evaluaciones, por lo que es probable que los jueces carezcan de la información necesaria para modular su consideración de la herramienta, de manera que bien podrían dejar de utilizarla por miedo a resultados incorrectos, o bien, adquirir una sobreconfianza en ella debido a la incompreensión de estas evaluaciones.

En resumen, el juez Abrahamson afirma que el Tribunal se equivocó al pensar que mientras los jueces estén informados de la posible inexactitud del COMPAS pueden realizar una ponderación de su uso adecuada. Además, dice que la advertencia de su inexactitud probablemente sea ineficaz para cambiar la forma en que los jueces piensan sobre las evaluaciones de riesgo dada la presión dentro del sistema judicial para utilizar estas evaluaciones, así como los heurísticos que apoyan la confianza en sus resultados.

## **5. Traslado del Caso COMPAS al Sistema Judicial Español**

Como sabemos el panorama jurídico continental y el del common law son muy diferentes, es por ello por lo que nos proponemos trasladar el caso *State v. Loomis* al sistema jurídico español para determinar si las conclusiones serían las mismas, y en su caso realizar una crítica a la sentencia estadounidense. Para ello explicaremos la problemática en tres apartados comunes a las pretensiones tratadas en el punto anterior y añadiremos algún otro que trate otras posibles afectaciones a los derechos fundamentales en referencia al inicio de la investigación.

### **1. Sentencia sobre la Base de Información Precisa**

Desde nuestro punto de vista, que el acusado pueda acceder a las preguntas, respuestas y otra información que servirá de datos de entrada para dar a luz al resultado de la evaluación de riesgos no significa que la sentencia esté basada en información precisa.

Lo importante en este punto es que el acusado conozca las ponderaciones que darán lugar al resultado, es decir, el algoritmo, puesto que una vez que los datos se encuentran dentro del sistema el algoritmo puede realizar distintas interconexiones que lleven a resultados bien diferentes.

Por ello, consideramos que el acusado no habría accedido realmente a la información, de manera que se estaría violando el principio de contradicción al eliminar la posibilidad de defensa.

### **2. Sentencia individualizada**

La problemática del uso de datos de grupo es reticente en este caso, si bien es cierto que el uso de otros elementos a la hora de la toma de decisiones podría ayudar a individualizar la sentencia, nos encontramos con un gran sesgo de automatización, apreciado incluso por los jueces estadounidenses.

Compartimos las preocupaciones del juez Abrahamson, y es que por muchas cautelas que se tomen, jueces y magistrados no saben el peso que deberían tomar estas evaluaciones de riesgos como concluyentes del resultado de sus sentencias puesto que los estudios sobre su fiabilidad son diversos.

De esta manera, si el uso de la IA en la toma de decisiones judiciales nos conduce a los mismos heurísticos que si prescindieramos de ella y aumenta las posibilidades de violar el derecho del acusado a una sentencia individualizada entendemos que su uso en las condiciones actuales no resulta viable.

### 3. Uso del género en las evaluaciones y otros sesgos discriminatorios

De nuevo aquí hemos de analizar los datos de entrada que son tomados por cada sistema de IA para aportar el resultado final. Si bien es cierto que históricamente la actividad delictiva se da en mayor parte por hombres que por las mujeres, hay otros aspectos que podrían dar lugar a resultados sesgados en función de los datos introducidos. Para demostrar nuestra teoría nos proponemos realizar una simulación a partir de los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) y del Consejo General del Poder Judicial, así como del estudio de Steven Kemp y Daniel Varona publicado en *The British Journal of Criminology*.<sup>24</sup>

Según el INE en 2021 había aproximadamente 5,5 millones de extranjeros residentes en nuestro país, representando alrededor del 11.5% de la población<sup>25</sup>. Dadas estas cifras cabe apuntar que en 2021 los presidiarios extranjeros representaban el 29.5% de los presos en España (Tabla 1).<sup>26</sup>

A la luz de los datos podemos pensar que la tasa de criminalidad extranjera resulta mucho más elevada que la española dada su representatividad sobre el total de la población, sin embargo, los estudiosos apuntan a que esta sobrerrepresentación de la población extranjera en las cárceles españolas atiende en parte a prácticas discriminatorias en el sistema de justicia penal.

---

<sup>24</sup> Steven Kemp & Daniel Varona. *Foreign and Dangerous? Unpacking the Role of Judges and Prosecutors in Sentencing Disparities in Spain*. *The British Journal of Criminology*, vol. XX, pp. 1-19.

<sup>25</sup> Instituto Nacional de Estadística. (2022). *Cifras de Población (CP) a 1 de enero de 2022 Estadística de Migraciones (EM). Año 2021*.

<sup>26</sup> Consejo General del Poder Judicial. (2022). *Distribución de la Población Reclusa Extranjera por Sexo (diciembre 2021). Estadística Penitenciaria, diciembre 2021*.

Existe una abundante literatura a cerca de las desigualdades raciales y étnicas en la imposición de penas,<sup>27</sup> a la que recientemente se suman estudios acerca de la nacionalidad o ciudadanía del delincuente que desvelan una clara discriminación en términos de encarcelamiento.<sup>28</sup>

Esta posible discriminación atiende a los heurísticos utilizados por jueces y magistrados a la hora de dictar sentencia que, como hemos explicado con anterioridad, les llevan a basarse en estereotipos relacionados con las características del acusado como el género, la raza o la edad.

En *The British Journal of Criminology* se afirma claramente que los extranjeros ingresan más en prisión que los condenados españoles. Esto podemos confirmarlo si miramos las estadísticas del INE, de manera que si introdujésemos estos datos en un método de IA para detectar la posibilidad de reincidencia de un individuo a la hora de establecer medidas cautelares para el mismo sería muy probable que el riesgo de reincidencia en personas extranjeras fuera mucho mayor que en nacionales simplemente por un mal tratamiento de los datos en el entrenamiento del sistema. Y es que, aunque los extranjeros son encarcelados con más frecuencia que los españoles, también hemos de atender a su pirámide poblacional y a la distribución de la población carcelaria en España.

Comenzando por su agrupación por edades podemos apreciar cómo la mayoría de la población extranjera ronda la franja de edad de los 30 a los 44 años (Gráfico 1),<sup>29</sup> coincidente con las edades dónde encontramos más población reclusa (Tabla 2)<sup>30</sup>. Además, reiteramos que en el año 2021 la representatividad de extranjeros en cárceles españolas fue del 29,5%.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Darrell Stefensmeier, Jeffery Ulmer and John Kramer. *The Interaction of Race, Gender, and Age in Criminal Sentencing: The Punishment Cost of Being Young, Black, and Male*, *Criminology*, 36, 763–98; Michael Tonry. *Punishing Race: A Continuing American Dilemma*. Studies in Crime and Public Policy. New York: Oxford University Press; Besiki Luka Kutateladze y otros. *Cumulative Disadvantage: Examining Racial and Ethnic Disparity in Prosecution and Sentencing*. *Criminology*, 52: 514–51; Travis W. Franklin. *The State of Race and Punishment in America: Is Justice Really Blind?* *Journal of Criminal Justice*, 59: 18–28; Marisa Omori and Nick Petersen. *Institutionalizing Inequality in the Courts: Decomposing Racial and Ethnic Disparities in Detention, Conviction, and Sentencing*. *Criminology*, 58: 678–713; Alexander Testa and B.D. Johnson. *Paying the Trial Tax: Race, Guilty Pleas, and Disparity in Prosecution*. *Criminal Justice Policy Review*, 31: 500–31; Katherine A. Durante. *County-Level Context and Sentence Lengths for Black, Latinx, and White Individuals Sentenced to Prison: A Multi-Level Assessment*. *Criminal Justice Policy Review*, 32: 915–37; Brian D. Johnson, Cassia Spohn and Anat Kimchi. *Life Lessons: Examining Sources of Racial and Ethnic Disparity in Federal Life without Parole Sentences*. *Criminology*, 59: 704–37; Ellen A. Donnelly. *Neighborhoods, Criminal Incidents, Race, and Sentencing: Exploring the Racial and Social Context of Disparities in Incarceration Sentences*. *The British Journal of Criminology*, 62: 145–64.

<sup>28</sup> Scott E. Wolfe, David C. Pyrooz and Cassia Spohn. *Unravelling the Effect of Offender Citizenship Status on Federal Sentencing Outcomes*. *Social Science Research*, 40: 349–62; Michael T. Light. *The New Face of Legal Inequality: Non-citizens and the Long-Term Trends in Sentencing Disparities across U.S. District Courts, 1992–2009*. *Law and Society Review*, 48: 447–78; Michael T. Light. *The Punishment Consequences of Lacking National Membership in Germany, 1998–2010*. *Social Forces*, 94: 1385–408; Michael T. Light. *Punishing the “Others”: Citizenship and State Social Control in the United States and Germany*. *European Journal of Sociology*, 58: 33–71.

<sup>29</sup> Instituto Nacional de Estadística. (2022). *Estadística del Padrón Continuo, Total Nacional, Extranjera, Edad (hasta 100 y más), Total, 1 de enero de 2022*.

<sup>30</sup> Ministerio del Interior. (2021). Tabla 4-1-5. *Población reclusa penada a 31-12-2021 por grupo de edad, sexo y administración competente*. En *Anuario estadístico del Ministerio del Interior 2021* (p.323).

<sup>31</sup> Consejo General del Poder Judicial. (2022). *Distribución de la Población Reclusa Extranjera por Sexo (diciembre 2021)*. *Estadística Penitenciaria, diciembre 2021*.



A pesar de esto el número de condenados es mayor entre los españoles que entre nacionales de otros continentes (Gráfico 2)<sup>32</sup>, lo que nos muestra que el sistema penal resulta más benevolente con nacionales que con extranjeros al reservar sus penas más gravosas para estos últimos.<sup>27</sup>

No podemos concluir que la existencia de más personas extranjeras reclusas conlleve una mayor tasa de criminalidad por dos motivos. En primer lugar, existen más condenados españoles, por lo que necesariamente han cometido más delitos los nacionales que los extranjeros pero por diferentes razones no han sido condenados a penas de prisión. En segundo lugar, la mayor parte de los extranjeros se condensan en una franja de edad donde la comisión de delitos y el consecuente encarcelamiento es más elevada, mientras que los españoles se dispersan sobre todos los grupos de edad a la vez que nos encontramos con una población más envejecida tendente a la menor comisión de delitos.

Así pues, dependiendo de cómo se dé la utilización de estos datos podríamos afirmar que efectivamente la probabilidad de delinquir, y por lo tanto su predicción del riesgo de reincidencia, es superior en extranjeros que en nacionales, o concluir que no contamos con evidencias suficientes para demostrar esta hipótesis.

En cuanto el uso de la IA en estos casos hemos de hacer referencia de nuevo aquí a la diferencia entre la capacidad de sintaxis y de semántica de una IA, y es que, aunque suministrásemos un conjunto de datos suficientemente amplio a la máquina, podría darse que esta no supiese interpretarlos porque los mismos ya apareciesen sesgados o no tuviera en cuenta otras variables interpretativas como en nuestro caso la edad de la población extranjera y su pirámide poblacional.

Nos encontramos ante un claro sesgo injustificado que atenta contra el principio de igualdad por lo que resultaría prudente establecer una auditoría de todos los sistemas de IA utilizados en los procesos judiciales *ex ante* para prevenir y eliminar estos riesgos, que podrían verse incrementados en el caso de algoritmos de caja negra, al no comprender la forma de procesamiento de los datos, y en cualquier tipo de algoritmo de aprendizaje automático, pues al “aprender” a medida que funciona sus resultados y sus fallos no pueden predecirse o apreciarse en la fase de diseño.

#### 4. Conclusiones

Sin duda alguna no podemos negar que el uso de la IA en la toma de decisiones judiciales es efectivo a la hora de agilizar el proceso de decisión, ahorrando costes y atendiendo a la población de una manera más eficaz. Sin embargo, hemos de cuestionarnos la supeditación de los derechos fundamentales de las personas a estos criterios de eficacia y eficiencia.<sup>33</sup>

Como hemos visto, el “juez artificial” resulta imposible en nuestro sistema judicial actual debido a nuestra legislación, pero tampoco recomendaríamos el cambio de la misma en base a la posible mejora de las

---

<sup>32</sup> Instituto Nacional de Estadística (2021). *Estadística de Condenados: Adultos, Total, Total, Nacionalidad, 2021*

<sup>33</sup> Simón. *Inteligencia artificial y Administración de Justicia: ¿Quo Vadis, Justitia?* Revista de Internet, Derecho y Política, volumen I (Nº. 33), pp. 1-15.

esperas judiciales o de la objetividad dado los numerosos inconvenientes que el uso de la IA, tanto como “juez artificial”, como auxiliar del juez humano, en los procesos judiciales conlleva.

Entre nuestras mayores preocupaciones se encuentra la violación del principio de contradicción, ya que, aunque se consiguiera que las empresas compartieran su algoritmo o se creasen algoritmos públicos, nada se podrá hacer en cuanto a los algoritmos de caja negra.

Otro problema muy importante son los sesgos algorítmicos. En nuestra opinión, el ingreso de la IA en el ámbito judicial ha de retrasarse hasta que los datos ingresados en el sistema, así como las interconexiones realizadas por el mismo se vean lo suficientemente pulidas.

Por otra parte, aunque el uso de sistemas de IA parece proporcionar una mayor objetividad en la toma de decisiones judiciales por el uso de la ciencia y las matemáticas, están generando nuevos heurísticos. Así que, si lo que pretendíamos era reducir los heurísticos que se dan en el proceso tradicional, ningún sentido tiene crear nuevos. Por no decir que el sesgo de la automatización ataca directamente al derecho a una resolución individualizada pues los resultados proporcionados por los métodos de IA se basan en datos de grupo, así pues, si el juez no se cuestiona la posible adecuación del resultado suministrado por la máquina al caso concreto se dejaría de tratar el caso de una manera personalizada.

Por último, en cuanto al problema de los juicios predictivos, nos encontramos con la perpetuación de los heurísticos, ya que el juez o magistrado podría basarse en los actos pasados del acusado, es decir, tomar un atajo hacia un resultado dado en el pasado, en lugar de evaluar los hechos actuales que son en todo caso en los que se debería basar para dictar sentencia.

Por tanto, tras haber sopesado los posibles riesgos del uso de la IA en cuanto al ataque a los derechos fundamentales de las personas parece razonable limitar su uso. A pesar de que estos métodos faciliten la toma de decisiones agilizando el proceso hemos de recalcar que los derechos fundamentales de las personas en ningún caso pueden supeditarse a criterios de eficiencia o de ahorro en costes, y que, aunque algunos de los inconvenientes de los métodos de IA parecen ser superables, lejos nos encontramos de una IA totalmente segura. Es por ello por lo que nuestra recomendación en este caso va más lejos del establecimiento de cautelas para jueces y magistrados o la imposición de auditorías del sistema, en nuestra opinión, debido a su peligrosidad, los sistemas de IA deberían alejarse del sistema judicial al menos hasta que se dé un mayor avance de la tecnología y su utilización pueda compaginarse con el respeto a las garantías procesales consagradas en nuestro sistema así como a la convivencia pacífica con los derechos fundamentales de las personas.

## Referencias bibliográficas

### 1. Fuentes Internacionales

#### 1. Legislación internacional

Comisión Europea. Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial. Un Enfoque Europeo Orientado a la Excelencia y la Confianza (2020) [Español].

Consejo de Europa. ‘Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno’ Sesión plenaria del 3 al 4 de diciembre de 2016 [Español].

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

#### 2. Jurisprudencia internacional

Estados Unidos. Tribunal Supremo de Wisconsin. Caso 881 N.W.2d 749 (Estado de Wisconsin v. Loomis) de 13 de julio de 2016.

#### 3. Informes internacionales

Angwin J. et al. Larson J., Mattu S. & Kirchner L. (23 de mayo de 2016). Machine Bias. There’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks.

Grupo Independiente de Expertos de alto nivel sobre Inteligencia artificial. Directrices Éticas para una IA Fiable (2019) [Español].

#### 4. Artículos internacionales

Donnelly E. A. Neighborhoods, Criminal Incidents, Race, and Sentencing: Exploring the Racial and Social Context of Disparities in Incarceration Sentences (2022). *The British Journal of Criminology*, 62: 145–64.

Durante K. A. County-Level Context and Sentence Lengths for Black, Latinx, and White Individuals Sentenced to Prison: A Multi-Level Assessment (2021). *Criminal Justice Policy Review*, 32: 915–37.

Franklin T. W. The State of Race and Punishment in America: Is Justice Really Blind? (2018) *Journal of Criminal Justice*, 59: 18–28.

Johnson B.D., Spohn C. and Kimchi A. Life Lessons: Examining Sources of Racial and Ethnic Disparity in Federal Life without Parole Sentences (2021). *Criminology*, 59: 704–37.

Kemp S. & Varona D. Foreign and Dangerous? Unpacking the Role of Judges and Prosecutors in Sentencing Disparities in Spain (2022). *The British Journal of Criminology*, vol. XX.

Kutateladze B. L. y otros. Cumulative Disadvantage: Examining Racial and Ethnic Disparity in Prosecution and Sentencing (2014). *Criminology*, 52: 514–51.

Light M. T. Punishing the “Others”: Citizenship and State Social Control in the United States and Germany (2017). *European Journal of Sociology*, 58: 33–71.

Light M. T. The New Face of Legal Inequality: Non-citizens and the Long-Term Trends in Sentencing Disparities across U.S. District Courts, 1992–2009 (2014). *Law and Society Review*, 48: 447–78

Light M. T. The Punishment Consequences of Lacking National Membership in Germany, 1998–2010 (2016). *Social Forces*, 94: 1385–408

Omori M. and Petersen N. Institutionalizing Inequality in the Courts: Decomposing Racial and Ethnic Disparities in Detention, Conviction, and Sentencing (2020). *Criminology*, 58: 678–713.

Stefensmeier D., Ulmer J. and Kramer J. The Interaction of Race, Gender, and Age in Criminal Sentencing: The Punishment Cost of Being Young, Black, and Male (1998). *Criminology*, 36, 763–98.

Testa A. and Johnson B.D. Paying the Trial Tax: Race, Guilty Pleas, and Disparity in Prosecution (2020). *Criminal Justice Policy Review*, 31: 500–31.

Tonry M. Punishing Race: A Continuing American Dilemma (2021). *Studies in Crime and Public Policy*. New York: Oxford University Press.

Wolfe S. E., Pyrooz D. C. and Spohn C. Unravelling the Effect of Offender Citizenship Status on Federal Sentencing Outcomes (2011). *Social Science Research*, 40: 349–62.

## **2. Fuentes nacionales**

### **1. Legislación nacional**

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.

### **2. Artículos**

Bonsignore D. Sobre Inteligencia Artificial, Decisiones Judiciales y Vacíos de Argumentación (2021). *Teoría & Derecho* (Nº 29) [Español].

Cancio R.C. ¿Sueñan los Jueces con Sentencias Electrónicas? (2020) *Análisis Jurídico-Político*, volumen 2 (Nº.3) [Español].

Faggiani V. El Derecho a un Proceso con Todas las Garantías ante los Cambios de Paradigma de la Inteligencia Artificial (2022). *Teoría y Realidad Constitucional* (Nº.50) [Español].

Maroño M. M. El Concepto de Inventor en el Derecho de Patentes y los Sistemas de Inteligencia Artificial. (2020) *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12 (Nº 2) [Español].

Montesinos A. Los Algoritmos que Valorán el Riesgo de Reincidencia. En especial, el Sistema VioGén (2021). Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal (Nº. 64) [Español].

Morales L. y otros. Inteligencia Artificial en el Proceso Penal: Análisis a la Luz del Fiscal Watson (2021). Pensamiento jurídico (Nº.54) [Español].

Muñoz R. V. Prohibición de la Automatización Decisoria basada en el Perfilamiento Digital (2022). Novos Estudos Jurídicos (Nº.27) [Español].

Pérez A. Justicia Civil en la Era Digital y Artificial: ¿Hacia una Nueva Identidad? (2021). Revista Chilena de Derecho, vol. 48 (Nº2) [Español].

Simón P. Inteligencia artificial y Administración de Justicia: ¿Quo Vadis, Justitia? (2021) Revista de Internet, Derecho y Política, volumen I (Nº. 33) [Español].

Vargas O. Juez Inteligente. Sistema Experto que Asiste al Juez en la Valoración de la Prueba Judicial (2021). Revista Derecho & Sociedad (Nº. 57) [Español].

### 3. Recursos de Internet

Consejo General del Poder Judicial. (01 de mayo de 2025). Distribución de la población reclusa extranjera por sexo (diciembre 2021). Estadística Penitenciaria, diciembre 2021. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/> [Español].

Consejo General del Poder Judicial. (01 de mayo de 2025). Página oficial del Consejo General del Poder Judicial, estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=23&anio=2023&territorio=Espa%C3%B1a&proc=PROCEDIMIEN TOS%20ABREVIADOS> [Español].

Instituto Nacional de Estadística. (01 de mayo de 2025). Estadística de Condenados: Adultos, Total, Total, Nacionalidad, 2021. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25698#!tabs-grafico> [Español].

Instituto Nacional de Estadística. (2022). Estadística del Padrón Continuo, Total Nacional, Extranjera, Edad (hasta 100 y más), Total, 1 de enero de 2022. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=36825#!tabs-grafico> [Español].

Ministerio del Interior. (01 de mayo de 2025). Tabla 4-1-5. Población reclusa penada a 31-12-2021 por grupo de edad, sexo y administración competente. En Anuario estadístico del Ministerio del Interior 2021 (p.323). <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y->

[documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/anuarios-estadisticos-antteriores/anuario-estadistico-de-2021/Anuario-Estadistico-2021\\_web.pdf](https://documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/anuarios-estadisticos-antteriores/anuario-estadistico-de-2021/Anuario-Estadistico-2021_web.pdf) [Español].

MinnaLearn, Universidad de Helsinki. (01 de mayo de 2025). Elements of IA. <https://www.elementsofai.com/es> [Español].

### 3. Tabla de legislación y jurisprudencia

| <b>INTERNACIONAL</b>  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|-----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Legislación</b>    | Comisión Europea. Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial. Un Enfoque Europeo Orientado a la Excelencia y la Confianza (2020) [Español].                                                                                                                                                                                                                        |
|                       | Consejo de Europa. ‘Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno’ Sesión plenaria del 3 al 4 de diciembre de 2016 [Español].                                                                                                                                                                                |
|                       | Parlamento Europeo y Consejo Europeo. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). |
| <b>Jurisprudencia</b> | Estados Unidos. Tribunal Supremo de Wisconsin. Caso 881 N.W.2d 749 (Estado de Wisconsin v. Loomis) de 13 de julio de 2016.                                                                                                                                                                                                                                            |
| <b>NACIONAL</b>       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <b>Legislación</b>    | Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |

# 5. Anexos

**Tabla 1: Distribución de la población reclusa extranjera por sexo (diciembre 2021)**

| Extranjeros por sexo | Población Reclusa Extranjera |            |               | Porcentaje de Extranjeros |              |              |
|----------------------|------------------------------|------------|---------------|---------------------------|--------------|--------------|
|                      | Hombres                      | Mujeres    | Total         | Hombres                   | Mujeres      | Total        |
| Andalucía            | 2.567                        | 134        | 2.701         | 20,7%                     | 16,4%        | 20,4%        |
| Aragón               | 611                          | 29         | 640           | 36,2%                     | 31,2%        | 35,9%        |
| Asturias, Principado | 87                           | 10         | 97            | 9,5%                      | 11,0%        | 9,7%         |
| Balears, Illes       | 423                          | 28         | 451           | 33,4%                     | 23,0%        | 32,5%        |
| Canarias             | 828                          | 52         | 880           | 25,8%                     | 25,1%        | 25,8%        |
| Cantabria            | 66                           | 6          | 72            | 14,4%                     | 15,0%        | 14,5%        |
| Castilla y León      | 1.164                        | 46         | 1.210         | 36,5%                     | 19,9%        | 35,4%        |
| Castilla - La Mancha | 466                          | 8          | 474           | 28,7%                     | 21,6%        | 28,6%        |
| Cataluña             | 3.540                        | 198        | 3.738         | 48,9%                     | 38,7%        | 48,3%        |
| Com. Valenciana      | 1.532                        | 104        | 1.636         | 26,7%                     | 18,0%        | 25,9%        |
| Extremadura          | 71                           | 7          | 78            | 7,8%                      | 11,1%        | 8,0%         |
| Galicia              | 443                          | 16         | 459           | 16,9%                     | 8,2%         | 16,3%        |
| Madrid, Comunidad    | 2.384                        | 277        | 2.661         | 39,8%                     | 42,5%        | 40,1%        |
| Murcia, Región de    | 453                          | 32         | 485           | 28,1%                     | 28,8%        | 28,1%        |
| Navarra, C. Foral de | 75                           | 4          | 79            | 23,7%                     | 13,8%        | 22,8%        |
| País Vasco           | 390                          | 19         | 409           | 30,6%                     | 16,7%        | 29,5%        |
| Rioja, La            | 53                           | 1          | 54            | 19,3%                     | 5,9%         | 18,6%        |
| Ceuta                | 60                           | 4          | 64            | 22,0%                     | 30,8%        | 22,4%        |
| Melilla              | 80                           | 4          | 84            | 43,0%                     | 57,1%        | 43,5%        |
| <b>TOTAL</b>         | <b>15.293</b>                | <b>979</b> | <b>16.272</b> | <b>29,9%</b>              | <b>24,9%</b> | <b>29,5%</b> |

Fuente: Estadística de la Población Reclusa CGPJ

**Tabla 2: Población reclusa penada a 31-12-2021 por grupo de edad, sexo y administración**

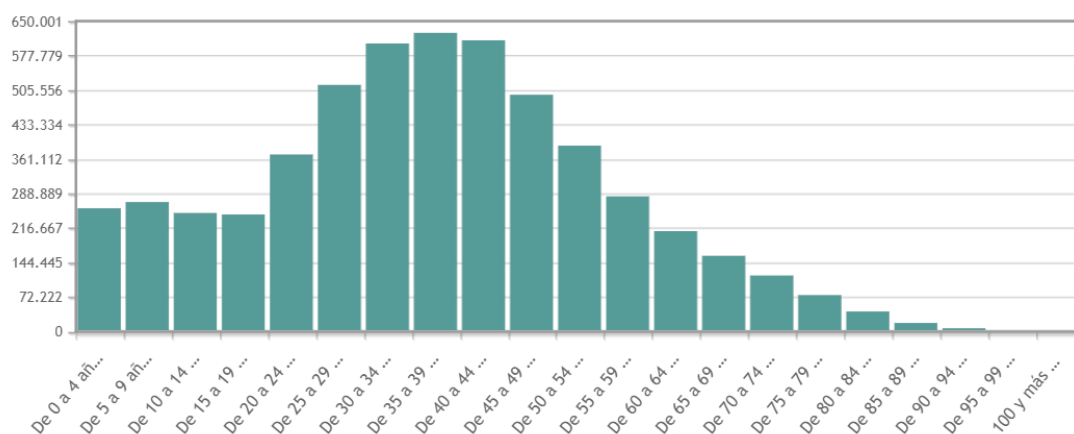
| Grupo de edad     | Administración General del Estado |              |               | Comunidad autónoma de Cataluña* |            |              | Comunidad autónoma del País Vasco |            |              | Total         |              |               |
|-------------------|-----------------------------------|--------------|---------------|---------------------------------|------------|--------------|-----------------------------------|------------|--------------|---------------|--------------|---------------|
|                   | Hombres                           | Mujeres      | Total         | Hombres                         | Mujeres    | Total        | Hombres                           | Mujeres    | Total        | Hombres       | Mujeres      | Total         |
| De 18 a 20 años   | 239                               | 6            | 245           | 89                              | 3          | 92           | 4                                 | 0          | 4            | 332           | 9            | 341           |
| De 21 a 25 años   | 2.307                             | 130          | 2.437         | 492                             | 41         | 533          | 79                                | 7          | 86           | 2.878         | 178          | 3.056         |
| De 26 a 30 años   | 4.080                             | 300          | 4.380         | 765                             | 52         | 817          | 129                               | 10         | 139          | 4.974         | 362          | 5.336         |
| De 31 a 40 años   | 10.654                            | 809          | 11.463        | 1.805                           | 132        | 1.937        | 299                               | 28         | 327          | 12.758        | 969          | 13.727        |
| De 41 a 60 años   | 15.496                            | 1.378        | 16.874        | 2.375                           | 187        | 2.562        | 531                               | 58         | 589          | 18.402        | 1.623        | 20.025        |
| De más de 60 años | 2.044                             | 163          | 2.207         | 306                             | 22         | 328          | 73                                | 2          | 75           | 2.423         | 187          | 2.610         |
| <b>Total</b>      | <b>34.820</b>                     | <b>2.786</b> | <b>37.606</b> | <b>5.832</b>                    | <b>437</b> | <b>6.269</b> | <b>1.115</b>                      | <b>105</b> | <b>1.220</b> | <b>41.767</b> | <b>3.328</b> | <b>45.095</b> |

\* Los datos de la comunidad autónoma de Cataluña incluyen, además de la población reclusa penada, la población reclusa penada con preventivas.

competente

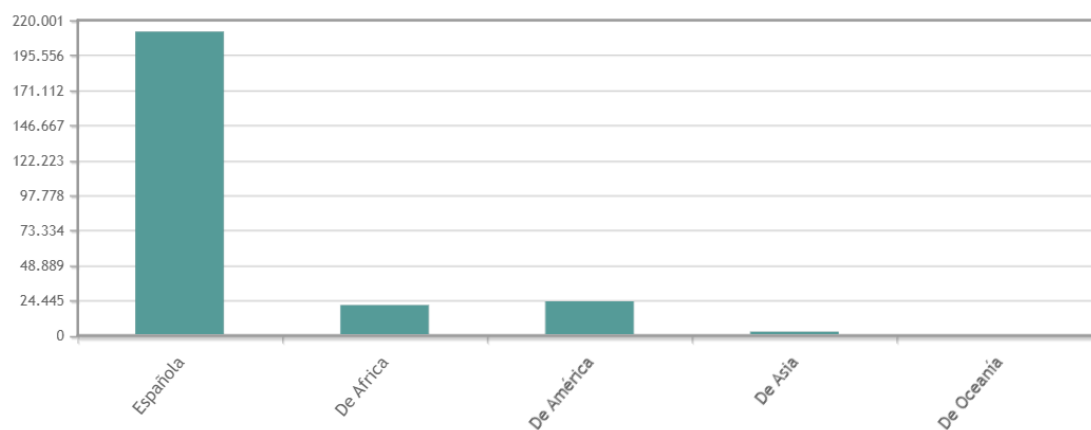
Fuente: Anuario estadístico del Ministerio del Interior 2021

**Gráfico 1: Estadística del Padrón Continuo, Total Nacional, Extranjera, Edad (hasta 100 y más), Total, 1 de enero de 2022**



**Fuente: Instituto nacional de estadística**

**Gráfico 2: Estadística de Condenados: Adultos, Total, Total, Nacionalidad, 2021**



**Fuente: Instituto nacional de estadística**



## ¿Quo Vadis Directiva de Servicios?

*Ndeye Fatou Ndiaye Diop, estudiante de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Complutense de Madrid*<sup>1</sup>

### Resumen

Este ensayo analiza la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior de la Unión Europea, evaluando su adecuación frente a los desafíos actuales del mercado único, como la digitalización, la sostenibilidad y la descentralización estatal. A través del análisis jurídico y jurisprudencial de casos clave y de su implementación en España, se reflexiona sobre la necesidad de modernizar la Directiva para alinearla con las transformaciones económicas y regulatorias de la UE.

**Palabras Clave:** Directiva de Servicios, mercado único, libre prestación de servicios, Derecho europeo, digitalización, sostenibilidad, competencias autonómicas.

### Abstract

This essay examines Directive 2006/123/EC on services in the internal market of the European Union, assessing its relevance in light of today's challenges such as digitalisation, sustainability and decentralised governance. Through legal and case law analysis, and a focus on implementation in Spain, the paper reflects on the need to modernise the Directive to align with the EU's evolving economic and regulatory landscape.

**Keywords:** Services Directive, single market, freedom to provide services, EU law, digitalisation, sustainability, regional competences.

---

<sup>1</sup> Ndeye Fatou Ndiaye es estudiante del doble grado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Complutense de Madrid y con una estancia de intercambio en la Universidad de Bergen (Noruega). Tiene un marcado interés por el Derecho de la Unión Europea y su dimensión institucional. Es Vicepresidenta de Actividades Académicas en ELSA Spain y Presidenta de Kwanzaa, Asociación Afrodescendiente Universitaria. Comprometida con la diversidad, la representación y la formación jurídica internacional.

## 1. Introducción

La Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE) representa un componente fundamental en el desarrollo del mercado común de la Unión Europea, enfocándose en eliminar las barreras a la libre prestación de servicios entre los Estados miembros. Desde su implementación en 2006, esta normativa ha tenido como propósito reducir los obstáculos regulatorios que dificultan el acceso a los mercados extranjeros, fomentando así la movilidad de los servicios y reforzando la competitividad en el ámbito europeo. En su esencia, la Directiva busca armonizar ciertas normativas de los países de la UE, proporcionando un marco general que permita tanto la libertad de establecimiento como la libre prestación de servicios dentro de la Unión.

Sin embargo, las cambiantes realidades económicas, políticas y sociales han suscitado interrogantes sobre la efectividad y adecuación de esta Directiva para afrontar los desafíos actuales del mercado común. Este ensayo tiene como objetivo analizar la necesidad de una posible reforma de la Directiva de Servicios, evaluando si su regulación se ajusta a las exigencias del mercado de servicios actual en Europa. En un contexto de creciente digitalización, sostenibilidad y competencias locales, resulta fundamental examinar si la Directiva sigue siendo adecuada o si necesita adaptarse a estos nuevos desafíos.

Para ello, se abordarán las siguientes cuestiones clave: ¿Ha quedado desactualizada la Directiva de Servicios en su forma actual? ¿Cómo influye en las competencias de los Estados miembros y de las Comunidades Autónomas en países como España, considerando las tensiones entre la legislación europea y las normativas locales? ¿Está contribuyendo de manera efectiva a la consolidación del mercado único de servicios, o requiere ajustes para lograrlo de manera más eficiente? A través de estas preguntas, el análisis buscará evaluar cómo equilibrar la uniformidad del mercado europeo con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las realidades locales, con el fin de proponer una posible dirección para una futura reforma que impulse aún más la integración del mercado único de servicios.

## 2. Marco legal y teórico de la Directiva de Servicios

La Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE) representa un hito en la construcción del mercado único europeo, cuyo objetivo es eliminar las barreras que dificultan la libre circulación de los servicios dentro de la Unión Europea. Para comprender la relevancia de esta normativa, es fundamental situarse en los dos principios que la sustentan: la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Estos principios permiten que empresas y profesionales ofrezcan sus servicios en cualquier Estado miembro sin obstáculos innecesarios, promoviendo una economía más abierta, competitiva y cohesionada en toda la Unión Europea. Así, la Directiva surge como respuesta a la necesidad de acabar con las restricciones que dificultaban el acceso a los mercados exteriores, contribuyendo a la creación de un entorno en el que la movilidad de los servicios se facilita y regula de manera más eficiente y menos restrictiva.

Para llevar a cabo este objetivo de facilitar la movilidad, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de reducir la carga burocrática y eliminar las normativas que pudieran considerarse excesivas o discriminatorias. De manera práctica, esto implica que las regulaciones nacionales deben ajustarse para que los proveedores de servicios no enfrenten barreras adicionales por el hecho de ser extranjeros. Este principio de libre circulación tiene una importancia particular en sectores como el turismo, la consultoría o los servicios profesionales, donde la mayor libertad de movimiento puede beneficiar tanto a los consumidores como a la economía europea en su conjunto, al generar un mercado más dinámico y competitivo.

Sin embargo, uno de los debates más significativos que surge en torno a la implementación de la Directiva 2006/123/CE sobre los servicios en el mercado interior es el de armonización frente a flexibilidad estatal. Mientras que la armonización busca establecer un marco común y uniforme aplicable en todos los Estados miembros de la Unión Europea, la flexibilidad estatal otorga a los países la capacidad de adaptar las normativas a sus características nacionales y de proteger intereses específicos que consideran esenciales para su orden interno. Este equilibrio entre la creación de un mercado único y la preservación de las competencias nacionales es clave para comprender la complejidad de la aplicación de la Directiva.

### **3. La armonización y la flexibilidad estatal**

Por un lado, la armonización tiene como objetivo principal eliminar las disparidades regulatorias entre los Estados miembros, favoreciendo una integración más profunda del mercado interior europeo. Al establecer un conjunto común de normas, la Directiva pretende garantizar que los proveedores de servicios puedan operar con facilidad en todos los territorios de la Unión Europea, sin que existan barreras que dificulten su libre circulación. No obstante, esta tendencia hacia la uniformidad no siempre es bien recibida por los Estados miembros, que argumentan que la flexibilidad les permite adaptar las regulaciones a sus contextos sociales, económicos o culturales, protegiendo así sus intereses nacionales. Este conflicto de intereses plantea un desafío fundamental en la aplicación de la Directiva, ya que algunos Estados consideran que la imposición de un marco común puede restringir su capacidad para regular actividades económicas dentro de sus fronteras.

Esta tensión entre armonización y flexibilidad se refleja de manera clara en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En varias ocasiones, el TJUE ha tenido que abordar este conflicto entre los principios comunitarios de libre circulación y las normativas nacionales, siendo uno de los casos más relevantes el C-400/08, *Comisión Europea vs. España*, en el que se cuestionaba la legislación española relativa a las licencias exigidas a los proveedores de servicios provenientes de otros Estados miembros<sup>2</sup>. La Comisión Europea argumentaba que dichas licencias representaban barreras para la libre prestación de servicios, contraviniendo los principios fundamentales del mercado interior. El TJUE, al fallar a favor de la Comisión, consideró que la exigencia de licencias específicas para proveedores extranjeros era desproporcionada y no cumplía con los requisitos de no discriminación y libre circulación establecidos por la Directiva. Este fallo

---

<sup>2</sup> TJUE, *Comisión Europea v España* (C-400/08, 9 diciembre 2010).

subraya la necesidad de que las regulaciones nacionales no impongan restricciones que dificulten la interconexión del mercado único, lo que refuerza el enfoque comunitario de la Directiva.

Un ejemplo adicional que ilustra esta tensión es el caso C-340/14, *Trijber y Harmsen*, en el que el Tribunal analizó la normativa de los Países Bajos sobre licencias para ciertos servicios<sup>3</sup>. En este caso, el TJUE reiteró que, si bien los Estados miembros pueden regular ciertos sectores para proteger intereses nacionales o locales, tales regulaciones deben ser proporcionadas y no deben crear obstáculos innecesarios para los proveedores de servicios de otros Estados miembros. En otras palabras, los Estados pueden gozar de flexibilidad en su regulación, pero siempre dentro de unos límites que no afecten a la libre circulación de los servicios, evitando que la flexibilidad se convierta en una herramienta de discriminación indirecta o de barreras al comercio.

### **3.1. Aplicación de la Directiva en el contexto español: tensiones entre competencias autonómicas y derecho comunitario.**

La Directiva de Servicios, ha tenido un impacto profundo en el ámbito legislativo español. La transposición de esta normativa en el ordenamiento jurídico español se realizó a través de la Ley 17/2009, que tenía como objetivo principal eliminar las barreras administrativas y facilitar la accesibilidad a los servicios en todo el país. Esta ley representó un esfuerzo significativo para alinear la legislación española con las exigencias europeas, pero no estuvo exenta de controversias. Las interpretaciones divergentes surgieron respecto a la compatibilidad de la Directiva con las competencias autonómicas, lo que llevó a una serie de disputas legales que llegaron hasta los tribunales nacionales y europeos.

En particular, la Ley 17/2009 y la Ley Ómnibus de 2011 fueron dos de los principales instrumentos utilizados para adaptar la legislación española a los principios de la Directiva. Sin embargo, el proceso de transposición no estuvo exento de dificultades. Un ejemplo claro de las tensiones que surgieron se presenta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso CCOO contra la Comunidad Autónoma de Castilla y León (C-35/10), en la que se abordó la cuestión de las restricciones autonómicas al libre acceso a los servicios. En este fallo, el TJUE subrayó que las autoridades autonómicas no pueden imponer requisitos adicionales que restrinjan la libre prestación de servicios sin una justificación razonable. Las restricciones deben ser proporcionales, no discriminatorias y estar fundamentadas en razones imperiosas de interés general, como la protección del orden público o la salud pública. Esta sentencia refuerza el principio fundamental de la libre circulación de servicios dentro de la Unión Europea, mostrando cómo los tribunales europeos garantizan que las normativas nacionales y autonómicas se ajusten a los principios establecidos por el derecho comunitario.

La implementación de la Directiva 2006/123/CE en España, y especialmente en sus comunidades autónomas, pone de manifiesto las complejidades inherentes al equilibrio entre las competencias autonómicas y los principios del mercado único europeo. En este contexto, la Generalitat de

---

<sup>3</sup> TJUE, *Trijber y Harmsen* (C-340/14, 1 octubre 2015).

Cataluña ha adoptado diversas medidas para cumplir con los objetivos de la Directiva de Servicios, mientras que, al mismo tiempo, salvaguarda los intereses y derechos de los ciudadanos catalanes.

Un desafío central para las autoridades catalanas ha sido evitar que las normativas locales se conviertan en barreras injustificadas para los proveedores de servicios provenientes de otros Estados miembros de la Unión Europea. Con este fin, la Generalitat de Cataluña ha integrado los principios de la Directiva en su proceso legislativo, estableciendo un enfoque de evaluación ex ante que garantiza que cada nueva norma sea evaluada detenidamente antes de su adopción. Este análisis busca identificar los efectos potenciales sobre los ciudadanos y el impacto en la libre circulación de servicios en el mercado interior europeo.

El Acuerdo del Gobierno de Cataluña de 3 de abril de 2007 es un ejemplo de este enfoque, ya que obligó a cada Departamento de la Generalitat a elaborar una memoria específica sobre el impacto de las futuras normativas.<sup>4</sup> En esta memoria, no solo se deben considerar los efectos de las medidas sobre los ciudadanos, sino también garantizar que las nuevas disposiciones no impongan cargas administrativas innecesarias. Este esfuerzo busca facilitar la movilidad de los servicios en Cataluña sin comprometer el principio de subsidiariedad, asegurando que los intereses autonómicos sean respetados dentro del marco normativo europeo.

Además, el Acuerdo de julio de 2007 introdujo medidas complementarias para simplificar los trámites administrativos en la actividad económica. Entre ellas, destacó la creación de la Guía de buenas prácticas para la elaboración y revisión de la normativa. Este documento proporcionó un marco para asegurarse de que las normas adoptadas no constituyeran obstáculos innecesarios para el desarrollo de la actividad económica y, por ende, no contravinieran los principios de la Directiva 2006/123/CE.

Por su parte, el Decreto 146/2007, que creó la Comisión de Coordinación Corporativa, y el Decreto 106/2008, que introdujo medidas para la eliminación de trámites administrativos, son ejemplos claros de cómo las autoridades catalanas han intentado mejorar la calidad de los servicios públicos y la eficiencia administrativa, alineándose con las exigencias europeas. El Decreto 106/2008, en particular, exige que cualquier propuesta legislativa relacionada con disposiciones de carácter general o anteproyectos de ley esté acompañada de un informe detallado sobre la evaluación del impacto regulatorio de las medidas propuestas. Este informe debe asegurar que las normativas no impongan cargas innecesarias a las empresas y debe cuantificar los costes administrativos de las nuevas normativas.

Este enfoque de evaluación continua refleja una clara intención de garantizar que las leyes catalanas no solo respeten los principios de la Directiva de Servicios, sino que también contribuyan a la creación de un mercado interior más integrado y competitivo. Los informes de impacto regulatorio no solo se realizan antes de la aprobación de nuevas normas, sino que también se llevan a cabo

---

<sup>4</sup> Joan Ponce Solé, '¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios' (2009) (180) *Revista de Administración Pública* 201.

revisiones periódicas para asegurar que las normativas en vigor sigan cumpliendo con los criterios de simplificación administrativa.

El caso catalán ilustra cómo la autonomía legislativa puede coexistir con las normativas europeas, siempre que se respeten los principios fundamentales del mercado único. Sin embargo, como demuestra el análisis de los informes y la jurisprudencia sobre la materia, este proceso no está exento de complejidades. Las autoridades autonómicas deben equilibrar la necesidad de mantener una normativa propia que responda a las particularidades locales con la obligación de garantizar la libre circulación de servicios dentro de la UE, sin crear barreras que puedan perjudicar la integración del mercado único.

Para concluir esta sección, es evidente que el caso de Cataluña ejemplifica cómo la Directiva 2006/123/CE ha influido en la evolución de la legislación autonómica, promoviendo un proceso de simplificación y armonización que busca no solo adecuarse a las exigencias europeas, sino también mejorar la calidad administrativa y proteger los intereses económicos de la región. Sin embargo, al igual que en otras regiones de España, persiste el reto de asegurar que las normativas autonómicas no interfieran con los principios fundamentales de la UE, especialmente con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, lo que subraya la complejidad inherente a la transposición de la Directiva en un contexto de competencias autonómicas y del mercado único europeo.

#### **4. Modernización del Mercado Único y la necesidad de actualizar la Directiva de Servicios**

En los últimos años, el mercado único europeo ha experimentado transformaciones significativas para mejorar la experiencia del consumidor y adaptar el marco regulador a un entorno digital y sostenible. Ejemplos como la implementación de un cargador común para dispositivos y el derecho a la reparación muestran el compromiso de la Unión Europea por construir un mercado más inclusivo y beneficioso, donde la sostenibilidad y la protección del consumidor son elementos clave.

Además, el mercado único ha adoptado regulaciones diseñadas para el entorno digital, como el Reglamento de Mercados Digitales y el Reglamento de Servicios Digitales, que buscan proteger los derechos de usuarios y empresas en toda la Unión. Estas políticas reflejan un mercado único cada vez más moderno y adaptable a las necesidades actuales.

No obstante, resulta evidente que la Directiva de Servicios de 2006 no refleja completamente este proceso de modernización. Una posible mejora sería la actualización de la Directiva incorporando una actualización que contenga aspectos específicos de la economía digital y las crecientes demandas de sostenibilidad. Aunque la Directiva ha sido un pilar en la creación de un mercado único de servicios, su enfoque original parece desconectado de la realidad actual del mercado, donde los servicios digitales y las tecnologías emergentes juegan un papel crucial en la economía europea.

Considero que una forma eficaz de modernizar la Directiva podría ser la incorporación de elementos de las normativas digitales ya establecidas en la UE, como el Reglamento de Mercados Digitales y el

Reglamento de Servicios Digitales, que aportan un conjunto uniforme de normas adaptadas a las especificidades del entorno digital. Al integrar estos principios, la Directiva no solo se alinearía con la dirección general del mercado único europeo, sino que también ofrecería un marco normativo más coherente y robusto para todos los Estados miembros, evitando la fragmentación regulatoria y promoviendo la libre circulación de servicios en un mercado digital en crecimiento.

## **5. Conclusión: hacia una Directiva de Servicios adaptada a un Mercado Único Europeo Moderno**

La Directiva de Servicios ha sido, sin duda, un paso crucial para el desarrollo del mercado único europeo, facilitando la libre circulación de servicios y garantizando un marco regulatorio homogéneo en toda la Unión Europea. Sin embargo, los rápidos cambios tecnológicos y las demandas emergentes de sostenibilidad exigen que esta directiva evolucione y se adapte a la nueva realidad del mercado. En este sentido, hemos analizado cómo su actualización permitiría responder mejor a las necesidades actuales, integrando normativas recientes en materia de digitalización y sostenibilidad que ya han demostrado ser esenciales para la competitividad y la cohesión del mercado único.

En este proceso de adaptación, surge también el desafío de armonizar las competencias autonómicas con las europeas, una cuestión especialmente delicada en países descentralizados como España. Las comunidades autónomas, sin duda, ejercen un papel fundamental en la regulación de ciertos sectores, respondiendo a las necesidades específicas de sus territorios. No obstante, desde mi punto de vista, la Directiva de Servicios y, en general, cualquier normativa europea que apunte a la cohesión y unidad del mercado único, debe prevalecer sobre las normativas autonómicas. Ser parte de la Unión Europea significa también asumir un compromiso con un proyecto común, en el cual la cooperación y la adaptabilidad son valores esenciales.

Es importante recordar que la esencia del mercado único europeo reside en la eliminación de barreras entre los Estados miembros, para que las empresas y los ciudadanos puedan operar bajo las mismas reglas y beneficiarse de un entorno económico que facilita el acceso a bienes y servicios en todo el territorio comunitario. El caso de Cataluña, donde se priorizó la normativa europea en temas de libre circulación de servicios y competencia, es un claro ejemplo de cómo, en situaciones de conflicto normativo, la primacía de las leyes europeas debe ser respetada en pos de la cohesión y la integración.

Considero que, no debemos ver las competencias autonómicas como una barrera en este proceso de integración, sino como una oportunidad para enriquecer el mercado único con la diversidad que caracteriza a cada región de la Unión. Sin embargo, es fundamental que esta diversidad no ponga en riesgo el principio de unidad que sustenta el proyecto europeo. Ser europeos significa entender que, si bien existen diferencias locales, éstas deben armonizarse con los objetivos compartidos, priorizando el marco normativo europeo cuando sea necesario. Es una responsabilidad que recae sobre cada Estado miembro y sus regiones, y un compromiso que fortalece el sentido de pertenencia al proyecto europeo.

En última instancia, la actualización de la Directiva de Servicios debería ser vista no solo como una cuestión técnica o de adecuación normativa, sino como una reafirmación del mercado único europeo como un espacio dinámico y en constante evolución. La modernización de esta Directiva, integrando normativas en digitalización y sostenibilidad, no solo consolidará la competitividad europea en el mercado global, sino que también reafirmará la vocación integradora y progresista de la Unión Europea.

El mercado único no es simplemente un conjunto de reglas y principios; es una manifestación de los ideales europeos de cooperación, libertad y prosperidad compartida. Y en este sentido, creo firmemente que debemos trabajar con pasión y compromiso para adaptarnos a los nuevos desafíos, asegurándonos de que las normativas nacionales y autonómicas estén en sintonía con las metas comunitarias. Apostar por un mercado único adaptado a los tiempos modernos, donde la digitalización y la sostenibilidad sean piedras angulares, es apostar por un futuro en el que los europeos podamos beneficiarnos plenamente de un espacio económico sin fronteras internas y con una voz unida en el ámbito global.

Así, mientras miramos hacia el futuro, reforzamos nuestro compromiso con el proyecto europeo. Porque, en última instancia, somos más que comunidades autónomas o Estados individuales: somos parte de un todo, de una Europa que, con cada paso, construye un mercado único que refleja lo mejor de cada uno de sus miembros.



## Referencias

Luis Casado Casado, Josep Ramon Fuentes i Gassó y Josep Gifreu i Font, *Prestación de servicios, administraciones públicas y derecho administrativo: Especial referencia al derecho ambiental* (Tirant lo Blanch, 2013)

Comisión Europea, *Informe sobre la implementación de la Directiva 2006/123/CE en los Estados miembros* COM(2020) 201 final, 3 marzo 2020

Comisión Europea, *Informe anual sobre el mercado único y la competitividad* SWD(2024) 77 final y SWD(2024) 78 final, 2024

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm 283, 24 noviembre 2009)

Joan Ponce Solé, '¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios' (2009) (180) *Revista de Administración Pública* 201

TJUE, *Comisión Europea v España* (C-400/08, 9 diciembre 2010)

TJUE, *Trijber y Harmsen* (C-340/14, 1 octubre 2015)

TJUE, *CCOO v Comunidad Autónoma de Castilla y León* (C-35/10, 2010).

# El consentimiento como categoría jurídica en los delitos sexuales: insuficiencias frente a la violencia estructural de la prostitución

*Lucía Rodríguez Gómez, estudiante de Derecho<sup>1</sup>  
en la Universidad del País Vasco*

## Resumen

Este artículo examina el papel central que ha adquirido el consentimiento en el tratamiento jurídico de los delitos sexuales tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022 en España. A su vez, se analiza críticamente la prostitución como una forma normalizada de violencia sexual estructural, incorporando el análisis de posiciones doctrinales y jurisprudenciales opuestas, con el fin de establecer un diálogo jurídico que permita matizar las tesis abolicionistas desde un enfoque integral de derechos. Se argumenta que el consentimiento, cuando se interpreta sin considerar el contexto de poder y desigualdad, puede servir como justificación legal para perpetuar la explotación. Finalmente, se proponen mejoras normativas y judiciales orientadas a la protección efectiva de los derechos humanos de las personas en situación de mayor vulnerabilidad.

**Palabras Clave:** Consentimiento, violencia sexual, prostitución, derecho penal, derechos humanos, explotación.

## Abstract

This article examines the central role that consent has acquired in the legal treatment of sexual offenses following the entry into force of Organic Law 10/2022 in Spain. It also critically analyzes prostitution as a normalized form of structural sexual violence, incorporating an examination of opposing doctrinal and jurisprudential positions in order to establish a legal dialogue that allows for a nuanced understanding of abolitionist theses from a comprehensive human rights perspective. The article argues that consent, when interpreted without considering the context of power and inequality, can serve as a legal justification for perpetuating exploitation. Finally, it proposes legislative and judicial improvements aimed at the effective protection of the human rights of those in situations of greatest vulnerability.

**Keywords:** Consent, sexual violence, prostitution, criminal law, human rights, exploitation.

---

<sup>1</sup> Lucía Rodríguez es estudiante de Derecho, profundamente comprometida con la lucha por la justicia y la igualdad para todas las mujeres, especialmente para aquellas que enfrentan las mayores formas de vulnerabilidad y violencia. Su motivación nace de la urgente necesidad de transformar un sistema jurídico que demasiadas veces invisibiliza, revictimiza y perpetúa la violencia estructural contra estas mujeres, particularmente las que están atrapadas en la prostitución. Este ensayo es para ella mucho más que un ejercicio académico: es un acto de compromiso, resistencia y esperanza para construir un derecho verdaderamente justo, humano y protector, que defienda con firmeza la dignidad y los derechos de todas las mujeres, sin excepción.

## Lista de abreviaturas y siglas

CE: Constitución Española

LO: Ley Orgánica

BOE: Boletín Oficial del Estado

CETS: *Council of Europe Treaty Series* (en referencia al Convenio de Estambul)

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CEDAW: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

## 1. Introducción

La violencia sexual sigue siendo una de las expresiones más extremas de la desigualdad estructural. En el ordenamiento jurídico español, la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022<sup>2</sup> ha supuesto un cambio importante al situar el consentimiento como eje central del tipo penal en los delitos sexuales. Paralelamente, la prostitución permanece en una situación de alegalidad, permitiendo que el mercado sexual funcione sin un marco normativo que proteja de manera efectiva a las personas explotadas, en su mayoría mujeres cis, mujeres trans, personas migrantes, racializadas y en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Este trabajo sostiene que el consentimiento no puede interpretarse de forma aislada, desligado del contexto social y económico en el que se produce. Tanto en los delitos sexuales como en la prostitución, el consentimiento puede operar como justificación formal de relaciones profundamente asimétricas. El objetivo del artículo es ofrecer un análisis crítico de la situación actual y proponer reformas jurídicas orientadas a una verdadera garantía de los derechos humanos.

Si bien este trabajo sostiene que el consentimiento no puede analizarse de forma aislada, resulta imprescindible anclar dicha afirmación en datos empíricos que revelen las condiciones reales en las que se ejerce la prostitución en España. Según datos del Ministerio del Interior (2022)<sup>3</sup>, más del 80 % de las personas en situación de prostitución en el Estado español son mujeres extranjeras, muchas en situación administrativa irregular, lo que evidencia la existencia de un patrón estructural de vulnerabilidad. Asimismo, el informe GRETA (2023)<sup>4</sup> señala que España continúa siendo un país de destino de víctimas de trata con fines de explotación sexual, lo que plantea una tensión directa entre la retórica de la elección y las condiciones materiales en las que esta tiene lugar.

## 2. El consentimiento en la prostitución: ¿libre elección o legitimación jurídica de la subordinación sexual?

En el ámbito jurídico, el consentimiento es una categoría central para la legitimación de actos y relaciones entre sujetos. Sin embargo, cuando se traslada al contexto de la prostitución, el consentimiento pierde su significado tradicional como manifestación de una voluntad libre, consciente e informada entre iguales. En esta esfera, no puede entenderse como una simple autorización individual, sino que debe analizarse a la luz de las relaciones estructurales de poder que atraviesan a las mujeres como grupo social. El consentimiento, en estos casos, presupone una igualdad que no existe, ya que está profundamente condicionado por factores como la pobreza, la falta de alternativas reales, la dependencia económica, el racismo, la migración forzada, y la violencia de género. La aparente “elección” de prostituirse no es más que una respuesta forzada por la

---

<sup>2</sup> Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE n.º 211, 7 septiembre 2022, 122868–123035)

<sup>3</sup> Ministerio de Igualdad, *Macroestudio sobre trata, explotación sexual y prostitución de mujeres: una aproximación cuantitativa* (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género e Indexa Geodata 2023)

<sup>4</sup> GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain – Third evaluation round* (Council of Europe 2023)

vulnerabilidad estructural que enfrentan millones de mujeres, y no una manifestación de libertad individual.

Desde el Derecho, seguir hablando del consentimiento como una categoría neutra en este contexto implica desconocer el sistema jurídico-político patriarcal que legitima la subordinación de las mujeres. Como sostiene Carole Pateman en *El contrato sexual*<sup>5</sup>, el contrato social que funda nuestras democracias modernas no puede comprenderse sin el contrato sexual que instituye el acceso de los varones al cuerpo de las mujeres como parte del orden político. En este sentido, la prostitución no es una práctica marginal, sino una institución estructurante que garantiza la disponibilidad del cuerpo femenino para el consumo masculino. Es decir, el acceso sexual de los hombres a las mujeres no es un mero “fallo del sistema”, sino una de sus condiciones de posibilidad.

El Derecho, como instrumento de regulación de las relaciones sociales, ha normalizado esta disponibilidad a través de un tratamiento aparentemente neutral del consentimiento, sin tener en cuenta las condiciones de desigualdad estructural que lo rodean. Al reconocer la prostitución como una simple transacción voluntaria entre adultos, el sistema jurídico omite que lo que se intercambia en realidad es el acceso al cuerpo de mujeres precarizadas, cosificadas y despojadas de derechos materiales. Bajo este modelo, el consentimiento funciona como una coartada para despolitizar la violencia sexual, ocultándola bajo la ficción de la libertad contractual.

Desde esta perspectiva crítica, el consentimiento en el marco de la prostitución no puede ser considerado una herramienta protectora para las mujeres. Muy por el contrario, se convierte en una justificación jurídica para sostener una práctica que responde a una lógica de dominación patriarcal. La aceptación de actos sexuales en este contexto no surge de una voluntad soberana, sino del peso asfixiante de las condiciones materiales: pobreza, falta de vivienda, precariedad laboral, desarraigo, violencia sexual infantil, violencia machista o migración forzada. En este marco, exigir consentimiento a una mujer en situación de prostitución equivale a exigirle libertad a una persona encadenada, “la prostituta no es un cuerpo que goza, se emociona, ríe, llora, se desgarrar, se extasía, sufre; es un cuerpo que trabaja, que representa un personaje concreto en una obra concreta escrita por los clientes, es un cuerpo que encarna el teatro íntimo de un extraño y por ello se le exige que silencie sus caprichos y sus deseos (a no ser que se le pida lo contrario)”<sup>6</sup>.

La noción de consentimiento, por tanto, es jurídicamente inoperante cuando se presenta desligada de las condiciones estructurales de opresión. En el caso de las mujeres prostituidas, el consentimiento no puede ser una categoría que legitime la práctica, porque lo que está en juego no es una relación simétrica entre sujetos, sino un régimen sexual-económico que mercantiliza los cuerpos femeninos. Como han señalado múltiples juristas feministas, entre ellas Catharine MacKinnon y Sheila Jeffreys, el consentimiento en la prostitución se da “desde la necesidad” y no “desde la libertad”, y ese tipo de consentimiento es incompatible con una verdadera dignidad humana.

---

<sup>5</sup> Carole Pateman, *The Sexual Contract* (Polity Press 1988)

<sup>6</sup> Pascal Bruckner y Alain Finkielkraut, *El nuevo desorden amoroso* (trad Joaquín Jordá, Anagrama 1979).

El consentimiento como pilar de la validez jurídica no puede utilizarse para legitimar contratos o actos que por su propia naturaleza atentan contra el principio de igualdad y dignidad humana reconocido en los textos constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos. La prostitución, en tanto forma de violencia estructural contra las mujeres, no puede ser entendida como un trabajo más. La diferencia fundamental es que lo que aquí se vende no es una fuerza de trabajo despersonalizada, sino el acceso al cuerpo sexuado de una mujer con fines de uso y consumo. Esta transacción no puede regularse con las herramientas tradicionales del derecho laboral o mercantil sin convertirse en una validación de la violencia patriarcal.

En este sentido, el Derecho tiene una responsabilidad ineludible: no puede legitimar una práctica que reproduce de forma estructural la desigualdad. Si su objetivo es garantizar la dignidad humana, no puede permitir que esa dignidad se reduzca a objeto de compraventa. Una mujer que consiente una relación sexual a cambio de dinero no lo hace en un vacío social, sino dentro de un sistema que le niega oportunidades, que la violenta desde la infancia, que la discrimina por ser mujer, por ser pobre, por ser migrante o racializada.

La LO 10/2022, conocida como la ley del "solo sí es sí", introdujo un cambio fundamental en la legislación española en relación con los delitos sexuales. Esta reforma incorpora un concepto central: el consentimiento. La ley establece que solo se puede considerar un acto sexual como consensuado cuando haya una manifestación clara y libre de voluntad, y considera cualquier actividad sexual sin consentimiento explícito como una agresión. Este enfoque rompe con la anterior concepción, en la que se exigía la prueba de violencia o intimidación para que un acto fuera calificado como agresión sexual, lo que implicaba que la mujer debía resistirse físicamente o manifestar su rechazo de forma evidente. La nueva ley, al enfocarse en la ausencia de consentimiento, coloca el control sobre el cuerpo y la autonomía de las mujeres en el centro de la regulación jurídica, entendiendo que solo el consentimiento explícito y afirmativo puede validar una relación sexual.

El debate sobre el consentimiento desató controversia en diversos sectores. Para muchos sectores feministas, el cambio fue un avance significativo, pues reconoce que la voluntad de las mujeres debe ser afirmada explícitamente y no presupuesta. Sin embargo, algunos críticos señalaron que este concepto podría generar inseguridad jurídica al no exigir una manifestación verbal formal y explícita en todos los casos. Argumentaron que, en algunos contextos, esto podría abrir la puerta a interpretaciones ambiguas sobre lo que constituye un consentimiento claro. No obstante, esta crítica refleja una resistencia cultural a aceptar el consentimiento pleno y autónomo de las mujeres, un patrón que también se refleja en otras esferas de la vida social, como en el ámbito de la prostitución.

En el contexto de la prostitución, el debate sobre el consentimiento adquiere una dimensión aún más compleja. A pesar de que algunas mujeres pueden afirmar que "consienten" entrar en este sistema, lo hacen bajo condiciones de desigualdad estructural y coacción económica, lo que cuestiona la validez de ese consentimiento. El consentimiento en la prostitución no es libre en un sentido pleno, ya que muchas veces está condicionado por factores como la pobreza, la violencia previa o la falta de alternativas económicas, lo que lleva a la cosificación de las mujeres y su transformación en objetos

sexuales de consumo. Esta realidad contrasta con la visión de consentimiento defendida por la ley del "solo sí es sí", ya que en el sistema prostitucional las mujeres no tienen una verdadera opción de libre decisión, sino que están atrapadas en un entorno de explotación sexual que perpetúa la desigualdad y la violencia estructural.

Desde esta perspectiva, la prostitución debe ser entendida como una violencia estructural que no solo niega el consentimiento genuino de las mujeres, sino que lo redefine dentro de un sistema de poder y control patriarcal. No se trata solo de un intercambio económico por servicios sexuales, sino de un sistema que cosifica a las mujeres, que las reduce a meros cuerpos de consumo y que las coloca en una posición de vulnerabilidad permanente. Por lo tanto, el consentimiento en la prostitución debe ser cuestionado, ya que está condicionado por la desigualdad social, la marginación y la falta de opciones reales, algo que está completamente en contradicción con el marco legal que la ley del "solo sí es sí" intenta proteger, que busca garantizar un consentimiento libre y sin coacción.

La Ley Orgánica 10/2022 no solo busca proteger a las mujeres en casos de agresiones sexuales, sino también reconoce y visibiliza la necesidad de cambiar las estructuras sociales que permiten la explotación sexual, incluidas la prostitución y la trata de mujeres. En este sentido, es fundamental que el Estado se comprometa a aplicar políticas abolicionistas que no solo penalicen a los agresores sexuales, sino que también aborden las causas estructurales que perpetúan la explotación y cosificación de las mujeres, proporcionando alternativas económicas, educativas y sociales para que las mujeres puedan salir del ciclo de violencia y control al que las somete el sistema prostitucional.

El discurso del consentimiento, cuando se aplica a la prostitución, funciona como una herramienta jurídica para invisibilizar la violencia sexual institucionalizada. Se convierte en una categoría que encubre las estructuras de dominación y desresponsabiliza al Estado, que debería intervenir no para regular esta práctica, sino para erradicarla. Legalizar o regular la prostitución bajo el argumento de proteger a las mujeres es contradictorio con los fines del Derecho, porque institucionaliza la desigualdad y convierte al Estado en gestor de cuerpos feminizados disponibles para el uso masculino.

Además, la prostitución de niñas y adolescentes –aunque jurídicamente inaceptable en la mayoría de los sistemas legales– refleja con crudeza la perversión de esta lógica. Los casos en que se esgrime el "consentimiento" de una menor en contextos de prostitución infantil demuestran que el sistema jurídico ha fracasado en la protección de las más vulnerables. Ninguna niña consiente libremente a ser explotada sexualmente. Esta ficción jurídica de que "aceptan" revela el uso pervertido del consentimiento como cortina de humo para no intervenir estructuralmente.

Es imprescindible cuestionar la neutralidad del Derecho y su complicidad con las lógicas patriarcales. El Derecho no es un campo aséptico ni objetivo: es una construcción histórica que ha reflejado y reforzado los intereses del varón como sujeto universal. Por ello, debe ser transformado radicalmente desde una mirada feminista que comprenda que las mujeres no parten desde la igualdad, y que la prostitución no puede analizarse al margen del orden sexual de dominación en que se inscribe.

En conclusión, el consentimiento en la prostitución no puede ser reconocido como una manifestación válida de libertad en términos jurídicos. Es una ficción útil al sistema patriarcal-capitalista para continuar explotando los cuerpos de las mujeres bajo la apariencia de voluntariedad. El Derecho, si pretende realmente ser garante de la libertad, la igualdad y la dignidad, debe abandonar esta lógica contractualista patriarcal y comprometerse con la transformación de las condiciones que hacen posible la prostitución. Esto exige medidas de justicia social, alternativas económicas reales, protección integral frente a la violencia machista y la abolición de toda forma de explotación sexual de las mujeres.

No obstante, resulta imprescindible incorporar un diálogo con las corrientes doctrinales que sostienen una postura distinta, particularmente aquellas que defienden una regulación del “trabajo sexual” como forma de garantizar derechos laborales, sanitarios y de seguridad para quienes lo ejercen.

Diversas autoras, como Conxa Borrell, o colectivos como Hetaira, han defendido la necesidad de distinguir entre prostitución forzada y voluntaria, señalando que “las trabajadoras sexuales” pueden desarrollar agencia política y capacidad de organización, siempre que se respeten sus derechos como ciudadanas. En esta línea, se argumenta que negar la posibilidad de consentimiento libre en todos los casos implica un paternalismo estatal que invisibiliza a quienes reivindican su derecho a decidir sobre su cuerpo incluso dentro del sistema prostitucional.

Desde esta perspectiva, el consentimiento no debería ser descartado automáticamente en el contexto de la prostitución, sino analizado caso por caso, incorporando mecanismos de inspección laboral, acceso a la salud, protección contra la violencia y garantía de no criminalización. Esta postura regulacionista, sin embargo, ha sido cuestionada desde el feminismo abolicionista por considerar que legitimar la prostitución como trabajo reproduce la lógica del mercado neoliberal sobre los cuerpos feminizados.

En cuanto a las consecuencias prácticas del tratamiento jurídico actual, conviene abordar también el debate en torno a la sanción administrativa de personas que ejercen la prostitución. Algunas ordenanzas municipales contemplan multas por ejercerla en espacios públicos, lo que ha sido criticado por juristas y organizaciones sociales por su carácter estigmatizante y por vulnerar el principio de no discriminación. Al mismo tiempo, existen propuestas doctrinales que defienden la penalización del cliente como forma de desincentivar la demanda, inspiradas en el modelo nórdico, frente a otras que abogan por la regulación como trabajo. Este debate doctrinal tiene implicaciones directas en la forma en que se interpreta el consentimiento en la práctica jurídica y administrativa.

### **3. Contradicciones normativas: protección parcial, tolerancia estructural**

La contradicción normativa entre el tratamiento penal de las agresiones sexuales y la permisividad hacia la prostitución no es solo una cuestión formal o técnica, sino una profunda manifestación de cómo el Derecho, al igual que otras instituciones sociales, refleja y reproduce las jerarquías de poder



y las relaciones de subordinación sexual que se encuentran en el centro del patriarcado. Esta contradicción revela una profunda ambivalencia en las normas que regulan la sexualidad y el cuerpo de las mujeres, que lejos de ofrecer una protección equitativa, perpetúan una estructura de violencia y desigualdad.

Por un lado, el Derecho penal parece endurecerse para garantizar el consentimiento en las relaciones sexuales, entendiendo que el consentimiento es la línea divisoria entre lo que se considera legítimo y lo que se considera un acto de violencia. Esta concepción del consentimiento, que se manifiesta en las leyes sobre agresiones sexuales, establece una noción de autonomía y dignidad en los cuerpos, un principio que debería ser universal. Sin embargo, por otro lado, el mismo sistema jurídico, que se supone es protector de la autonomía y la dignidad de las personas, acepta de manera tácita y estructural la existencia de una institución como la presentada, donde el acceso a los cuerpos de las mujeres y niñas es considerado legítimo en tanto sea una "elección" económica.

Este doble estándar jurídico es una manifestación clara de la lógica perversa del sistema legal: cuando una persona, particularmente una mujer, accede a tener relaciones sexuales sin deseo, sin consentimiento, y bajo condiciones de violencia, el acto es castigado severamente. Pero cuando el mismo acceso se encuentra mediado por una transacción económica, es considerado legítimo y moralmente aceptable, siempre que haya un supuesto "consentimiento económico". Este consentimiento, sin embargo, no es un consentimiento libre y autónomo, sino una decisión influenciada por la precariedad económica, la falta de alternativas y la opresión estructural. Así, el sistema jurídico no solo permite, sino que legitima una forma de explotación que no tiene justificación ética ni jurídica, pues no se basa en la voluntad libre de las partes, sino en una jerarquía de poder que coloca a las mujeres en una posición de vulnerabilidad y subordinación.

Lo más problemático de esta situación es que el Derecho no solo falla en proteger los cuerpos de las mujeres, sino que crea un vacío normativo que mantiene la prostitución en una especie de limbo, ni prohibida como un acto de violencia, ni regulada como una práctica legítima. Este limbo normativo refleja un consentimiento tácito del Estado, que elige no intervenir de manera significativa en una de las formas más brutales de cosificación sexual<sup>7</sup>. En lugar de condenar la prostitución como una forma de violencia estructural, el Estado opta por mantenerla, sin entrar en una reflexión crítica sobre las desigualdades que la sustentan, lo que perpetúa la idea de que el cuerpo de las mujeres está disponible para el uso de los varones, especialmente los varones con poder económico.

Este silencio normativo, que no solo es una falta de intervención activa, sino una forma de complicidad, es un mecanismo crucial para la reproducción del patriarcado. Como han señalado pensadoras como Sheila Jeffreys<sup>8</sup>, la prostitución no debe ser entendida como una "elección" individual que se toma de manera aislada, sino como una institución profundamente estructural que sirve al sistema patriarcal para asegurar que los varones, en especial aquellos con poder económico, puedan mantener un acceso sistemático y desigual al cuerpo de las mujeres. De esta manera, no es

<sup>7</sup> Dworkin, A. (1981). *Pornography: Men Possessing Women*, Perigee Books.

<sup>8</sup> Jeffreys, S. (1997). *The Idea of Prostitution*, Spinifex Press.

una transacción entre partes iguales, sino un mecanismo que refuerza relaciones de poder, subordinación y cosificación sexual que están históricamente construidas.

La crítica desde una perspectiva feminista y judicial debe ir más allá de un simple rechazo moral de la práctica. Se debe analizar en su contexto estructural: ¿por qué las mujeres, las personas racializadas, las de clase baja, recurren a la prostitución? No es una "elección libre", sino una forma de supervivencia en un sistema que las ha despojado de opciones dignas y de la posibilidad de acceder a recursos que no estén vinculados a la explotación de su cuerpo. El sistema que permite la prostitución no solo es injusto, sino que se erige sobre la cosificación y la objetificación de las mujeres, que se ven reducidas a su función sexual y reproductiva, y sobre la perpetuación de un sistema de desigualdad de género.

Además, el análisis jurídico de la violencia sexual no puede ser completo ni efectivo si no aborda la intersección de diferentes ejes de opresión. La violencia sexual afecta de manera desigual a las mujeres, dependiendo de factores como la clase social, la raza, la identidad de género, la discapacidad y la situación migratoria. Por ejemplo, las mujeres racializadas o las mujeres trans son las más vulnerables a ser explotadas sexualmente, tanto dentro de la prostitución como fuera de ella, debido a la intersección de sus opresiones. Así, un enfoque interseccional del Derecho no puede conformarse con una visión unidimensional que vea a la mujer como un sujeto homogéneo, sino que debe reconocer las diversas experiencias de violencia y explotación a las que se ven sometidas las personas, según sus posiciones sociales, culturales, económicas y de género. Esto implica no solo reconocer la violencia sexual como una manifestación de la desigualdad de género, sino entender que esta desigualdad se entrelaza con otras formas de opresión que las mujeres experimentan. Por ejemplo, las mujeres de clase baja o las personas trans migrantes pueden verse obligadas a recurrir a la prostitución como una salida a su precariedad económica, mientras que las mujeres blancas de clase media tienen más posibilidades de acceder a una vida libre de este tipo de explotación.

Rosa Cobo, por su parte, ha ampliado este análisis al considerar la prostitución como una forma de violencia institucionalizada<sup>9</sup>. Para Cobo, el sistema jurídico no solo ignora las realidades de las personas prostituidas, sino que las legitima, convirtiendo una forma de violencia estructural en algo que se presenta como un intercambio legítimo. Esta estrategia de despolitización convierte la prostitución en una transacción privada, alejándola de su naturaleza como fenómeno social y estructural, y diluyendo su carácter de violencia sistemática. El consentimiento, en este marco, no solo es irrelevante desde el punto de vista ético, sino que actúa como una herramienta para desviar la atención de las causas estructurales que perpetúan la violencia contra las mujeres y niñas.

El Derecho debe ir más allá para comprender la violencia sexual en todas sus dimensiones. La protección contra la violencia estructural no puede reducirse a simples medidas punitivas que solo castigan a los agresores sin atacar las causas profundas de la violencia. Es necesario cuestionar el orden jurídico que permite que la prostitución exista en su forma actual, normalizada, tolerada y

---

<sup>9</sup> Cobo, R. (2020). *La prostitución en el corazón del capitalismo*, Catarata.

estructuralmente vinculada a la opresión de género. No puede seguir siendo entendida como una "elección individual" aislada, sino como parte de un sistema de dominación sexual que debe ser erradicado desde sus raíces. El reto para el Derecho es abordar la violencia sexual no solo como un acto aislado, sino como un fenómeno estructural que refleja las profundas desigualdades de poder en nuestra sociedad.

Finalmente, es crucial que el análisis jurídico de la violencia sexual no pierda su capacidad de respuesta material, es decir, no debe desentenderse de las experiencias específicas de las personas que están más expuestas a la violencia debido a su sexo, género o posición social. Las leyes deben proteger de manera efectiva a todas las personas, pero especialmente a aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad estructural. La violencia sexual es una forma de violencia estructural que no puede ser entendida ni combatida si no se tiene en cuenta la intersección de las distintas opresiones que afectan a las personas más marginadas. Solo con un enfoque verdaderamente inclusivo y radical podremos avanzar hacia un orden jurídico que no perpetúe las jerarquías sexuales, sino que las cuestione y las erradique.

La Constitución Española<sup>10</sup>, en su artículo 10, establece que la dignidad de la persona es un valor fundamental que debe ser protegido por el Estado. Sin embargo, la prostitución, al tratar a las personas como objetos de transacción, contradice este principio, ya que deshumaniza a quienes se ven forzadas a ejercerla. La CE también nos habla en el artículo 9 de la necesidad de promover condiciones para que la igualdad sea real, algo que está lejos de lograrse mientras la prostitución sea tolerada como una práctica legítima en la que las personas son sometidas a una desigualdad estructural.

El Convenio de Estambul<sup>11</sup>, ratificado por España, subraya la obligación del Estado de proteger a las mujeres de la violencia de género, lo que incluye la explotación sexual. Aquí, la prostitución debe ser vista no como una "elección" libre, sino como una forma de violencia estructural que perpetúa la desigualdad. La prostitución, entonces, debe ser abordada como una forma de violencia estructural y patriarcal que no solo expone a las mujeres a riesgos físicos, psicológicos y sexuales, sino que perpetúa una cultura de la desigualdad y de la legitimación del acceso masculino al cuerpo femenino como un "servicio" o "derecho". En otras palabras, normaliza la idea de que los hombres pueden comprar el consentimiento, lo cual entra en contradicción directa con los principios de dignidad, igualdad y autonomía que promueve el Convenio.

Por tanto, en cumplimiento del Convenio de Estambul, el Estado español no solo tiene la obligación de proteger a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual, sino también de cuestionar y dismantelar el sistema prostitucional como parte de una política integral de lucha contra la violencia de género. Esto incluye tanto la penalización de la demanda como el desarrollo de alternativas socioeconómicas y redes de apoyo para las mujeres en situación de prostitución, así como

<sup>10</sup> Constitución Española, BOE n.º 311, 29 diciembre 1978, 29313–29424.

<sup>11</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia hacia las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), CETS n.º 210, 11 mayo 2011.

una apuesta por la educación en igualdad y la transformación cultural que erradique la percepción de las mujeres como objetos de consumo sexual.

La Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>12</sup>, constituye un hito en el ordenamiento jurídico español al reconocer de forma explícita la violencia que se ejerce contra las mujeres por el hecho de ser mujeres como una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder históricas de los hombres sobre las mujeres. Su enfoque integral exige respuestas coordinadas en los ámbitos educativo, social, sanitario, judicial y policial, y no se limita al castigo penal, sino que también contempla la prevención, sensibilización y reparación del daño causado.

Aunque esta ley no menciona directamente la prostitución, sí establece un marco que permite interpretarla como una forma de violencia contra la dignidad humana. En particular, en su exposición de motivos, la ley reconoce que la violencia de género no puede entenderse únicamente como una agresión física puntual, sino que se manifiesta en múltiples formas de dominación y control, muchas veces naturalizadas o legitimadas por el sistema patriarcal. Es precisamente en este sentido que debe insertarse la explotación sexual y la prostitución como prácticas de violencia estructural: ambas reducen a las mujeres a objetos de intercambio y consumo, perpetuando la cosificación de sus cuerpos y la subordinación de su voluntad.

La prostitución es una institución que se basa en la desigualdad y que reproduce la idea de que los cuerpos de las mujeres están disponibles para satisfacer el deseo masculino a cambio de dinero. No se trata de una actividad neutral o “voluntaria” en términos reales, ya que, en la mayoría de los casos, las mujeres que se encuentran en situación de prostitución lo están por razones económicas, sociales o personales profundamente marcadas por la violencia, la pobreza, la migración forzada o la falta de alternativas vitales. En consecuencia, hablar de “consentimiento” en estos contextos es problemático, y la ley debe proteger especialmente a quienes están en situaciones de vulnerabilidad, no legitimar su explotación bajo una falsa premisa de libertad individual.

Así, conforme al espíritu de la Ley Orgánica 1/2004, el Estado tiene el deber de ofrecer una respuesta integral que no tolere ninguna forma de violencia que afecte la dignidad de las mujeres, incluida la que se ejerce a través del sistema prostitucional. Esto implica que la prostitución no debe ser vista ni regulada como una práctica aceptable o “profesión”, sino como una forma más —quizás la más cruda— de violencia sexual y económica, legitimada por una cultura patriarcal que considera al cuerpo de las mujeres un recurso explotable.

Por tanto, si el objetivo de la ley es erradicar todas las formas de violencia contra las mujeres, la prostitución no puede quedar fuera de esta lucha. Es necesario que el Estado avance hacia una política abolicionista, que contemple medidas de apoyo social, vivienda, empleo, salud mental y formación

---

<sup>12</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE n.º 313, 29 diciembre 2004, 42166–42197.

para que las mujeres puedan salir de este sistema de opresión y reconstruir sus vidas en condiciones de libertad real y dignidad.

La reflexión sobre la prostitución debe tener en cuenta la intersección de las desigualdades de género, clase y poder, y cómo la ley debe proteger a las personas vulnerables en lugar de mantener sistemas que las explotan. Si realmente queremos avanzar en derechos humanos, debemos cuestionar profundamente estas estructuras y el marco legal que las respalda.

La Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, supuso un giro paradigmático al situar el consentimiento como núcleo del tipo penal en delitos sexuales. No obstante, su aplicación práctica ha generado tensiones interpretativas: en muchos casos se ha seguido exigiendo resistencia o prueba de la falta de consentimiento, lo que revela que los operadores jurídicos aún no han interiorizado el enfoque estructural que la norma propone. Además, esta ley, si bien avanza en el reconocimiento de la violencia estructural, no ofrece un marco jurídico que aborde la prostitución como forma de explotación, manteniéndola en un espacio alegal que impide la garantía efectiva de derechos.

Como último punto, es esencial distinguir claramente entre prostitución y explotación sexual, especialmente en lo que respecta a menores. El Convenio de Lanzarote (ratificado por España en 2010)<sup>13</sup> establece obligaciones claras para los Estados en cuanto a la prevención, protección y persecución de toda forma de explotación sexual infantil. En línea con ello, La Directiva (UE) 2024/1712<sup>14</sup> tiene como objetivo mejorar la prevención y lucha contra la trata de seres humanos, así como la protección de las víctimas. Se enfoca en ampliar el alcance de la definición de explotación, incluyendo la maternidad subrogada, el matrimonio forzado y la adopción ilegal.

#### **4. Propuestas jurídicas para una protección efectiva de la libertad sexual y la dignidad**

Si el consentimiento se ha convertido en el eje del sistema jurídico en materia sexual, es imprescindible que su interpretación no se limite a una mera manifestación de voluntad, sino que integre el análisis estructural de las relaciones de poder y de las condiciones materiales que lo hacen posible. Para ello, el Derecho debe transitar de una lógica formalista a una lógica sustantiva que tenga como eje la protección real de los derechos humanos, especialmente de las personas más vulnerables.

1. **Fortalecer el enfoque estructural** en la interpretación judicial del consentimiento. El consentimiento en delitos sexuales debe ser interpretado únicamente como válido cuando exista igualdad real entre las partes, ausencia de cualquier forma de coacción —económica, física o simbólica— y una posibilidad efectiva y libre de decir no, sin temor a consecuencias

---

<sup>13</sup> Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote) (firmado el 25 octubre 2007, entró en vigor el 1 julio 2010) CETS No. 201.

<sup>14</sup> Directive (EU) 2024/1712 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, OJ L 2024/1712 (24 June 2024)

destructivas. Esta mirada estructural es imprescindible para una correcta administración de justicia.

2. **Reformar el sistema de valoración probatoria** en los delitos sexuales. El sistema actual impone a las víctimas la carga de pruebas extraordinarias para demostrar los delitos sexuales. Para superar esta barrera, es imprescindible la formación especializada de jueces, fiscales y fuerzas de seguridad en análisis estructural y perspectiva interseccional, con el fin de interpretar los hechos desde la experiencia vivida por las víctimas y así evitar sesgos y revictimizaciones.

3. **Aprobar una ley abolicionista de la prostitución** basada en tres pilares:

- Penalización del proxenetismo en todas sus formas, incluyendo el lucro indirecto o no coactivo, es decir, cualquier beneficio económico derivado de la prostitución ajena.

Si se apuesta por la penalización del proxenetismo y del cliente en el marco de una ley abolicionista, es imprescindible definir con precisión cómo se llevaría a cabo dicha penalización y prever qué efectos jurídicos y sociales se derivarían de su aplicación. Solo así se evita incurrir en contradicciones internas entre los fines declarados no punitivos y los instrumentos propuestos sancionadores.

En primer lugar, la reforma del artículo 187 del Código Penal<sup>15</sup> debería eliminar la exigencia de coacción para tipificar como proxenetismo cualquier forma de lucro económico a costa de la prostitución ajena. No obstante, esta ampliación exige una tipificación rigurosa que delimite claramente qué se entiende por beneficio económico punible, por ejemplo rentas obtenidas por alquilar inmuebles destinados a la prostitución o comisiones percibidas por plataformas digitales que intermedien en la explotación, y qué relaciones quedan exentas de reproche penal, como los casos de convivencia no lucrativa, redes informales de apoyo o vínculos afectivos sin explotación.

Para ello, se deben incluir cláusulas de exclusión explícitas y prever mecanismos de prueba que impidan imputaciones arbitrarias o excesivas. De lo contrario, existe el riesgo de criminalizar a personas cercanas a las mujeres en situación de prostitución, o incluso a las propias víctimas en contextos de vulnerabilidad económica.

En segundo lugar, la responsabilidad del cliente puede articularse como una infracción penal leve o preferentemente como una infracción administrativa agravada, con sanciones económicas proporcionales a la renta y la obligación de

---

<sup>15</sup> Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, art 187.

asistir a programas formativos sobre igualdad, violencia de género y derechos humanos. Esta modalidad evitaría efectos estigmatizantes, permitiría un enfoque educativo y reduciría el colapso judicial. No obstante, debe garantizarse que la sanción no recaiga sobre personas en situación de prostitución, por ejemplo si la policía exige su testimonio para sancionar al cliente, y que las intervenciones policiales no se traduzcan en controles de identidad o presencia policial permanente en zonas de prostitución, lo que podría tener efectos intimidatorios o represivos sobre las mujeres.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, estas medidas podrían contribuir a desalentar el mercado de la demanda y desincentivar el lucro con la prostitución ajena, pero también podrían generar resistencias judiciales si no se acompaña de una formación obligatoria en perspectiva estructural. Por ello debe preverse formación especializada para jueces, fiscales y cuerpos policiales, supervisión jurisdiccional reforzada de las sanciones para evitar arbitrariedades, y un régimen de recursos accesible para todas las partes implicadas.

Desde el punto de vista social, la aplicación de estas sanciones solo tendrá legitimidad si va acompañada de una oferta real de medidas de salida para las mujeres prostituidas: acceso a vivienda, empleo digno, regularización administrativa y atención psicológica especializada. Sin estas condiciones estructurales, la penalización puede transformarse en un mecanismo simbólico o, peor aún, en una forma encubierta de represión.

En suma, una legislación abolicionista debe trazar con precisión la línea entre quienes se benefician de la prostitución y quienes la sufren, penalizando a los primeros con proporcionalidad, garantías y finalidades preventivas, y protegiendo a las segundas sin ambigüedad ni efectos colaterales indeseados.

- Responsabilidad penal de los compradores de sexo como agentes que perpetúan la desigualdad estructural.
- Despenalización total de las personas en situación de prostitución, acompañada de medidas efectivas y garantizadas para la salida de esta situación, tales como acceso prioritario a vivienda, empleo digno, regularización administrativa y atención psicológica especializada.

4. **Rechazar la categoría de “trabajo sexual” en las políticas públicas.** La prostitución no debe ser considerada ni regulada como una forma de trabajo. Reconocerla como tal contribuye a legitimar la violencia estructural y sexual que subyace a esta práctica. La visibilización de la prostitución como manifestación de desigualdad estructural es fundamental para avanzar hacia políticas de erradicación y protección real.

5. **Analizar críticamente el impacto de las leyes de identidad de género** en la protección jurídica contra la violencia estructural, sin caer en discursos excluyentes. Se debe realizar un análisis riguroso de cómo las leyes de identidad de género interactúan con las políticas de protección contra la violencia estructural, evitando discursos excluyentes. Es necesario asegurar que el reconocimiento de identidades diversas no invisibilice la violencia específica que sufren las personas leídas como mujeres en contextos patriarcales, sin dejar de reconocer las violencias que enfrentan las personas trans y no binarias en situaciones de prostitución, violencia sexual o exclusión social.

## 5. Conclusión

El consentimiento, tal y como ha sido conceptualizado e implementado, corre el riesgo de convertirse en un mecanismo de legitimación de prácticas que perpetúan la desigualdad estructural. En el caso de los delitos sexuales, su interpretación sigue dependiendo de estereotipos que obstaculizan el acceso a la justicia de las víctimas. En el caso de la prostitución, se convierte en una coartada jurídica que neutraliza la violencia estructural.

Ahora bien, para enriquecer este análisis es necesario incorporar otras posturas doctrinales que, desde un enfoque de autonomía personal y derechos individuales, han defendido el reconocimiento del trabajo sexual como una opción válida. Autoras como Laurie Shrage<sup>16</sup> han sostenido que criminalizar la prostitución puede reforzar la estigmatización y la marginalidad, y que una regulación adecuada podría mejorar las condiciones laborales y sanitarias de quienes ejercen esta actividad. Asimismo, desde el Derecho internacional se ha señalado que los marcos normativos prohibicionistas pueden aumentar la vulnerabilidad frente a la violencia policial o la trata.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado cuestiones relacionadas con la autonomía sexual, como en el caso *Laskey, Jaggard and Brown v United Kingdom* (1997)<sup>17</sup>, donde se delimita el margen de apreciación del Estado en materia de moralidad pública y derechos individuales (artículo 8 CEDH<sup>18</sup>). Aunque no se refiere directamente a la prostitución, sí establece límites a la injerencia estatal en la vida privada. Este tipo de argumentación ha sido usado por defensores de políticas de descriminalización para sostener que la penalización del trabajo sexual puede vulnerar derechos fundamentales.

No obstante, frente a estas posiciones, otros fallos como el del Comité CEDAW en *Vertido v Philippines* (2010)<sup>19</sup> han puesto de manifiesto la obligación positiva de los Estados de proteger a las

---

<sup>16</sup> Laurie Shrage, *Moral Dilemmas of Feminism: Prostitution, Adultery, and Abortion* (Routledge 1994); Ronald Weitzer, 'Sociology of Sex Work' (2009) 35 *Annual Review of Sociology* 213.

<sup>17</sup> *Laskey, Jaggard and Brown v United Kingdom* App no 21627/93 (ECtHR, 19 February 1997).

<sup>18</sup> European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953, as amended) ETS No 5 (ECHR).

<sup>19</sup> *Vertido v Philippines* (CEDAW, Communication No 18/2008, 16 July 2010).



mujeres frente a todas las formas de violencia de género, incluidas aquellas que surgen en contextos estructurales como la prostitución.

Por ello, el debate no puede centrarse únicamente en el consentimiento individual, sino que debe incorporar una perspectiva interseccional y estructural que reconozca las múltiples dimensiones de la desigualdad. Reconocer el consentimiento sin cuestionar las condiciones en las que se produce puede llevar a la legitimación de formas de explotación incompatibles con el principio de dignidad humana.

Reformar el tratamiento jurídico del consentimiento, dialogar críticamente con todas las posturas doctrinales y jurisprudenciales, y proteger a las personas en situación de prostitución desde una mirada interseccional y feminista no es una opción ideológica, sino una exigencia constitucional y de derechos humanos.

## Bibliografía

### 1. Fuentes nacionales

#### 1.1. Libros

Rosa Cobo, *La prostitución en el corazón del capitalismo* (Catarata 2020)

#### 1.2. Legislación

Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, art 187.

Constitución Española, BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313–29424.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE n.º 313, de 29 de diciembre de 2004, pp. 42166–42197.

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, BOE n.º 211, de 7 de septiembre de 2022, pp. 122868–123035.

#### 1.3. Estudios

Ministerio de Igualdad, Macroestudio sobre trata, explotación sexual y prostitución de mujeres: una aproximación cuantitativa (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género e Indexa Geodata 2023)

### 2. Fuentes internacionales

#### 2.1. Libros

Bruckner, P., & Finkelkraut, A. (1979). *El nuevo desorden amoroso* (Trad. Joaquín Jordá). Barcelona: Anagrama.

Dworkin, A. (1981). *Pornography: Men Possessing Women*. New York: Perigee Books.

Jeffreys, S. (1997). *The Idea of Prostitution*. Melbourne: Spinifex Press.

Pateman, C. (1988). *The Sexual Contract*. Cambridge: Polity Press.

Laurie Shrage, *Moral Dilemmas of Feminism: Prostitution, Adultery, and Abortion* (Routledge 1994).

## **2.2. Convenios y directivas**

Consejo de Europa, Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote) (firmado el 25 octubre 2007, entró en vigor el 1 julio 2010) CETS No. 201.

Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), CETS n.º 210, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

European Parliament and Council, Directive (EU) 2024/1712 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, OJ L 2024/1712 (24 June 2024).

## **2.3. Informes**

GRETA, Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain – Third evaluation round (Council of Europe 2023)

## **2.4. Jurisprudencia**

Laskey, Jaggard and Brown v United Kingdom App no 21627/93 (ECtHR, 19 February 1997).

Vertido v Philippines (CEDAW, Communication No 18/2008, 16 July 2010).

## **2.5. Artículos académicos**

Ronald Weitzer, 'Sociology of Sex Work' (2009) 35 Annual Review of Sociology 213

# The EU ETS in the Maritime Sector and the Exodus of European Ports: Legal Challenges and Innovative Regulatory Solutions

*Sheila Ozuo-omen López<sup>1</sup>*

## Abstract

This dissertation analyzes the European Union Emissions Trading System (EU ETS), focusing on the shortcomings identified in its practical application, which are prompting changes in shipping routes towards non-EU ports. This relocation results in increased greenhouse gas emissions and also in the avoidance of the required payments attached to them. Additionally, this dissertation examines potential legal alternative measures, assessing their advantages and disadvantages compared to the current system.

Maritime law has historically been a branch with a strong customary foundation, characterized by conflict resolution through mediation and arbitration, and a regulatory framework less saturated than that of other sectors. In recent decades, the European Union has implemented new regulations to promote sustainable development across various industries, yet their application in the maritime sector has proven particularly complex. When the legislative framework for incorporating maritime transport into the EU ETS was developed, many stakeholders and industry professionals were overlooked. This lack of participation, combined with the sector's insular nature and the aspiration to achieve effective rather than efficient compliance with ambitious goals within short deadlines, led to the implementation of a framework that, despite its initial good intentions and openness to improvements, has generated undeniable negative externalities. The legislative updates introduced so far have not fully mitigated these issues, which include the loss of competitiveness of European ports and associated risks of evasion and relocation; the uncertainty surrounding compliance due to the system's complexity and higher administrative burden; and, in some cases, vague directives that force international actors to fill regulatory gaps. This Dissertation will address only the first of these three issues (namely the risk of relocation), alongside the presentation of potential alternative measures and their legal viability.

**Keywords:** EU ETS, Maritime Law, Neighbouring Container Transshipment Ports, Route Relocation, Port Competitiveness, Sustainability, Maritime Sector.

---

<sup>1</sup> Sheila Ozuo-omen López es una jurista vasco-valenciana especializada en derecho marítimo y gestión portuaria. Con experiencia en la Autoridad Vasca de la Competencia y en despachos privados especializados en derecho mercantil, encontró su pasión en este campo tan exigente y en constante evolución.

## Resumen

Esta tesis analiza el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea (EU ETS, por sus siglas en inglés), centrándose en las deficiencias identificadas en su aplicación práctica, que están provocando cambios en las rutas de navegación hacia puertos fuera de la UE. Esta reubicación da lugar a un aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero, así como a la evasión de los pagos requeridos asociados a dichas emisiones. Además, la tesis examina posibles medidas legales alternativas, evaluando sus ventajas e inconvenientes en comparación con el sistema actual.

El Derecho marítimo ha sido históricamente una rama con una sólida base consuetudinaria, caracterizada por la resolución de conflictos mediante mediación y arbitraje, y por un marco normativo menos saturado que el de otros sectores. En las últimas décadas, la Unión Europea ha implementado nuevas normativas para promover el desarrollo sostenible en diversas industrias, pero su aplicación en el sector marítimo ha resultado particularmente compleja. Cuando se elaboró el marco legislativo para incorporar el transporte marítimo al EU ETS, muchos actores implicados y profesionales del sector fueron ignorados. Esta falta de participación, combinada con el carácter aislado del sector y la aspiración de alcanzar un cumplimiento eficaz (y no necesariamente eficiente) de objetivos ambiciosos en plazos cortos, dio lugar a la implementación de un marco que, pese a sus buenas intenciones iniciales y a su apertura a mejoras, ha generado innegables externalidades negativas.

Las actualizaciones legislativas introducidas hasta ahora no han logrado mitigar por completo estos problemas, entre los que se incluyen: la pérdida de competitividad de los puertos europeos y los riesgos asociados de evasión y reubicación; la incertidumbre en torno al cumplimiento debido a la complejidad del sistema y a una mayor carga administrativa; y, en algunos casos, directrices poco claras que obligan a los actores internacionales a cubrir vacíos normativos. Esta tesis abordará únicamente el primero de estos tres problemas (es decir, el riesgo de reubicación), junto con la presentación de posibles medidas alternativas y su viabilidad jurídica.

**Palabras Clave:** EU ETS, Derecho Marítimo, Puertos de Transbordo Cercanos, Reubicación de Rutas, Competitividad Portuaria, Sostenibilidad, Sector Marítimo.

## 1.Introduction

Currently, more than eighty percent of global freight transportation is carried out by sea,<sup>2</sup> positioning the maritime sector as one of the key pillars in the transition to a sustainable society model. This relevance, however, comes with a significant environmental cost, as ships are among the major emitters of greenhouse gases. Numerous international initiatives have been undertaken to curb such emissions, which, as repeatedly acknowledged by the scientific community, are highly harmful and detrimental to our planet due to their role in accelerating global warming and climate change<sup>3</sup>.

There have been numerous legal instruments, both binding and non-binding, aimed at tackling this issue since the early stages of the sustainable transition. Some of the most notable include the Kyoto Protocol, which was followed by numerous subsequent instruments such as the Marrakech Agreement, the EU Green Paper on emissions trading, among others that had a significant impact at the time. As a result of this trajectory, the EU ETS was established in Europe in 2005 as the world's first carbon trading system, and recently, in 2024, it has incorporated maritime trade into its scope of application.

The goal behind this system is to achieve climate neutrality by 2050, with the aim of reducing emissions by 55% compared to 1990 levels. To achieve this, the EU ETS seeks to lower emissions of carbon dioxide, methane, and nitrous oxide, which are the main greenhouse gases. Globally, numerous countries have adopted various regulatory initiatives following the EU ETS to address emissions, some with greater success than others. Among them, systems such as California's emissions trading scheme and New Zealand's carbon regime stand out. In Europe, the most robust system in which all countries of the European Economic Area participate is the EU ETS.

The EU ETS is an ambitious, innovative, and increasingly expansive system, which is having an impact both within the European sphere and externally, particularly in maritime trade. This is due to the fact that adherence to its provisions is not determined by the flag under which a vessel sails, but rather by its size. Additionally, it is not limited to routes within the European Economic Area, as certain routes with origins or destinations outside this area are also subject to these regulations if they involve departing from, arriving at, or even berthing in a European port.

The EU ETS is a cap-and-trade system that sets a decreasing limit on CO<sub>2</sub> emissions, monetizes and penalizes excess emissions, and enables trading of greenhouse gas units, thereby introducing flexibility within the framework of this initial declining cap. The regulatory framework that constitutes the EU ETS is composed of various Regulations, Directives, Delegated Acts, and other provisions that provide the necessary legal support for its functioning. Certain factors, such as the

<sup>2</sup>United Nations Conference on Trade and Development, '2024 Review of maritime transport, Navigating maritime chokepoints' (October 2024) <<https://unctad.org/publication/review-maritime-transport-2024>> accessed 17 January 2025.

<sup>3</sup>Hoesung Lee and others, *Climate Change 2023 Synthesis Report* (2023) <[https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_SYR\\_FullVolume.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_FullVolume.pdf)> Accessed 14 February 2025, p.4.

complexity inherent in the subject matter, have led to significant challenges in practice when implementing these provisions within the well-established commercial practices of the maritime trade sector.

All this theoretical regulation that redefines the ways of operating in the field of maritime freight trade leads us to question its practical effectiveness, given that when a regulation with a considerable restrictive magnitude (as we will see below) is established, which is not going to be enforced globally but only at a regional community level, the risk of private capital fleeing to other places that do not require the same economic effort must be taken into account, since we live in a free market system in which competitiveness, efficiency, and the constant pursuit of cost reduction and profit margin expansion prevail, more so, in fact, than any well-meaning intention to preserve the planet.

The international maritime community has responded swiftly to this regulatory framework: shipowners' associations, federations of private companies, brokers, and other key stakeholders in maritime transport have expressed their views and conveyed how this legislation is affecting the day-to-day operations of the sector. While it is true that the implementation of this system within maritime transport remains recent, particularly when compared to other sectors with a more extensive trajectory, there are evident gaps and provisions that prove difficult to operationalise in practice. This raises the question of whether the inclusion of maritime transport within the emissions trading system may have been premature and insufficiently prepared. Although it is undeniable that time is pressing in the global fight against climate change, a more prudent approach might involve slowing down implementation in order to refine the framework and align it with practical, realistic objectives that reflect current economic, political, and social dynamics. Such an approach could mitigate adverse effects, including the potential loss of competitiveness and attractiveness of EU ports in comparison to non-EU counterparts, and the resulting relocation of port activity, among other unintended consequences.

## 2. Regulatory Framework

### 2.1 Introduction

It is widely accepted that greenhouse gases are directly responsible for global warming; therefore, reducing their emissions is essential for improving the environmental situation. In order to promote such reduction, the law plays a fundamental role as a tool of *social engineering*<sup>4</sup> to establish, promote, and enhance social policies. The use of law as an instrument for achieving policy objectives is present across all European-level policies. Thus, its proper use can lead to extremely positive changes, just as its misuse can result in the opposite. In any case, it is essential to continuously analyse and review the legal policies implemented, especially when loopholes exist that may allow actors to evade compliance and thereby hinder the achievement of the intended goals.

---

<sup>4</sup> Rosh Martin, "Law as a tool of social engineering", *Indian Journal of Integrated Research in Law*, (March 2025) <<https://ijirl.com/wp-content/uploads/2025/03/LAW-AS-A-TOOL-OF-SOCIAL-ENGINEERING.pdf>> p. 5.

Sustainability legislation must ensure that environmental commitments are effectively met, while also fostering long-term sustainable scenarios. The role of legal professionals, therefore, becomes vitally important, as sustainable development does not rely solely on scientific research, but also requires legal insight. It is crucial, then, to recognise that legal research plays a key role in addressing the major contemporary challenges related to sustainability.

Under this premise, the present dissertation aims to offer a well-founded response to the issue of port evasion within the EU, addressing it from a legal, critical, and forward-looking perspective. This will be carried out through a rigorous analysis of current legislation, the loopholes identified, and the opportunities for improvement. As such, this Final Bachelor's Dissertation should not be understood as a merely theoretical study, but as an active contribution to the design of legal solutions that meaningfully impact the challenges faced by the effective, lasting, and fair implementation of the EU ETS.

As stated in the introduction, there are currently several emission trading systems in place around the world, each operating differently, though with notable similarities. For the purposes of this dissertation, the analysis will focus on the EU ETS, the emissions trading system applied within the European Economic Area. Considering the geographical scope of this system, the following legal framework will be used.

## 2.2 EU Legislation

This dissertation will rely on current EU legislation, in particular Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union and amending Council Directive 96/61/EC. This is the founding instrument of the EU ETS, which has been adapted over the years. The Directive creates the regime for the trading of greenhouse gas emission allowances in the European Economic Area, and although it lays the foundations for the management of the emissions system in general, it dedicates part of its provisions to the regulation of maritime transport. In this sense, it establishes the obligation to surrender 50% of emissions for routes made between a port of a Member State and a non-EU port, and 100% for routes between two EU ports. It also includes an important provision regarding the requirements for classifying a port as a *neighbouring container transshipment port*, with the consequences that will be studied in depth later on, as they are closely linked to the risk of evasion that has greatly alarmed the sector in recent times.<sup>5</sup> In line with this classification, another piece of legislation that will be mentioned in this dissertation is the Commission implementing regulation (EU) 2023/2297 of 26 October 2023 identifying neighbouring container transshipment ports pursuant to Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council. This regulation

---

<sup>5</sup> Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union and amending Council Directive 96/61/EC [2003] OJ L 275/14-19, art. 3ga, art. 3gg.3.



classifies two non-EU ports under the label of *neighbouring container transshipment ports*, the implications of which, as outlined earlier, will be examined in greater detail below.

This dissertation will also refer to Regulation (EU) 2023/1805 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2023 on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport, amending Directive 2009/16/EC. From this point forward, it will be referred to as the FuelEU Regulation. This FuelEU Regulation sets a limit on the greenhouse gas emission intensity of the energy used on board by ships of more than 5000 gross tonnes that arrive at, depart from or simply remain in ports of a Member State, and also establishes an obligation to use OPS or zero-emission technologies in ports under the jurisdiction of a Member State<sup>6</sup>. In line with the Directive mentioned in the previous paragraph, this Regulation also establishes its applicability to half or all of the emissions depending on the origin, destination or stop of the route, and also refers to the concept of neighbouring container transshipment port introduced by the Directive.<sup>7</sup>

The three instruments mentioned are designed to be effective across the entire geographical scope of the European Economic Area, meaning they apply to the 27 European Union member states, as well as Norway, Iceland, and Liechtenstein. However, due to delays in the inclusion of FuelEU in the EEA Agreement, the maritime authorities of these latter countries have already indicated delays in implementing these regulations into their national laws, resulting in the consequence that, until this occurs, they will be treated as third-country ports, as stated by the Norwegian maritime authority<sup>8</sup>.

In conclusion, this dissertation will focus on the analysis of the aforementioned regulations and directives, without prejudice to the fact that other relevant European provisions may be cited as secondary references.

## 2.3 International Legislation

At the international level, the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) represents the most comprehensive binding legal framework governing maritime law. Accordingly, portions of its provisions will be referenced as the legal basis to support the arguments presented in this dissertation.

---

<sup>6</sup> Regulation (EU) 2023/1805 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2023 on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC [2023] OJ L 234/14, art.1.

<sup>7</sup> Regulation (EU) 2023/1805 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2023 on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC [2023] OJ L 234/15, art.2.

<sup>8</sup>Dag Inge Aarhus, *FuelEU delayed in Norway* (Norwegian Maritime Authority, 16 December 2024) <[https://www.sdir.no/en/news/FuelEu\\_delayed\\_in\\_Norway/](https://www.sdir.no/en/news/FuelEu_delayed_in_Norway/)> accessed 18 January 2025.

### 3. Abbreviations and Definitions

- EU ETS: European Union Emissions Trading System.
- OPS (On Shore Power Supply): A technology that allows vessels to connect to the onshore power grid while docked in port, enabling them to shut down their auxiliary engines and reduce pollutant and greenhouse gas emissions during their stay on land.
- MS/ MMSS: Member State or Member States of the European Union.
- Gross Tonnage (GT): A measure of a vessel's total internal volume, used internationally to determine aspects such as port fees or regulations. It should not be confused with the weight of the ship or its cargo, as it does not require the ship to carry that weight, only to have the capacity to do so.
- Relay Traffic: Maritime traffic where cargo is transferred between vessels of generally similar size at an intermediate port, without that port being the origin or final destination of the goods.
- Hub and Spoke: A logistical model in which a central port (hub) receives large volumes of cargo, which are then redistributed to smaller ports (spokes) via secondary routes. This is common in maritime transshipment operations.
- Exclusive Economic Zone (EEZ): A maritime zone extending up to 200 nautical miles from a state's coast, within which the state has exclusive rights for the exploration and exploitation of marine resources, although it does not exercise full sovereignty as it does in its territorial waters.
- Coastal State: A state with a maritime coastline or that borders an international river or lake, and by virtue of this status, is in a position to exercise its sovereignty or jurisdiction over these areas.
- Archipelagic State: A state entirely composed of one or more archipelagos and possibly other islands, which enjoys a unique international legal regime that recognizes its particular status.
- EEA: European Economic Area

## 4. What is the EU ETS

### 4.1 Explanation of the System's Functioning

The EU ETS is one of the European Union's most powerful tools in the fight against climate change, as it aims to reduce the carbon footprint. This system, which operates under the jurisdiction of EU member states, as well as Norway, Iceland, and Liechtenstein, sets a declining carbon emissions cap that companies (in the case relevant to this dissertation, shipping companies) operating within its territory must adhere to in order to avoid penalties and contribute to the decarbonization commitment.

The system functions based on the trading of emission allowances, which are the units used within the system. Companies can obtain these allowances through various channels: via auctions or free allocations from the primary market, or through the secondary market. The general idea is that a company acquires an amount of emission allowances equivalent to the number of carbon tons they intend to emit, as at the end of the stipulated period, those who generated the emissions must surrender those allowances in the Union's electronic platform designated for this purpose. In case of insufficient allowances being surrendered, a penalty of €100 per uncovered ton will be imposed, along with the ongoing obligation to surrender the outstanding allowances, and the names of the non-compliant operators will be publicly disclosed.

The ETS emissions trading scheme began in 2005 and is structured in phases. We are currently in the fourth phase (2021-2030). One of the major novelties of this period (and of particular relevance to the subject of this dissertation) is the inclusion of maritime transport within the scope of the system.

## 4.2 Application to Maritime Transport

The decision to include maritime transport within the scope of the EU ETS is based on the fact that, although it is one of the most efficient modes of transport, it accounts for approximately 13.5% of transport sector emissions within the EU.<sup>9</sup>

Since January 2024, the ETS covers emissions from all vessels engaged in the commercial transport of passengers or cargo, regardless of their flag, exceeding 5,000 gross tonnage (GT) and entering EU ports. These vessels must now purchase emission allowances equivalent to the number of tonnes they emit during the calendar year. Additionally, as of 2025, ships that do not exceed 5,000 GT but reach at least 400 GT will not be required to surrender allowances but will nevertheless be obligated to monitor and report CO<sub>2</sub> emissions if they operate in EU waters.<sup>10</sup>

For vessels exceeding the 5,000 GT threshold, the EU ETS covers 50% of CO<sub>2</sub> emissions from voyages departing from or arriving at a port under the jurisdiction of an EU Member State (EM) when the other end of the voyage is in a third country. It also covers 100% of CO<sub>2</sub> emissions from intra-EU voyages, as well as 100% of emissions produced while the vessel is at berth in an EU port. It should be noted, as explained in Section 3 ("Regulatory Framework"), that due to the non-implementation of FuelEU Maritime under the EEA Agreement, Iceland and Norway are currently regarded as third countries.

---

<sup>9</sup> Council of the European Union, 'Fit for 55: increasing the uptake of greener fuels in the aviation and maritime sectors' (2023) <<https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/fit-for-55-refueu-and-fueleu/>> Accessed 17 March 2025.

<sup>10</sup> Regulation (EU) 2015/757 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on the monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions from maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC [2015] OJ L 123/2, art 2.1.1.a.

At present, only carbon emissions are subject to both monitoring and surrendering obligations. Emissions of methane and nitrous oxide are, for now, subject only to monitoring requirements. However, as of 2026, the obligation to surrender allowances for these gases will also apply.<sup>11</sup>

The implementation period for the maritime sector will span from 2025 to 2027, with the surrender obligations phased in as follows: in 2025, 40% of the emissions reported for 2024; in 2026, 70% of those reported for 2025; and from 2027 onwards, 100% of the reported emissions (see *Figure 1*).

### EU ETS introduction timeline:

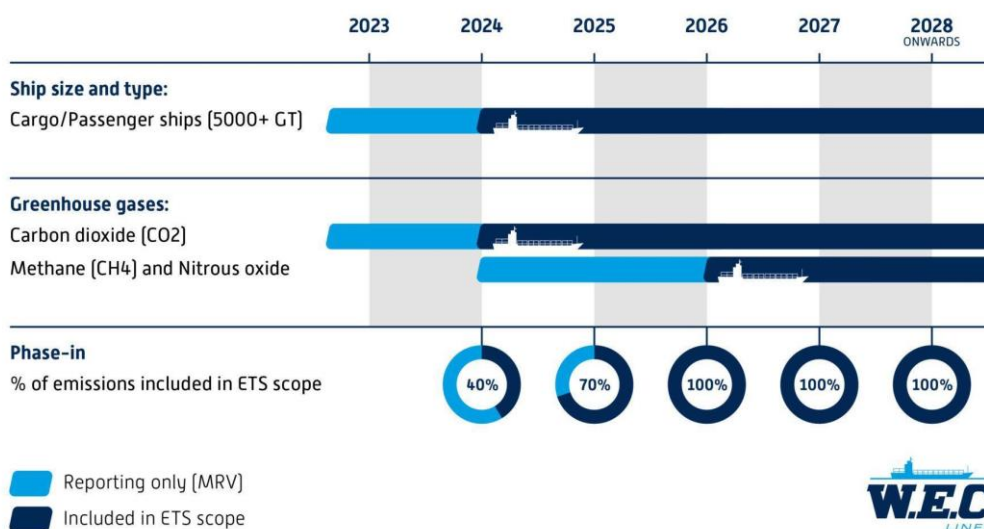


Figure 1: EU ETS Introduction timeline.<sup>12</sup>

Regarding this gradual implementation, it is important to highlight that the system also includes exemptions that defer compliance with the regulation until 2030, such as those applicable to certain islands, European outermost regions etc.<sup>13</sup>

### 4.3. Who is Liable for Polluting? Responsibility Allocation and Compliance Failures

The application of sustainability regulations to maritime transport is grounded in the “polluter pays” principle, which is a commonly used tool in European policy.<sup>14</sup> Translating this principle to the specific context of maritime transport, the operational mechanism consists of imposing on market operators the obligation to hold an emission allowance for each tonne of carbon dioxide emitted. An

<sup>11</sup> Nippon Kaiji Kyokai, *FAQs on the EU-ETS for shipping [edition 2.1]* (2024) <[https://www.classnk.or.jp/hp/pdf/authentication/eumrv/EUETS\\_faq\\_2.1\\_e.pdf](https://www.classnk.or.jp/hp/pdf/authentication/eumrv/EUETS_faq_2.1_e.pdf)> accessed 14 March 2025, p.8.

<sup>12</sup> Elisa Dellebeke, 'Important update on the EU Emissions Trading System (EU ETS)' (Weclines, 2025) <<https://weclines.com/news/important-update-on-the-eu-emissions-trading-system-eu-ets/>> accessed 19 January 2025.

<sup>13</sup> Regulation (EU) 2023/1805 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2023 on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC [2023] OJ L 234/5, whereas 14 et seq., art. 2.

<sup>14</sup> Directorate-General for Environment, 'Ensuring that polluters pay - toolkit' (European Commission) <[https://environment.ec.europa.eu/economy-and-finance/ensuring-polluters-pay\\_en](https://environment.ec.europa.eu/economy-and-finance/ensuring-polluters-pay_en)> accessed 1 February 2025.

annual cap on the total available allowances is pre-established, which can be artificially adjusted based on supply and demand in order to prevent depreciation or overly lenient scenarios where compliance becomes easy to evade.<sup>15</sup>

The responsibility for complying with this new ETS framework entails considerable financial expenditure, making it essential to determine upon whom this payment obligation falls. This becomes even more relevant regarding the framework of charterparty agreements (which are the most commonly used contracts in maritime transport), where ownership and possession do not necessarily coincide. Consequently, the obligation to bear the cost may fall upon a party other than the one that actually carried out the activity resulting in the greenhouse gas emissions.

In accordance with the FuelEU Regulation, which as previously mentioned, sets a limit on the greenhouse gas emissions resulting from the use of energy on board vessels arriving at, staying in, or departing from EU ports, compliance with the provisions laid down in the Regulation is assigned to the “company.” This company is defined as *“the shipowner OR any other organisation or person, such as the manager or the bareboat charterer, that has assumed responsibility for the operation of the ship from the shipowner and that, on assuming such responsibility, has agreed to take over all the duties and responsibilities imposed by the International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention”*.<sup>16</sup> This implies the existence of two possible alternatives: in the first case, the shipowner may be responsible for ensuring compliance with obligations related to a given vessel or fleet under the EU ETS; or alternatively, the responsibility may fall to the ISM Company, which is the company managing the ship’s operations under the ISM Code, which in practice may be, for example, a bareboat charterer or a ship manager. It is essential to explicitly determine which of these two options applies, as failure to make a clear designation will result in the registered shipowner being presumed responsible for the vessel’s compliance under the EU ETS.<sup>17</sup> The responsible party will be accountable not only for compliance with the EU ETS, but also with the MRV.<sup>18</sup>

In the event that responsibility is entrusted to the ISM company, it must provide the competent authority with a document that clearly certifies that it has been duly mandated by the shipowner to

<sup>15</sup>European Court of Auditors, *Special Report 18/2020: The EU’s Emissions Trading System: free allocation of allowances needed better targeting* (2020) <[https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR20\\_18/SR\\_EU-ETS\\_EN.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR20_18/SR_EU-ETS_EN.pdf)> Accessed 12 May 2025 p.3.

<sup>16</sup> Regulation (EU) 2023/1805 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2023 on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC [2023] OJ L 234/5, whereas 20, art. 3.13.

<sup>17</sup> European Commission Directorate-General for Climate Action, Directorate B – Carbon Markets & Clean Mobility, Unit B.4, *Guidance Document The EU ETS and MRV Maritime General guidance for shipping companies Guidance document No. 1’* (2024) <[https://climate.ec.europa.eu/document/download/31875b4f-39b9-4cde-a4e2-fbb8f65ee703\\_en?filename=policy\\_transport\\_shipping\\_gd1\\_maritime\\_en.pdf](https://climate.ec.europa.eu/document/download/31875b4f-39b9-4cde-a4e2-fbb8f65ee703_en?filename=policy_transport_shipping_gd1_maritime_en.pdf)> Accessed 5 February 2025, p. 20.

<sup>18</sup>Regulation (EU) 2015/757 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on the monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions from maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC [2015] OJ L 123/1.

fulfill the obligations arising from the emissions trading scheme (ETS). This document must be written in English and signed by both parties: the shipowner and the company.<sup>19</sup>

In case of non-compliance with the system, and reiterating what was mentioned in the “*EXPLANATION OF THE SYSTEM’S FUNCTIONING*” section, Directive 2003/87 establishes sanctions for shipping companies that do not surrender the required amount of emission allowances. The sanctions provided for the company are as follows: Publication of the name of the offending company; Imposition of a fine for excess emissions, consisting of 100 euros per tonne of CO<sub>2</sub> equivalent emitted that exceeds the allowances surrendered.<sup>20</sup> The payment of this fine does not exempt the company from the obligation to surrender an equivalent amount of allowances corresponding to those excess emissions when submitting its declaration for the following calendar year. The FuelEU Regulation also addresses sanctions for non-compliance with the system in cases where the non-compliance extends over two or more consecutive reporting periods, and when other compliance mechanisms have proven ineffective. It establishes the possibility of issuing an expulsion order for the vessel by the competent authority of the relevant Member State at the port of entry.<sup>21</sup>

#### **4.4. Methods for Acquiring Emission Allowances Under the EU ETS**

Currently, in the fourth phase of the Directive’s implementation, there are two markets for acquiring emission allowances: the primary market and the secondary market.

##### **4.4.1 Primary Market**

Within the primary market, we distinguish two methods: free allocation and auctioning.

##### *4.4.1.A) Free Allocation*

Free allocation was more common during the first two phases (2005-2007 and 2008-2012) of the ETS due to various factors, such as the greater freedom and decision-making power of the member states through national allocation plans, as well as the restriction established by Directive 2003/87/EC in Article 10, which states: “*For the three-year period beginning 1 January 2005 Member States shall allocate at least 95 % of the allowances free of charge. For the five-year period beginning 1 January 2008, Member States shall allocate at least 90 % of the allowances free of charge.*”

The methods used to calculate the amount of free allocation each operator would receive were: the “grandfathering” method and the “benchmarking” method. The grandfathering method was based

<sup>19</sup>Commission Implementing Regulation (EU) 2023/2599 of 22 November 2023 laying down rules for the application of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council as regards the administration of shipping companies by administering authorities in respect of a shipping company [2023] OJ L, 2023/2599/1, art. 1 and art. 2.

<sup>20</sup> Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC [2003] OJ L 275/6, art 16.

<sup>21</sup> REGULATION (EU) 2023/1805 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 September 2023 on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC [2023] OJ L 234/35, art. 25.3.

on historical emissions, while the benchmarking method was based on efficiency standards, meaning free allowances were granted according to performance standards.<sup>22</sup>

Thus, due to the primary role of free allocation as the method of acquiring emission allowances, the other method of acquisition in the primary market, auctioning, was conceived as a residual method for introducing emission allowances into the market during these phases. Most of the Member States did not conduct auctions, and those that did, were subject to a limitation: at least 95% of allowances had to be allocated free of charge in 2005-2007 and 90% in 2008-2012.

#### 4.4.1.B) Auctioning

Emission allowances may also be allocated through auctions. These can be conducted via the common platform or through a national platform. There are two national platforms external to the common one, one for Germany and one for Poland, while the remaining member states operate on the common platform.<sup>23</sup> Auctions are carried out on whichever platform is used through a single-round, sealed bid, and uniform price format, as set out in Commission Delegated Regulation (EU) 2023/2830 of 17 October 2023 supplementing Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council by laying down rules on the timing, administration and other aspects of auctioning of greenhouse gas emission allowances.<sup>24</sup>

Thus, the two acquisition methods explained constitute the primary market. However, operators can also obtain emission allowances by participating in the secondary market.

#### 4.4.2 Secondary Market

In this market, emission allowances are purchased from operators who have previously acquired them either through auctions or free allocations, unless their free allocation is subject to some restriction preventing resale to third parties.

The reasons driving companies to resort to these secondary markets include: not having obtained a sufficient number of emission allowances through the existing mechanisms in the primary market; or having purchased an excess of allowances due to overestimating their needs, in which case the company will sell the surplus to recoup the investment by turning to the secondary market. Lastly, some companies may engage in speculative practices, deliberately purchasing more allowances than necessary with the intention of capitalizing on future price fluctuations through resale in the secondary market.

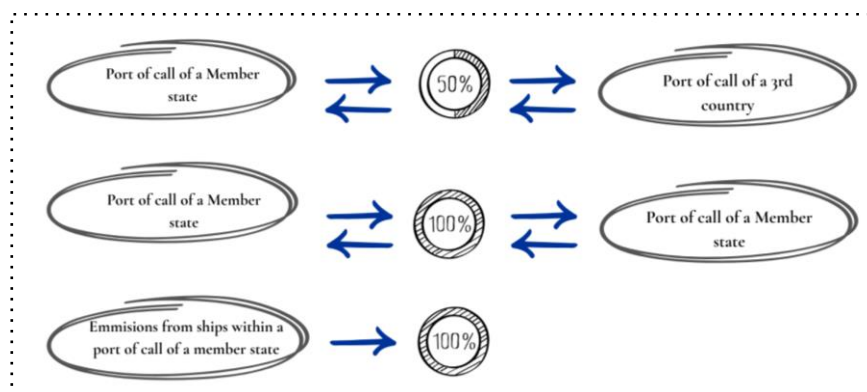
<sup>22</sup> Dian Phylipsen and others, “*HARMONISATION OF ALLOCATION METHODOLOGIES Report under the project, Review of EU Emissions Trading Scheme*” (2006) <[https://climate.ec.europa.eu/system/files/2016-11/harmonisation\\_en\\_0.pdf](https://climate.ec.europa.eu/system/files/2016-11/harmonisation_en_0.pdf)> Accessed 19 January 2025, p.12.

<sup>23</sup> Inés Campos Gámez, “*Análisis de eficiencia del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea y comparación con el mercado de California-Quebec*” (Final Degree Dissertation, Pontificia de Comillas University, 2022) <<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/56685/TFG%20-%20Campos%20Gamez%2c%20Ines.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> p. 21.

<sup>24</sup> Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, “*Subasta de derechos de emisión*” <<https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/comercio-de-derechos-de-emision/subasta.html>> accessed 20 January 2025.

## 5. Repercussions of the EU ETS: Private Capital Flight?

As previously explained, the EU ETS has established a strict framework to achieve emission neutrality in maritime transport; however, not all routes are treated equally, as illustrated in *Figure 2*.



*Figure 2: Graphical explanation of Article 3ga.1 of Directive 2003/87*

This figure visually illustrates the unequal requirement for the surrender of allowances for the routes falling under the first row, compared to those in the second row. This requirement to surrender emission allowances inherently leads to an increase in travel costs, which, in the case of the second-row routes, is twice as high as those in the first. This gives rise to a risk of diversion from EU ports to reconfigure routes by stopping at ports subject to less stringent requirements.

Although the risk of carbon leakage is a matter of growing concern, it would be disproportionate to advocate for the abolition of the entire system based solely on this flaw. The system has, in fact, yielded environmentally beneficial outcomes. That is to say, although there is room for improvement, in certain aspects it is indeed quite effective, for example, having achieved a reduction in the carbon content of EU exports, mainly due to the significant decrease in the carbon intensity of exports, which is a promising sign, as it indicates that EU producers have found cleaner ways to produce their exports.<sup>25</sup> Moreover, a general decline in emissions within EU territory has also been observed as a direct consequence of the EU ETS.<sup>26</sup> Thus, the intention of this dissertation is not abolitionist, but rather strictly critical of the tangible issue of the diversion from European ports to non-EU ports with more lenient regulations, arising directly from the deficient or inadequate legal design of certain aspects of the EU ETS framework.

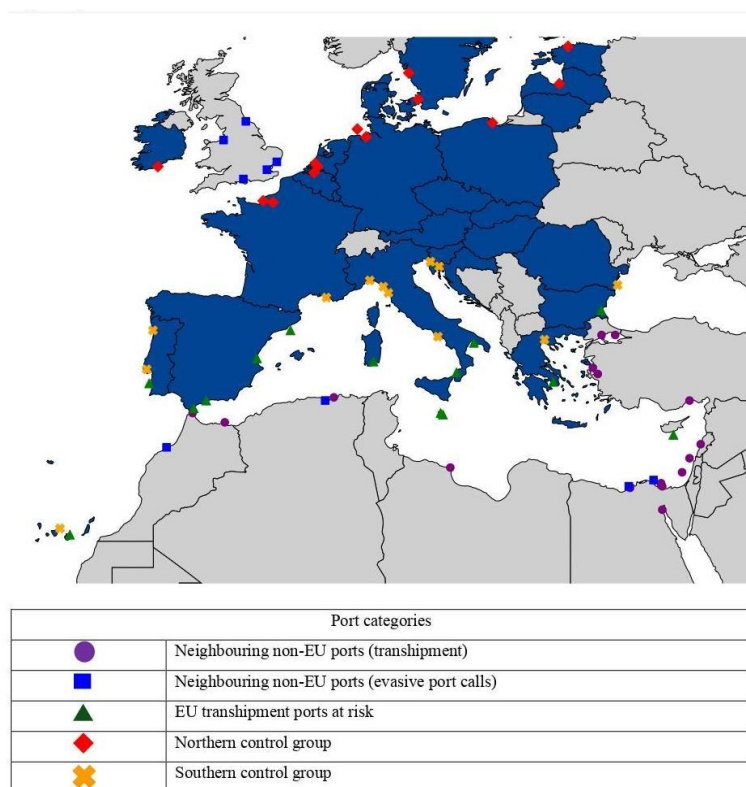
There is significant concern over the diversion of traffic to non-EU ports near European borders where the EU ETS does not apply, such as those in North Africa, including Morocco, Algeria, Tunisia, and Egypt; ports in the Middle East, such as those in Turkey; or even further north, where

<sup>25</sup> Maria Wang, Tero Kuusi, 'Trade flows, carbon leakage, and the EU Emissions Trading System' (June 2024) <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140988324002640>> p.9.

<sup>26</sup> Ibid. p.11.



English ports within Europe also pose a threat. *Figure 3* provides an overview of several ports exposed to this risk, as well as the non-European ports that could potentially replace them.



*Figure 3: Ports at risk, extracted from the European Commission's report on monitoring the implementation of Directive 2003/87/EC in relation to maritime transport.<sup>27</sup>*

In order to ground the above discussion in a more tangible example, the following section will focus on a Spanish case study involving the country's main port, Algeciras.

### 5.1 The Spanish Case: The Flight from Algeciras.

Several industry professionals are already predicting an extremely elevated cost for all ships arriving at Spanish ports on the main shipping routes. According to data from the European Sea Ports Organization, with a carbon price of €65 per tonne of CO<sub>2</sub> emitted, the implementation of the EU ETS leads to an approximate 20% increase in navigation costs. Taking into account the primary maritime routes to Spain, it is estimated that, as of 2026, when 100% ETS coverage becomes mandatory, the total additional cost for all vessels entering Spanish ports will amount to approximately €142 million.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> European Commission, "Report from the Commission: Monitoring of the implementation of Directive 2003/87/EC in relation to maritime transport" COM(2025) 110 final.

<sup>28</sup> Sara Blanco, *Régimen de comercio de emisiones (ETS) en el transporte marítimo español, ¿riesgo u oportunidad?* (November 2024) <file:///C:/Users/1054729/Downloads/Regimen-de-comercio-de-emisiones-ETS-en-el-transporte-marítimo-español.pdf> Accessed 1 March 2025, pp 2-3.

This rise in costs is already prompting a rush to find alternatives to avoid or reduce them, which places us in the current risk scenario, considering Spain's geographical proximity to ports in northern Africa, where the EU ETS does not apply. *Figure 4* shows an example of this strategy, replacing the port of Algeciras, which, due to its location in a Member State, is subject to the EU ETS, with the port of Tangier, located in northern Morocco, a country where the EU ETS does not apply.



*Figure 4: Rerouting from Algeciras to Tangier*<sup>29</sup>

Although second paragraph of the art 2.2, of the FuelEU Maritime Regulation and its subsequent Implementing Regulation sought to mitigate this risk by introducing the concept of a "neighbouring container transshipment port", meaning that a transshipment stop at such a port no longer resets the emission counter to zero but instead continues to count from the last non-EU port if the final destination is within the EU, this measure does not fully prevent the diversion from Algeciras in all cases.

For instance, when Algeciras is used solely as a transshipment hub for containers originating from and destined for locations outside the EU, the port loses its appeal. Under the current legal framework, even a brief stop at Algeciras for container transshipment would trigger liability for 50% of the emissions from the incoming leg and 50% of the outgoing leg. In contrast, conducting the same operation in Tangier would incur no such costs. The consequences of this were soon felt when, in January of this year, the shipping company Maersk announced the replacement of the port of Algeciras with that of Tangier (*Figure 5*). This confirms a concern that several Spanish authorities had already predicted and communicated on numerous occasions, and raises concerns in neighboring countries, which are beginning to see the potential catastrophic consequences of this legal gap for their ports, with the resulting impact on job losses and a decline in economic activity, among other serious economic consequences.

<sup>29</sup> Sotiria Lagouvardou, Harilaos N. Psaraftis "Implications of the EU Emissions Trading System (ETS) in European container routes: A carbon leakage study" (2022) <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666822X22000107>> p.12.



Figure 5: LinkedIn post by the Campo de Gibraltar Chamber of Commerce expressing discontent and urging the EU to promote legislative reform.<sup>3031</sup>

## 5.2 The Greek Case: The Flight from Piraeus

Another example would be the case of certain Greek ports, such as Piraeus, which, due to its proximity to Turkish ports like Izmir, also appears to be a potential victim of this substitution trend. Some reports already show a decline in its transshipment activity, which is accompanied by an increase in activity at Turkish ports, such as the aforementioned Izmir.<sup>3233</sup> While some professionals interpret this as a potential consequence of the Israel-Hamas conflict, it is also possible that a major cause is the EU ETS. In any case, the shift to Turkish ports poses a risk<sup>34</sup>. While it is true that Turkey has made statements on how it plans to align its policy with the European emissions trading system in the future<sup>35</sup>, the fact remains that it currently does not have such measures, and there is no

<sup>30</sup>Cámara de Comercio del Campo de Gibraltar, (LinkedIn, February 2025) <[https://www.linkedin.com/posts/camara-comercio-campo-gibraltar\\_maersk-prescinde-de-algeciras-en-favor-de-activity-7284608242276519939-uFeV?utm\\_source=share&utm\\_medium=member\\_desktop&rcm=ACoAAEIXrBoBC3fSp6Ne4FApa2HeKWOGZjsfflg](https://www.linkedin.com/posts/camara-comercio-campo-gibraltar_maersk-prescinde-de-algeciras-en-favor-de-activity-7284608242276519939-uFeV?utm_source=share&utm_medium=member_desktop&rcm=ACoAAEIXrBoBC3fSp6Ne4FApa2HeKWOGZjsfflg)> accessed 6 April 2025.

<sup>31</sup> Translation in Annex 1.

<sup>32</sup>European Commission, "Report from the Commission: Monitoring of the implementation of Directive 2003/87/EC in relation to maritime transport" COM(2025) 110 final.

<sup>33</sup>Levent Akson, 'EU Emissions Trading System and İzmir Port' (Navis Academy, 13 January 2024) <<https://www.navisakademi.com/pages/m-eu-emissions-trading-system-and-izmir-port-154?d=EN>> Accessed 20 March 2025.

<sup>34</sup> Ricardo, *Supporting study for the implementation of the ETS Directive and MRV requirements for maritime transport Report on monitoring the impacts of the EU ETS extension to maritime transport* (March 2025) <[https://climate.ec.europa.eu/document/download/2fe45945-e1ec-4b84-b78b-bd2a50d03478\\_en?filename=Report%20on%20monitoring%20the%20impacts%20of%20the%20EU%20ETS%20extension%20to%20maritime%20transport.pdf](https://climate.ec.europa.eu/document/download/2fe45945-e1ec-4b84-b78b-bd2a50d03478_en?filename=Report%20on%20monitoring%20the%20impacts%20of%20the%20EU%20ETS%20extension%20to%20maritime%20transport.pdf)> accessed 21 March 2025, p.43.

<sup>35</sup>International Carbon Action Partnership, *Turkish Emission Trading System* (2023) <[https://icapcarbonaction.com/system/files/ets\\_pdfs/icap-etsmap-factsheet-66.pdf](https://icapcarbonaction.com/system/files/ets_pdfs/icap-etsmap-factsheet-66.pdf)> Accessed 21 April 2025.

certainty that the measures implemented will not be more lenient than those of the EU system. Therefore, at present, and even in the potential future, certain Turkish ports represent a risk of carbon leakage.



Figure 4: Rerouting from Piraeus to Izmir.<sup>36</sup>

As I mentioned earlier, the legislator has tried to address this gap through Article 2.2, second paragraph of the Fuel EU Regulation, specifying that, by December 31, 2025, the Commission will adopt implementing acts that will establish a list of neighboring transshipment ports, updated every two years. This list would include ports whose share of 20-foot container transshipment exceeds 65% of the total container traffic at the port and that are located outside the European Union but less than 300 nautical miles from a port under the jurisdiction of a Member State. Currently, the aforementioned list has already been published, and it includes the ports of Tangier in Morocco and East Port Said in Egypt, leaving out other Moroccan and Egyptian ports, as well as Turkish, British, and other ports from countries whose risk of being used as an escape route is similarly high, which presents a problem. An illustrative example of the consequences of this issue is found with the company Hapag-Lloyd, which has decided to exclude ports like Barcelona and Marseille from its service connecting the Western Mediterranean with the Red Sea, replacing them with the port of Alexandria in Egypt.<sup>37</sup>

It is important to remember that, due to the time limit requiring a two-year wait before updating the list of ports considered "neighbouring transshipment ports", it is not possible to include new ports once the list has been published, at least not until the stipulated period has passed. That is why this time limit is one of the main problems. As mentioned at the beginning of this dissertation, maritime trade is a sector that has not been regulated as heavily as others, and customs and usual practices still play a strong role. Because of this, lawmakers do not have such a solid background in this area to make bold decisions without a high risk of mistakes. Adopting such rigid rules in a rush can later be very hard to reverse, both in legal terms and in practice. Also, those who are affected by this kind of

<sup>36</sup> Sotiria Lagouvardou, Harilaos N. Psaraftis "Implications of the EU Emissions Trading System (ETS) in European container routes: A carbon leakage study" (2022) <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666822X22000107>> p.7.

<sup>37</sup> Ricardo, *Supporting study for the implementation of the ETS Directive and MRV requirements for maritime transport Report on monitoring the impacts of the EU ETS extension to maritime transport* (March 2025) <[https://climate.ec.europa.eu/document/download/2fe45945-e1ec-4b84-b78b-bd2a50d03478\\_en?filename=Report%20on%20monitoring%20the%20impacts%20of%20the%20EU%20ETS%20extension%20to%20maritime%20transport.pdf](https://climate.ec.europa.eu/document/download/2fe45945-e1ec-4b84-b78b-bd2a50d03478_en?filename=Report%20on%20monitoring%20the%20impacts%20of%20the%20EU%20ETS%20extension%20to%20maritime%20transport.pdf)> accessed 21 March 2025, p.117.

strict and sudden regulation are not likely to accept it without resistance or without trying to find ways to avoid it.

### 5.3 Shift to Non-EU Ports: The UK Case

Leaving the Mediterranean basin aside and moving up to Northern Europe, the same problem is found, mainly in relation to UK ports. In the northern area, there are three non-participating states in the EU ETS that could be concerning: the United Kingdom, Norway, and Iceland. In the case of the latter two, the level of concern is low, since the absence of the system's implementation is merely a temporary and bureaucratic matter that will soon be resolved. Moreover, these countries are not especially attractive if the aim of operating there is to lower the costs linked to greenhouse gas emissions, as they have quite strict policies in this area, often more restrictive than those of the EU. Thanks to this, for example, Norway is, in many respects, leading the way in climate transition.<sup>38</sup>

The United Kingdom, however, does present a significant issue in terms of carbon leakage risk. The country has already expressed its intention not to align with the EU ETS, thereby positioning some of its ports as potential carbon leakage<sup>39</sup> routes for journeys destined for European ports. One example of this is seen in a study<sup>40</sup> that analysed, among other things, the viability of adding a stop at the port of Felixstowe in the UK before reaching the EU as part of a route between East Asia and Northwestern Europe. The study showed that in 18 out of 36 possible scenarios, the costs of avoiding the EU ETS through the UK would be lower than those of actually complying with the system. In other words, the UK poses a risk, not only with the aforementioned port but also with several others, such as Southampton, located 120 miles from Le Havre in France and separated by the English Channel.

In conclusion, the provision in Article 2.2 and the rest of the EU ETS provisions aimed at stopping the shift to ports in third countries do not end up being effective in eliminating the risk of relocation. As has been explained, they do not cover several of the ports that could potentially serve as escape routes for vessels (since out of all the existing ones, only two have been included in the list); and they also do not cover other types of risks, such as potential evasion through transshipments using the hub and spoke model, which will be explained in more detail below, among others.

<sup>38</sup> Norwegian Ministry of Climate and Environment, *Norway's Climate Action Plan for 2021–2030* (2022) <<https://www.regjeringen.no/contentassets/a78ecf5ad2344fa5ae4a394412ef8975/en-gb/pdfs/stm202020210013000engpdfs.pdf>> Accessed 15 March 2025, p.14.

<sup>39</sup> House of Commons, “Net zero and UK shipping” (2024) <<https://committees.parliament.uk/publications/45178/documents/223685/default/>> Accessed 16 March 2025, pp. 55-56.

<sup>40</sup> Jasper Faber and others, *Maritime shipping and EU ETS An assessment of the possibilities to evade ETS costs* (March 2022) <[https://cedelft.eu/wp-content/uploads/sites/2/2022/03/CE\\_Delft\\_210450\\_Maritime\\_Shipping\\_and\\_ETS\\_FINAL\\_v2.pdf](https://cedelft.eu/wp-content/uploads/sites/2/2022/03/CE_Delft_210450_Maritime_Shipping_and_ETS_FINAL_v2.pdf)> Accessed 18 March 2025, pp 9-12.

## 6. Evasive Conduct and Legal Tools for its Control

### 6.1 Container Transshipment to Europe Through Neighbouring Ports Not Listed As “Neighbouring Transshipment Ports”

As it has been previously explained, the main evasion risk exist regarding countries that are geographically close to the european borders, particularly Morocco, Tunis, Egypt and Algeria in the north of Africa (since Libya tends to not be considered as a potential risk due to the unstable situation of the country<sup>41</sup>); regarding the eastern Mediterranean basin, Turkey appears as the main risk in the area; and in the northern area of Europe, United Kingdom stands out as the main risk.

Some viable improvement proposals regarding this specific practice, taking into consideration the actual situation and the risks explained in the previous sections would be the following two:

- FIRST PROPOSAL: Make the formula and criteria established in Article 2.2.b of the FuelEU Regulation more flexible in relation to “neighboring transshipment ports”
- SECOND PROPOSAL: Reduce the waiting time for list updates to be published

#### 6.1.1. First Proposal: Making the Criteria More Flexible

This proposal of relaxing the criteria has the goal of reshaping the requirements for a port to be considered a “neighboring transshipment port”. Currently, the main requirements are: on the one hand, the proximity of 300 miles to a port under a Member State’s jurisdiction, and on the other hand the port must exceed the 65% quota for transshipment of containers longer than 20 feet.

The first one of the requirements does not seem to represent any threat for the sector, given that the main ports that we find as a risk are located within the range that this provision stipulates. In any case, it could be positive to set a mechanism to extend the scope of application if circumstances so require (the “circumstances” being an increase in deviations to other ports without the possibility of being included if there is no modification to this mileage limit).

In contrast to this first requirement, the second one has, in fact, generated controversy, and therefore this dissertation aims to capture the concerns raised by professionals in the sector in this regard, and additionally present proposals, in order to find more viable solutions to the current issue. The problem arises from the fact that the aforementioned provision, in practice, prevents the Commission from acting in response to the growing capacity of non-EU ports, given that they do not exceed the 65% threshold. One of the latest European Commission studies on the risk of evasion

<sup>41</sup>Puertos del Estado, *Study of the effects of EU ETS regulation in the distribution of container traffic in Spanish ports* (December 2022) <[https://piernext.portdebarcelona.cat/wp-content/uploads/2023/02/EU\\_ETTS-Presentacion\\_vfinal.pptx.pdf](https://piernext.portdebarcelona.cat/wp-content/uploads/2023/02/EU_ETTS-Presentacion_vfinal.pptx.pdf)> Accessed 20 March 2025, p.31.



already warned that several non-EU ports, geographically close to the European Union, are making significant investments aimed at increasing their port handling capacities. These ports are estimated to reach capacity thresholds exceeding 14.5 million TEUs, driven by expansion projects affecting facilities such as Nador West Med and Tangier Med in Morocco; Damietta, Alexandria, and Sokhna in Egypt; Qasr Ahmed in Libya; and London Gateway in the United Kingdom<sup>42</sup>. For all these reasons, it is essential to rethink the approach to Article 2.2 of the FuelEU Regulation to avoid forcing inaction on the EU in the face of the development of neighboring ports until they reach a specific threshold for intervention, given that once the routes are lost, it would be much more difficult to bring them back.

Therefore, based on all the above, it would be highly advisable to either reduce or eliminate the currently required percentage. Either option would allow for a shorter reaction time and a more efficient response capacity in the event that ports near the EU increase their capacity, thereby potentially relocating routes.

This alternative seeks to provide the system with greater flexibility and the ability to anticipate problems that the current wording fails to address. While Article 2.2, in its current form, makes sense in the current context (given that almost no port near the European Union meets both established requirements, and those that do have been addressed through the implementing regulation), the maritime market is not static. Significant changes can occur in relatively short periods of time, so an overly rigid provision like this may not adapt to the fluctuations required by practice, becoming more of a hindrance than a tool to curb evasion, as was its original purpose.

### **6.1.2. Second Proposal: Reduce the Waiting Time for List Updates to Be Published.**

This second proposal would involve reducing the time between review periods, which is currently set at two years, according to Article 2.2 of Fuel EU. Maritime fluctuations and trends can change drastically in very short periods of time (in fact, they are already doing so), and in this scenario, it is extremely detrimental to be unable to act due to a provision requiring a two-year wait for new ports to be included on the list. The need for a change in this regard has already been called for by industry associations and professionals.<sup>43</sup>

It is true that a minimum static period should be established to ensure stability for stakeholders and to ensure that ports are not added without the clear forethought that must always precede the implementation of policies or regulations that will impact the economy and maritime trade.

<sup>42</sup> Asociación de Cargadores de España “*En marcha un nuevo estudio para medir el impacto del ETS Marítimo*” (28 February 2025) <<https://www.ace-cargadores.com/2025/02/28/en-marcha-un-nuevo-estudio-para-medir-el-impacto-del-ets-maritimo/>> Accessed 26 March 2025.

<sup>43</sup> K. Kliuyeva, ‘*Joint Letter to DG Clima regarding ETS Maritime, December 2023*’ (European Shippers’ Council, 15 January 2024) <<https://europeanshippers.eu/download/joint-letter-to-dg-clima-regarding-ets-maritime-december-2023/>> accessed 29 April 2025.

However, setting this static period at two years is excessively rigid, considering the fluctuating trends in the sector.

## 6.2 Escape Via the Hub & Spoke Model

### 6.2.1 Explanation and Proposal Analysis

This evasion model is carried out in a more sophisticated manner than the previous one, but it remains relatively easy to identify. The escape via this model would operate as follows: Upon arrival at a non-European transshipment port, for example, Tangier port, a vessel weighing more than 5,000 gross tons would transfer part of its cargo to a smaller vessel to take it to its final destination. Since this second vessel falls outside the scope of the system, as it does not exceed the 5,000 gross ton threshold, the practical result would be a successful evasion of compliance with the system, as no emissions would be paid for the first leg sailed, nor for the second. In this way, even though Tanger is classified as a "neighboring transshipment port," the FuelEU regulation would not apply if the cargo is transferred to a smaller vessel.

That is, the first section of Article 2 of the FuelEU Regulation appears to be contradictory, or at best ambiguous, when compared with the second section of the same article, since Article 2.1 establishes that a vessel is subject to the regulation if it exceeds 5,000 gross tonnes, while Section 2, when establishing the concept of "neighboring transshipment port," does not clarify whether the second vessel to which the cargo is transshipped must also exceed 5,000 gross tonnes. If we understand that it must, then this regulation would open the door to non-compliance through the already explained hub and spoke tactic, since it would be enough to transfer the cargo to smaller vessels to evade compliance; and on the contrary, if we understand that when the large vessel passes cargo to a smaller one in the neighboring transshipment port, that second small vessel, and the voyage it undertakes, would be subject to paying for the emissions generated (that is, if we understand that the counter is not reset to zero even with small vessels), in this case there would be an effective way to prevent the Hub & Spoke strategy from being carried out and a potential risk of leakage would be reduced. In any case, as the article is drafted, the interpretation is ambiguous and can be interpreted in two completely different ways given the lack of specification. Therefore, it would be highly advisable to add a clarification to the article stating the exceptional application of the regulation to smaller vessels only in the event that all or most of their cargo is directly transshipped from a vessel subject to the EU ETS, this is, **implementing a cargo-based solution.**

Considering that vessels under 5,000 gross tons are exempt from surrendering emission allowances, imposing this specification would discourage actors who might want to exploit this loophole, unless they were willing to face consequences that, due to the size of the vessel, would otherwise not apply if they had not attempted to evade the regulation. In conclusion, the proposal to introduce a cargo-based approach offers an alternative with potentially significant positive impact.



### 6.2.2 Compilation of Other Improvements Proposed by Industry Professionals

In response to the concerns raised by stakeholders in the sector, we identify several possible alternatives concerning the 50% emissions payment threshold.

#### 6.2.2.a) *First Alternative:*

One of the alternatives proposed by some stakeholders is to apply lower rates than 50% only for voyages departing from or making port calls to one of the European ports at risk of relocation. Reducing the payment rate for these ports in particular could serve as a corrective measure to level the playing field and prevent the relocation of operations. This reduction of costs would reduce the attractiveness of moving operations outside the European Union and strengthen the competitiveness of ports that, for geographical reasons, face greater difficulties. This strategy would also allow environmental regulations to continue serving their purpose of reducing emissions without compromising the economic and logistical efficiency of the European maritime sector.

Furthermore, differentiation on the percentage applied to emissions costs would help uphold environmental objectives without causing unnecessary harm to certain ports. European ports that are not at risk of losing traffic due to direct competition with unregulated ports could maintain the 50% tariff, ensuring that environmental policy remains effective across the continent without eroding the viability of certain strategic locations.

Ultimately, differentiated regulation would make it possible to combine sustainability and competitiveness, avoiding negative side effects without abandoning the goal of reducing the environmental impact of maritime transport. It is a pragmatic measure that balances economic and ecological interests without weakening Europe's position in global trade.

On the negative side, this approach would potentiate an unequal treatment between certain European ports. However, in the current scenario, we already see unequal treatment between certain routes, the only difference would be that such inequality would now occur among ports all located within Europe, rather than discriminating based on whether ports are inside or outside the EU.

#### 6.2.2.b) *Second Alternative:*

Another proposed alternative, related to the 50% percentage, is for it to apply not only to voyages originating or ending outside the EU, but also to intra-EU voyages. In this way, intra-EU voyages, which currently must pay 100% of emissions, would see their burden reduced. This measure would generate a more equitable treatment, allowing vessels operating exclusively within the European Union to benefit from lower associated costs, thus improving the sector's competitiveness.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Andrey Nabokov, "OPINION of the Committee on Transport and Tourism for the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and Regulation (EU)

The intention behind this would be to guarantee a more equitable system for all maritime operations, preventing vessels operating intra-EU voyages from being at a financial disadvantage compared to those operating on longer routes.

As a positive aspect, this measure will promote equal treatment of routes departing from or arriving at European ports compared to those involving a non-EU port. On the other hand, as a negative aspect, lowering the legislative pressure could potentially affect operators' motivation to adapt vessels and operations to meet new sustainability requirements.

In essence, the proposal seeks to balance costs, alleviate pressure on internal maritime trade, and strengthen the sector's competitiveness without compromising environmental objectives. This is a strategy that could strengthen the economic sustainability of shipping companies and improve connectivity within the EU.

#### *6.2.2.c) Third Alternative*

Finally, it is also worth noting here how some stakeholders have proposed a more radical alternative: temporarily suspending the obligation to pay 50% of emissions until 2030<sup>4546</sup>. As a positive consequence, this moratorium would offer a period of adaptation to the new requirements without the pressure of immediate implementation, facilitating the transition of the sector towards a more sustainable model. That is, it would aim to ensure that European ports can compete on equal terms with those located outside the EU, while developing and integrating technologies that allow them to comply with the established environmental standards.

However, as a negative consequence, this solution would set a precedent that would seriously hinder the definitive implementation of the regulation, as future extensions could be justified under the same argument that the sector is not yet ready. In this way, there would be a risk that the measure would cease to be a transitory solution and become a recurrent obstacle to the progress of environmental policies, prolonging indefinitely the lack of effective regulation on emissions.

### **6.3. Relay Traffic Diversion to Non-EU Ports**

Leaving aside the routes originating from or destined for Europe, the EU ETS also affects routes that both begin and end in non-EU countries but tranship containers at a European port, that is, engage

---

2015/757 (COM(2021)0551 – C9-0318/2021 – 2021/0211(COD))” (10 May 2022) <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TRAN-AD-704649\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TRAN-AD-704649_EN.pdf)> Accessed 20 March 2025.

<sup>45</sup> Jan Nowak, *EU ETS and Relocation of Container Transhipment Activities: Reply from Operaciones Portuarias Canarias S.A. (OPCSA) to the Public Request for Feedback on the Identification of Neighbouring Transhipment Ports Pursuant to the EU ETS Directive* (September 2023) <<https://elmercantil.com/wp-content/uploads/2023/09/Reclamaciones-presentadas-ante-la-Comision-Europea.pdf>> Accessed 24 March 2025, p.10.

<sup>46</sup> Francisco J. Trujillo Ramirez, *EU EMISSION TRADING SYSTEM (ETS) – NEIGHBOURING CONTAINER TRANSHIPMENT PORTS* (September 2023) <<https://elmercantil.com/wp-content/uploads/2023/09/Reclamaciones-presentadas-ante-la-Comision-Europea.pdf>> Accessed 24 March 2025, p.18.

in relay traffic. This type of traffic would also be at risk of relocation to non-EU ports under the current regulation. Relay traffic results from the need for large ships traveling long distances to stop at intermediate ports to transfer containers between ships<sup>47</sup>. In this sense, the FuelEU Regulation would mean that EU ports would no longer be attractive, since, although Europe is neither the final nor the initial destination of the route, ships wishing to tranship goods would have to pay 50% of the emissions for the entire journey before transshipment, as well as 50% of those made afterwards.

### 6.3.1. Three Alternatives for Improvement

Regarding the risk of leakage for vessels engaged in relay traffic, resulting from current legislation, several alternatives could be explored to mitigate unintended consequences.

#### 6.3.1.a) *First Alternative*

One alternative could be to focus on the cargo and reduce or eliminate the obligation to pay for vessels carrying only containers not destined to European ports. As an alternative solution to the issue raised, the current approach could be modified so that, instead of calculating emissions solely based on the origin and destination of the vessel's voyage, the focus would shift to the proportion of containers on board whose origin or destination is within the European Union. In this case, if the vessel carries no containers whose final destination or origin is in the EU, the obligation to pay for half of the emissions generated during the legs before and after transshipment could be reduced or removed, along with the obligation to pay for emissions generated while the vessels are stopped in a European port.

The advantage of this is that it could potentially reduce or eliminate the risk of evasion currently associated with relay traffic vessels, since the mere justification of not transporting goods destined for the EU would suffice to release them from the obligation to pay for the emissions emitted.

The disadvantage would be that, even if these vessels were not bound for European ports, they would be polluting European territory with impunity, given that they would be allowed to pollute while sailing in European waters and tranship goods in European ports without any consequences, something that vessels whose routes have European destinations or origins are not allowed to do without the consequent payment of emission rights. In other words, not only would this create a situation of inequality, but it would also allow emissions in European territory without any compelling justification to tolerate such behaviour. This is not a case where inequality could be seen as a necessary temporary condition for a planned future improvement; rather, it would yield no long-term benefit to justify such a concession. This measure would not encourage change or the adaptation of vessels to less polluting models (which is one of the objectives of this system); it would simply serve as a stopgap to prevent the risk of leakage, without taking into account the negative externalities it may cause. Therefore, this proposal appears more as a short-term patch than as an

---

<sup>47</sup> Ziaul Haque Munim, and others "Transshipment port's competitiveness forecasting using analytic network process modelling" (August 2024) <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0967070X2100216X>> p.1.

effective solution to address the problem, considering the values that led to the implementation of the ETS in the first place, and for this reason, it may not be the most attractive or effective path forward.

#### *6.3.1.b) Second Alternative*

The requirement to pay 50% of the emissions of the pre-transshipment leg and 50% of the emissions of the post-transshipment leg could be replaced by only paying for the emissions generated during the time spent in a European port transshipping cargo from one vessel to another.

In this way, the inequality highlighted in the previous option, between ships operating on European routes and calling at European ports, and those with non-European origins and destinations that also stop in European ports for transshipment (relay traffic), would be mitigated. Furthermore, this approach would reduce the risk of evasion under the current regulation, as vessels engaged in transshipment at European ports would not be subject to the same level of emission allowance costs as they are at present. For instance, a ship originating in New York and bound for Shanghai that stops in Algeciras to tranship goods would only be liable for emissions generated during its stay in that port. Under the current system, it must pay for 50% of the emissions from New York to Algeciras and 50% from Algeciras to Shanghai. The reduction in the risk of evasion in the first scenario, as compared to the second, is evident.

In addition to reducing the risk of evasion, this alternative would also lessen the overall economic burden on shipping companies to bring their ships into compliance with the EU ETS. The cost reduction would allow shipping companies to more effectively meet other obligations under this regulation, such as the requirement to connect to an OPS system starting in 2030. Thus, until 2030, ships would only pay for the emissions generated in EU ports, rather than for the emissions occurring before and after their stops in EU ports. This cost-saving would allow shipping companies to redirect funds towards retrofitting their ships, ensuring that by 2030, they would be fully efficient and sustainable. As a result, they would no longer be required to pay for port emissions, since the connection to an OPS system would eliminate carbon emissions at those ports, which would be the only location where, under this alternative, they would have been liable for emissions.

However, as a negative externality, this solution does not create an egalitarian scenario, since ships benefiting from this exemption would continue to emit pollution while navigating in European waters. Although they would pay for emissions generated in ports (until 2030, after which they would not emit at all due to the OPS connectivity obligation), they would not be held accountable for emissions produced during navigation in European waters. This solution would therefore still not be fully consistent with the values of the emissions trading system, nor would it be equitable for the other ships, which, with destinations and/or origins in European ports, would still be required to pay for each tonne emitted while sailing in European waters (and, in some cases, even during stretches of sailing that are not considered European waters).

### 6.3.1.c) *Third Alternative*

Another option would be to expand the scope of the previous proposal, without making it as economically burdensome as the current system. In other words, the requirement to pay for 50% of the emissions from the pre-transshipment leg and 50% from the post-transshipment leg could be replaced by paying only for the emissions generated during navigation in European waters, as well as those produced during the time spent in a European port transshipping goods from one vessel to another (until 2030). This would be an extension of the previous proposal, adding to the payment for emissions generated in ports of the Member States the obligation to also pay for emissions produced in waters under the jurisdiction of coastal or archipelagic states belonging to the European Economic Area. The key difference with the current system is that this alternative would not consider the entire route from the non-EU port, but only the part of the route carried out in European waters.

The logic behind this alternative is to continue pursuing decarbonisation objectives by limiting the scope to a more reasonable extent, in order to avoid compromising competitiveness and imposing disproportionate demands on sector actors, particularly those operating routes with more distant origins or destinations. In other words, considering that this emissions trading system was created by the European Union, and the charges imposed are always linked to polluting activities carried out within Europe; just as carbon emissions emitted between Taiwan and New Zealand do not fall within the scope of the EU ETS, since they occur far from European territory, it seems reasonable to conclude that the pollution to be controlled should be limited to that occurring on European territory.

At no time is there any intention to question the legality or legitimacy of the EU's authority to establish action models that may affect territories outside its jurisdiction, as has been questioned by many professionals, both in relation to the application of the EU ETS to the maritime system and, previously, in the case of aviation<sup>48</sup>, with the international law principle of 'freedom over the high seas' being cited as a pretext. These arguments have been refuted on several occasions, including by the judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 21 December 2011<sup>49</sup>. Therefore, the legality and legitimacy of the matter will not be discussed further, as they have already been proven, but rather whether, despite their legality and legitimacy, it serves the interests of the European market to implement it.

The truth is that it is impractical for the EU to harm the competitiveness of its own ports by imposing limitations which, although intended to promote a more sustainable and less polluting planet, ultimately result in transferring pollution to other regions. Not only does this fail to achieve the objective of environmental improvement, but it also negatively affects those who implement and support these measures, as they face a generalised loss of competitiveness and attractiveness instead

<sup>48</sup> Laura E. Mullen, *'The European Union overstepping its bounds and borders: the extraterritorial effect of the emissions trading system and its call for multilateral action'* (2013) <<https://doi.org/10.5195/lawreview.2013.299>> Accessed 19 April 2025.

<sup>49</sup> *Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change* [2011] C-366/10.

of realizing or benefiting from positive outcomes. In this sense, it might be more proportional to limit regulations to waters under the jurisdiction of EEA states in order to reduce the levy, while simultaneously applying levy mechanisms for foreign products arriving in Europe (such as CBAM or other initiatives), which are already being implemented. This would prevent any negative impact on the competitiveness of Europe's maritime trade and its ports.

In other words, under this proposal, ships would pay for the pollution they generate when sailing within marine areas subject to the jurisdiction of coastal or archipelagic States belonging to the European Economic Area, i.e. when sailing in their territorial waters or Exclusive Economic Zones, and the EU ETS would not apply in the case of navigation on the high seas. The reason for establishing this limit in the Exclusive Economic Zone is to extend the application of the EU ETS as much as possible, while maintaining the previously stated line of argument, which consists of limiting the scope of application of the system only to Europe and avoiding covering more territory than necessary. Establishing emissions accounting only within the boundaries of EEZ States Parties is consistent with the right of coastal States under Article 56.1.a of the UNCLOS to act to conserve the waters overlying the seabed and the seabed and subsoil, taking into account that the CO<sub>2</sub> emissions released by ships when sailing have negative consequences on the water over which they sail (e.g. acidification of the water, among others).<sup>50</sup>

The solution proposed in this section would avoid the inequality mentioned in the previous sections, as it would treat equally both vessels arriving in or departing from European ports and those on transcontinental routes. This is achieved by taking into account what really matters: that both types of ships sail in European waters. This is positive, as it would be in line with the values and ideology that enhanced the emissions system to a greater extent than the previous alternatives, but it would conflict with the intention to reduce the risk of evasion, as this proposal would increase (compared to the previous ones) the amounts to be paid for sailing in European waters, so that ships would probably try to find ways to delay entering European waters, as well as to stay in European waters for as little time as possible, or even resort to land transport to carry the goods to their destination. Thus, for the feasibility of this proposal, a joint study with intermodal transport would be necessary to assess the viability of this alternative.

However, a positive externality would be that compliance with this measure could not be circumvented by stopping in a non-European port (or it would be pointless to try to do so, given that in the event that the final intention is to arrive in a European port, they will eventually have to sail in areas under the jurisdiction of coastal states and therefore will have to surrender emission allowances).

---

<sup>50</sup> Vladimir Tarakanov, "How Carbon Emissions Acidify Our Ocean" (December 2022) <<https://www.iaea.org/bulletin/how-carbon-emissions-acidify-our-ocean>> Accessed 23 April 2025.

Finally, it is important to remember that in this section we focus on measures to prevent fraud in relay traffic vessels. This refers to large vessels, with a capacity of more than 5000 tonnes, which stop to tranship to other vessels of the same size during long voyages. This clarification is necessary to rule out the idea that fraud can be carried out by transshipping cargo from one vessel to a smaller vessel, as this corresponds to the hub and spoke model, for which proposed improvements have already been presented previously.

### 6.3.2 On the Future Obligation to Connect to OPS

With regard to the three proposals outlined above, it is worth highlighting a key element mentioned in the second one: the obligation, starting in 2030, for ships at berth in European ports to connect to OPS systems.

As explained and illustrated throughout this dissertation, when a regulatory burden becomes excessively heavy, it is foreseeable that those subject to it will seek ways to mitigate its impact. In this case, if shipping companies find an alternative in non-EU ports that allows them to bypass such a burden, this would in practice enable operational evasion and, consequently, reduce the competitiveness of EU ports compared to neighbouring ports not subject to similar requirements. It is therefore essential that the burden imposed on shipping companies, both now and in the future, remains proportionate. The obligation to connect to OPS from 2030 onwards constitutes a significant investment, admittedly a greater one for ports than for shipping companies, but one that still imposes considerable costs on the latter, and should therefore be duly taken into account.

There is limited value in debating the potential loss of competitiveness that may arise from the obligation to connect to OPS systems in EU ports, particularly when compared with nearby ports that do not intend to implement similar systems in the short or even long term. Nonetheless, it is true that many industry professionals have voiced concerns regarding the lack of standardisation in OPS infrastructure across countries, as well as the absence of clear guidelines that would allow for secure and strategic investment in compliance with this upcoming legal requirement.<sup>51</sup> The reason for stating that the usefulness of such a debate is limited lies in the fact that the adaptation of ports to OPS systems is already underway, not only in several EU ports such as Tenerife<sup>52</sup>, Cádiz<sup>53</sup> and Hamburg, but also in non-EU ports such as Bergen<sup>54</sup>, Long Beach<sup>55</sup> and various ports in China<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Maersk Mc-Kinney Møller Center for Zero Carbon Shipping, *The role of onshore power supply in the green transition* (10 May 2024) <<https://www.zerocarbonshipping.com/publications/the-role-of-onshore-power-supply-in-the-green-transition/>> accessed 18 April 2025.

<sup>52</sup> Autoridad portuaria de Santa Cruz de Tenerife, *Reportaje Onshore Power Supply (OPS)* (31 July 2023) <<https://www.youtube.com/watch?v=S0KQzzB4H88>> Accessed 29 April 2025.

<sup>53</sup> Redacción Onda Cádiz RTV, *La Autoridad Portuaria fecha en enero la puesta en marcha del nuevo sistema OPS* (12 December 2024) <[https://www.youtube.com/watch?v=z5\\_7C4IILEI](https://www.youtube.com/watch?v=z5_7C4IILEI)> Accessed 29 April 2025.

<sup>54</sup> The Port of Bergen, *Our offshore docks Offshore vessels at the Port of Bergen* <<https://www.bergenhavn.no/en/docks/offshore>> Accessed 17 April 2025.

<sup>55</sup> World Ports Sustainability Program, *Long Beach* <<https://sustainableworldports.org/ops/ops-installed/long-beach/>> Accessed 17 April 2025

<sup>56</sup> CUI Jiyu, *Requirements for the Use of Shore Power in Chinese Ports* (14 June 2024). <[https://www.piclub.or.jp/wp-content/uploads/2024/06/No.1279\\_China%E4%BC%8DRequirements-for-the-Use-of-Shore-Power-in-Chinese-Ports.pdf](https://www.piclub.or.jp/wp-content/uploads/2024/06/No.1279_China%E4%BC%8DRequirements-for-the-Use-of-Shore-Power-in-Chinese-Ports.pdf)> Accessed 18 April 2025.

The obligation to connect to OPS is becoming inevitable: first, because numerous ports have already adopted or are in the process of adopting this technology, and second, because its effectiveness in reducing greenhouse gas emissions has been clearly demonstrated. This dissertation does not seek to question the environmental value of this measure, nor its long-term benefits, but rather to raise awareness of the short-term financial burden it may represent for shipping companies.

Many shipping companies have already expressed their support for the implementation of these measures<sup>57</sup>, and to some extent this is understandable, since adapting vessels to OPS systems constitutes an investment which, although significant, is made only once. This is arguably why this obligation has not generated as much opposition as the emissions trading scheme, which imposes a recurring cost on every voyage falling within the scope of the surrender obligation.

However, while compliance with the OPS requirement in isolation may not constitute an excessive burden, the real concern arises when it is considered alongside the obligation to surrender CO<sub>2</sub> emission allowances for voyages. The cumulative effect of both regulatory requirements does place a significant financial strain on shipping companies.

This reinforces the relevance of the alternatives proposed in the previous sections, which aim to mitigate regulatory overreach and reduce the overall burden currently borne by vessels. Under the current framework, shipping companies are not only required to make capital investments (which in some cases may amount to millions of euros) to retrofit ships for OPS compliance, but are also subject to continuous increases in operating costs affecting all voyages to, from, or within EU ports.

In conclusion, relaxing or modifying the criteria established under the EU ETS concerning the payment mechanism for CO<sub>2</sub> emissions, as proposed in the previous sections, would significantly reduce the financial burden on shipping companies. This would not only facilitate their focus on adapting vessels to OPS systems, but also help mitigate the risk of relocation to non-EU ports.

## **7. The EU's Counter-Response to Current Issues and The Sector Stakeholder Landscape**

There are several reports and articles that purport to show that the risk of evasion is minimal, given the unprofitability of bearing the associated costs.<sup>58</sup> However, other analyses suggest that when

---

<sup>57</sup> “HPA and Maersk co-operating on onshore power for container ships”, *Hamburg News* (2 August 2024) <<https://hamburg-business.com/en/news/hpa-and-maersk-co-operating-on-onshore-power-for-container-ships>>.

<sup>58</sup> Sofie Defour, Filipe Afonso, *All aboard! Too expensive for ships to evade EU carbon market* (2020) <<https://safety4sea.com/wp-content/uploads/2020/12/TE-All-aboard-Too-expensive-for-ships-to-evade-EU-carbon-market.pdf>> Accessed 20 April 2025.



additional parameters are considered, the conclusions may vary significantly<sup>59,60</sup>, revealing that in many final scenarios, evasion could in fact prove profitable for shipping companies.<sup>61</sup> This is already happening on certain routes mentioned above, as well as others that are expected to be lost in the future if the current policy is fully implemented. In public statements made last December, the President of the Port Authority of Tenerife, which is one of the outermost regions that has raised concerns about the impact this system, as currently designed, is having on the Canary Islands, emphasised that many shipping companies have already informed them of their intention to discontinue port calls should the regulation be fully enforced, meaning when 100% of the emissions must be surrendered.<sup>62</sup>

Although the report<sup>63</sup> published by the Commission last March was presented as a call for calm among industry professionals, the truth is that even within it, deviations from certain routes continue to be observed. In any case, as the report itself admits, it lacks conclusive data in many respects, due to factors such as the impact of the Red Sea crisis on maritime traffic, the limited timeframe for the implementation of the EU ETS in the sector, and data availability<sup>64</sup>. Therefore, any conclusions drawn, whether encouraging or not, must be considered with caution, as the uncertainty surrounding the completeness of the data means that the results may not be conclusive in certain aspects.

## 8. Conclusion

The expansion of the European Union's Emissions Trading System to maritime transport has produced effects that, while contributing to progress in reducing greenhouse gas emissions, have also highlighted significant shortcomings in its design and implementation. In particular, the relocation of port routes and activities to non-EU ports is a reality that, far from being merely theoretical or speculative, has already materialized in specific cases, jeopardizing the competitiveness and stability of European ports.

<sup>59</sup>Javier Garrido, Maurici Hervas, Chiara Saragani, 'El turbulento futuro del transporte marítimo europeo con la ampliación del régimen de emisiones' (PierNext Innovation by Port de Barcelona, 10 February 2023) <<https://piernext.portdebarcelona.cat/economia/el-turbulento-futuro-del-transporte-maritimo-europeo-con-la-ampliacion-del-regimen-de-emisiones/>> Accessed 20 April 2025.

<sup>60</sup> K. Kliuyeva, 'Joint Letter to DG Clima regarding ETS Maritime, December 2023' (European Shippers' Council, 15 January 2024) <<https://europeanshippers.eu/download/joint-letter-to-dg-clima-regarding-ets-maritime-december-2023/>> accessed 29 April 2025, pp 2-4.

<sup>61</sup>Puertos del Estado, *Study of the effects of EU ETS regulation in the distribution of container traffic in Spanish ports* (December 2022) <[https://piernext.portdebarcelona.cat/wp-content/uploads/2023/02/EU\\_ETTS-Presentacion\\_vfinal.pptx.pdf](https://piernext.portdebarcelona.cat/wp-content/uploads/2023/02/EU_ETTS-Presentacion_vfinal.pptx.pdf)> Accessed 20 March 2025.

<sup>62</sup>Gobierno de Canarias, "Canarias traslada a la Comisión Europea propuestas para evitar pérdida de competitividad por la normativa europea" (3 December 2024) <<https://www3.gobiernodecanarias.org/noticias/canarias-traslada-a-la-comision-europea-propuestas-para-evitar-perdida-de-competitividad-por-la-normativa-europea/>> Accessed 1 May 2025.

<sup>63</sup>European Commission, "Report from the Commission: Monitoring of the implementation of Directive 2003/87/EC in relation to maritime transport" COM(2025) 110 final.

<sup>64</sup>Directorate-General for Climate Action, "The Commission adopts two new reports on the implementation of EU ETS in maritime transport and the maritime Monitoring, Reporting and Verification review" (19 March 2025) <[https://climate.ec.europa.eu/news-your-voice/news/commission-adopts-two-new-reports-implementation-eu-ets-maritime-transport-and-maritime-monitoring-2025-03-19\\_en](https://climate.ec.europa.eu/news-your-voice/news/commission-adopts-two-new-reports-implementation-eu-ets-maritime-transport-and-maritime-monitoring-2025-03-19_en)> Accessed 6 May 2025.

While the current provisions are well-intentioned in their goal to mitigate the environmental impact of the maritime sector, they have proven ineffective in preventing the relocation of activities to third-country ports with more lenient or non-existent emissions regulations. This situation not only undermines the effectiveness of the climate objectives pursued but also negatively impacts the EU port economy, affecting strategic sectors and threatening numerous jobs linked to maritime activity.

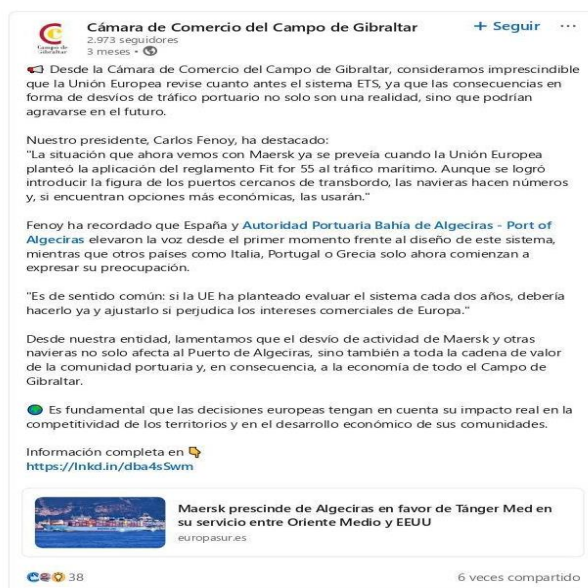
This dissertation has explored some of the solutions proposed by the sector, providing an analysis of their viability, as well as presenting innovative alternatives that are expected to be useful to professionals in the field. The central idea throughout this work has been to maintain a commitment to the principles of sustainability and decarbonization, while also addressing the need to listen to the private sector's concerns, whose satisfaction with the system is crucial for its effective functioning. No matter how good a policy may be, if it is not embraced or followed by the private sector, its effectiveness will be minimal, and the consequences could be significantly negative. For example, overly restrictive conditions can lead to the relocation of shipping routes, causing EU ports to lose revenue and jobs, which ultimately impacts the economy.

Regardless of whether these or other improvements are implemented, it is essential for the European Union to adopt a more dynamic and responsive approach to the signals the sector is sending. Timely legislative adjustments would not only prevent the gradual relocation of maritime operations outside its territory, but also help establish a fairer, more balanced, and more efficient regulatory framework, one capable of achieving climate goals without undermining the competitiveness of European ports. The ecological transition must be accompanied by a regulatory strategy that, in addition to being ambitious, is also pragmatic and adaptable to the realities of the market.

## 9. Appedices

### Annex 1

#### Translation of Figure 5:



*From the Chamber of Commerce of the Campo de Gibraltar, we consider it essential that the European Union urgently reviews the ETS system, as the consequences in the form of diverted port traffic are not only a reality but could worsen in the future. Our president, Carlos Fenoy, emphasized: "The situation we are now seeing with Maersk was already anticipated when the European Union proposed the application of the Fit for 55 regulation to maritime traffic. Although the concept of neighbouring transshipment ports was eventually included, shipping companies do the math, and if they find more cost-effective options, they will use them." Fenoy recalled that Spain and the Port Authority of the Bay of Algeciras – Port of Algeciras raised their concerns from the very beginning regarding the design of this system, while other countries such as Italy, Portugal, or Greece are only now beginning to express their concerns. "It's common sense: if the EU committed to evaluating the system every two years, it should do so now and make adjustments if it harms Europe's commercial interests." From our institution, we regret that the redirection of activity by Maersk and other shipping lines not only affects the Port of Algeciras, but also the entire value chain of the port community and, consequently, the economy of the Campo de Gibraltar as a whole. It is essential that European decisions take into account their real impact on the competitiveness of territories and the economic development of their communities.*

## Bibliography

### 1. International Sources

#### 1.1. Legislation

Commission Implementing Regulation (EU) 2023/2599 of 22 November 2023 laying down rules for the application of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council as regards the administration of shipping companies by administering authorities in respect of a shipping company [2023]

Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union and amending Council Directive 96/61/EC [2003]

Regulation (EU) 2015/757 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on the monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions from maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC [2015]

Regulation (EU) 2023/1805 of the European Parliament and of the Council of 13 September 2023 on the use of renewable and low-carbon fuels in maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC [2023]

#### 1.2. Case Law

Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change [2011] C-366/10.

#### 1.3. Reports

Blanco S. , Régimen de comercio de emisiones (ETS) en el transporte marítimo español, ¿riesgo u oportunidad? (November 2024) <file:///C:/Users/1054729/Downloads/Regimen-de-comercio-de-emisiones-ETS-en-el-transporte-maritimo-espanol.pdf> Accessed 1 March 2025.

CUI Jiyu, Requirements for the Use of Shore Power in Chinese Ports (14 June 2024). <[https://www.piclub.or.jp/wp-content/uploads/2024/06/No.1279\\_China%E7%BC%8DRequirements-for-the-Use-of-Shore-Power-in-Chinese-Ports.pdf](https://www.piclub.or.jp/wp-content/uploads/2024/06/No.1279_China%E7%BC%8DRequirements-for-the-Use-of-Shore-Power-in-Chinese-Ports.pdf)> Accessed 18 April 2025.

Defour S. , Afonso F., All aboard! Too expensive for ships to evade EU carbon market (2020) <<https://safety4sea.com/wp-content/uploads/2020/12/TE-All-aboard-Too-expensive-for-ships-to-evade-EU-carbon-market.pdf>> Accessed 20 April 2025.

European Commission Directorate-General for Climate Action, Directorate B – Carbon Markets & Clean Mobility, Unit B.4, ‘Guidance Document The EU ETS and MRV Maritime General guidance

for shipping companies Guidance document No. 1' (2024)  
 <[https://climate.ec.europa.eu/document/download/31875b4f-39b9-4cde-a4e2-fbb8f65ee703\\_en?filename=policy\\_transport\\_shipping\\_gd1\\_maritime\\_en.pdf](https://climate.ec.europa.eu/document/download/31875b4f-39b9-4cde-a4e2-fbb8f65ee703_en?filename=policy_transport_shipping_gd1_maritime_en.pdf)> Accessed 5 February 2025.

European Commission, "Report from the Commission: Monitoring of the implementation of Directive 2003/87/EC in relation to maritime transport" COM(2025) 110 final.

European Court of Auditors, Special Report 18/2020: The EU's Emissions Trading System: free allocation of allowances needed better targeting (2020)  
 <[https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR20\\_18/SR\\_EU-ETS\\_EN.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR20_18/SR_EU-ETS_EN.pdf)> Accessed 12 May 2025.

Faber J. and others, Maritime shipping and EU ETS An assessment of the possibilities to evade ETS costs (March 2022) <[https://cedelft.eu/wp-content/uploads/sites/2/2022/03/CE\\_Delft\\_210450\\_Maritime\\_Shipping\\_and\\_ETS\\_FINAL\\_v2.pdf](https://cedelft.eu/wp-content/uploads/sites/2/2022/03/CE_Delft_210450_Maritime_Shipping_and_ETS_FINAL_v2.pdf)> Accessed 18 March 2025.

House of Commons, "Net zero and UK shipping" (2024)  
 <<https://committees.parliament.uk/publications/45178/documents/223685/default/>> Accessed 16 March 2025.

Lee H. and others, Climate Change 2023 Synthesis Report (2023)  
 <[https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_SYR\\_FullVolume.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_FullVolume.pdf)> Accessed 14 February 2025.

Nabokov A., 'OPINION of the Committee on Transport and Tourism for the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and Regulation (EU) 2015/757 (COM(2021)0551 – C9-0318/2021 – 2021/0211(COD))' (10 May 2022) <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TRAN-AD-704649\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TRAN-AD-704649_EN.pdf)> Accessed 20 March 2025.

Nippon K. , FAQs on the EU-ETS for shipping [edition 2.1] (2024)  
 <[https://www.classnk.or.jp/hp/pdf/authentication/eumrv/EUETS\\_faq\\_2.1\\_e.pdf](https://www.classnk.or.jp/hp/pdf/authentication/eumrv/EUETS_faq_2.1_e.pdf)> Accessed 14 March 2025.

Norwegian Ministry of Climate and Environment, Norway's Climate Action Plan for 2021–2030 (2022) <<https://www.regjeringen.no/contentassets/a78ecf5ad2344fa5ae4a394412ef8975/en-gb/pdfs/stm202020210013000engpdfs.pdf>> Accessed 15 March 2025.

Phylipsen D. and others, “HARMONISATION OF ALLOCATION METHODOLOGIES Report under the project, Review of EU Emissions Trading Scheme” (2006) <[https://climate.ec.europa.eu/system/files/2016-11/harmonisation\\_en\\_0.pdf](https://climate.ec.europa.eu/system/files/2016-11/harmonisation_en_0.pdf)> Accessed 19 January 2025.

Ricardo, Supporting study for the implementation of the ETS Directive and MRV requirements for maritime transport Report on monitoring the impacts of the EU ETS extension to maritime transport (March 2025) <[https://climate.ec.europa.eu/document/download/2fe45945-e1ec-4b84-b78b-bd2a50d03478\\_en?filename=Report%20on%20monitoring%20the%20impacts%20of%20the%20EU%20ETS%20extension%20to%20maritime%20transport.pdf](https://climate.ec.europa.eu/document/download/2fe45945-e1ec-4b84-b78b-bd2a50d03478_en?filename=Report%20on%20monitoring%20the%20impacts%20of%20the%20EU%20ETS%20extension%20to%20maritime%20transport.pdf)> Accessed 21 March 2025.

#### **1.4. Webpages and Blogs**

Akson L. , “EU Emissions Trading System and Izmir Port” (Navis Academy, 13 January 2024) <<https://www.navisakademi.com/pages/m-eu-emissions-trading-system-and-izmir-port-154?d=EN>> Accessed 20 March 2025.

Council of the European Union, ‘Fit for 55: increasing the uptake of greener fuels in the aviation and maritime sectors’ (2023) <<https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/fit-for-55-refueleu-and-fueleu/>> Accessed 17 March 2025.

Dellebeke E. Important update on the EU Emissions Trading System (EU ETS)’ (Weclines, 2025) <<https://weclines.com/news/important-update-on-the-eu-emissions-trading-system-eu-ets/>> Accessed 19 January 2025.

Directorate-General for Climate Action, “The Commission adopts two new reports on the implementation of EU ETS in maritime transport and the maritime Monitoring, Reporting and Verification review” (19 March 2025) <[https://climate.ec.europa.eu/news-your-voice/news/commission-adopts-two-new-reports-implementation-eu-ets-maritime-transport-and-maritime-monitoring-2025-03-19\\_en](https://climate.ec.europa.eu/news-your-voice/news/commission-adopts-two-new-reports-implementation-eu-ets-maritime-transport-and-maritime-monitoring-2025-03-19_en)> Accessed 6 May 2025.

Directorate-General for Environment, ‘Ensuring that polluters pay - toolkit’ (European Commission) <[https://environment.ec.europa.eu/economy-and-finance/ensuring-polluters-pay\\_en](https://environment.ec.europa.eu/economy-and-finance/ensuring-polluters-pay_en)> Accessed 1 February 2025.

Inge D. ‘FuelEU delayed in Norway’ (Norwegian Maritime Authority, 16 December 2024) <[https://www.sdir.no/en/news/FuelEu\\_delayed\\_in\\_Norway/](https://www.sdir.no/en/news/FuelEu_delayed_in_Norway/)> Accessed 18 January 2025.

International Carbon Action Partnership, Turkish Emission Trading System (2023) <[https://icapcarbonaction.com/system/files/ets\\_pdfs/icap-etsmap-factsheet-66.pdf](https://icapcarbonaction.com/system/files/ets_pdfs/icap-etsmap-factsheet-66.pdf)> Accessed 21 April 2025.

Maersk Mc-Kinney Møller Center for Zero Carbon Shipping, 'The role of onshore power supply in the green transition' (10 May 2024) <<https://www.zerocarbonshipping.com/publications/the-role-of-onshore-power-supply-in-the-green-transition/>> Accessed 18 April 2025.

Tarakanov V. , "How Carbon Emissions Acidify Our Ocean" (December 2022) <<https://www.iaea.org/bulletin/how-carbon-emissions-acidify-our-ocean>> Accessed 23 April 2025.

The Port of Bergen, "Our offshore docks Offshore vessels at the Port of Bergen" <<https://www.bergenhavn.no/en/docks/offshore>> Accessed 17 April 2025.

United Nations Conference on Trade and Development, '2024 Review of maritime transport, Navigating maritime chokepoints' (October 2024) <<https://unctad.org/publication/review-maritime-transport-2024>> Accessed 17 January 2025.

World Ports Sustainability Program, "Long Beach" <<https://sustainableworldports.org/ops/ops-installed/long-beach/>> Accessed 17 April 2025.

### **1.1.5 Personal Communications**

Kliuyeva K., 'Joint Letter to DG Clima regarding ETS Maritime, December 2023' (European Shippers' Council, 15 January 2024) <<https://europeanshippers.eu/download/joint-letter-to-dg-clima-regarding-ets-maritime-december-2023/>> Accessed 29 April 2025.

## **1.5. Newspaper and Journal Articles**

E. Mullen L. , 'The European Union overstepping its bounds and borders: the extraterritorial effect of the emissions trading system and its call for multilateral action' (2013) <<https://doi.org/10.5195/lawreview.2013.299>>.

Haque Munim Z. , and others "Transshipment port's competitiveness forecasting using analytic network process modelling" (August 2024) <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0967070X2100216X>>.

"HPA and Maersk co-operating on onshore power for container ships", Hamburg News (2 August 2024) <<https://hamburg-business.com/en/news/hpa-and-maersk-co-operating-on-onshore-power-for-container-ships>>.

Lagouvardou S., "Implications of the EU Emissions Trading System (ETS) in European container routes: A carbon leakage study" (2022) <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666822X22000107>>.

Martin R. “Law as a tool of social engineering”, Indian Journal of Integrated Research in Law, (March 2025) <<https://ijirl.com/wp-content/uploads/2025/03/LAW-AS-A-TOOL-OF-SOCIAL-ENGINEERING.pdf>>.

Wang M., Kuusi T. , ‘Trade flows, carbon leakage, and the EU Emissions Trading System’ (June 2024) <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140988324002640>>.

## **2. National Sources**

### **2.1. Reports**

Puertos del Estado, Study of the effects of EU ETS regulation in the distribution of container traffic in Spanish ports (December 2022) <[https://piernext.portdebarcelona.cat/wp-content/uploads/2023/02/EU\\_ETS-Presentacion\\_vfinal.pptx.pdf](https://piernext.portdebarcelona.cat/wp-content/uploads/2023/02/EU_ETS-Presentacion_vfinal.pptx.pdf)> Accessed 20 March 2025.

### **2.2. Webpages and Blogs**

Asociación de Cargadores de España “En marcha un nuevo estudio para medir el impacto del ETS Marítimo” (28 February 2025) <<https://www.ace-cargadores.com/2025/02/28/en-marcha-un-nuevo-estudio-para-medir-el-impacto-del-ets-maritimo/>> Accessed 26 March 2025.

Garrido J. , Hervás M. , Saragani C. , ‘El turbulento futuro del transporte marítimo europeo con la ampliación del régimen de emisiones’ (PierNext Innovation by Port de Barcelona, 10 February 2023) <<https://piernext.portdebarcelona.cat/economia/el-turbulento-futuro-del-transporte-maritimo-europeo-con-la-ampliacion-del-regimen-de-emisiones/>> Accessed 20 April 2025.

Gobierno de Canarias, “Canarias traslada a la Comisión Europea propuestas para evitar pérdida de competitividad por la normativa europea” (3 December 2024) <<https://www3.gobiernodecanarias.org/noticias/canarias-traslada-a-la-comision-europea-propuestas-para-evitar-perdida-de-competitividad-por-la-normativa-europea/>> Accessed 1 May 2025.

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, “Subasta de derechos de emisión” <<https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/comercio-de-derechos-de-emision/subasta.html>> Accessed 20 January 2025.

### **2.3. Theses**

Campos Gámez I. “Análisis de eficiencia del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea y comparación con el mercado de California-Quebec” (Final Degree Dissertation, Pontificia de Comillas University, 2022) <<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/56685/TFG%20-%20Campos%20Gamez%2c%20Ines.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.



## 2.4. Personal Communications

J. Trujillo Ramirez F. , EU EMISSION TRADING SYSTEM ( ETS) – NEIGHBOURING CONTAINER TRANSHIPMENT PORTS (September 2023) <<https://elmercantil.com/wp-content/uploads/2023/09/Reclamaciones-presentadas-ante-la-Comision-Europea.pdf>> Accessed 24 March 2025.

Nowak J. , *EU ETS and Relocation of Container Transhipment Activities: Reply from Operaciones Portuarias Canarias S.A. (OPCSA) to the Public Request for Feedback on the Identification of Neighbouring Transhipment Ports Pursuant to the EU ETS Directive* (September 2023) <<https://elmercantil.com/wp-content/uploads/2023/09/Reclamaciones-presentadas-ante-la-Comision-Europea.pdf>> Accessed 24 March 2025.

## 2.5. Social Media

Autoridad portuaria de Santa Cruz de Tenerife, “Reportaje Onshore Power Supply (OPS)” (31 July 2023) <<https://www.youtube.com/watch?v=S0KQzzB4H88>> Accessed 29 April 2025.

Cámara de Comercio del Campo de Gibraltar, (Linkedin, February 2025) <[https://www.linkedin.com/posts/camara-comercio-campo-gibraltar\\_maersk-prescinde-de-algeciras-en-favor-de-activity-7284608242276519939-uFeV?utm\\_source=share&utm\\_medium=member\\_desktop&rcm=ACoAAEIXrBoBC3fSp6Ne4FApa2HeKWozGZjsffJg](https://www.linkedin.com/posts/camara-comercio-campo-gibraltar_maersk-prescinde-de-algeciras-en-favor-de-activity-7284608242276519939-uFeV?utm_source=share&utm_medium=member_desktop&rcm=ACoAAEIXrBoBC3fSp6Ne4FApa2HeKWozGZjsffJg)> Accessed 6 April 2025.

Redacción Onda Cádiz RTV, “La Autoridad Portuaria fecha en enero la puesta en marcha del nuevo sistema OPS” (12 December 2024) <[https://www.youtube.com/watch?v=z5\\_7C4IILEI](https://www.youtube.com/watch?v=z5_7C4IILEI)> Accessed 29 April 2025).

# Legal Discourse as Constructor of Realities: A Theoretical Approach to the Symbolic Power of Law

*Giovanna Migliori Semeraro<sup>1</sup>*

*The Mario Henrique Simonsen Teaching and Research Scholarship (FGV-SP) and the CAPES-PROSUP Scholarship supported this article.*

## Abstract

The article explores how law symbolically shapes reality, drawing on Pierre Bourdieu's theoretical perspective. It is a literature review combined with a theoretical reflection, examining law's possibilities and limitations as a tool for social change. The argument is that the mere act of the State categorizing individuals, groups, or events through legal means influences how society perceives and imagines reality. This influence stems from the symbolic authority the State has built up over time, which allows its legal declarations to appear objective and universal— even when they reflect specific interests. Considering this power of law to structure meaning, various actors compete to define legal narratives. However, significant imbalances mark these struggles: those with greater political and economic resources have easier access to spaces where legal norms are produced, such as legislatures and courts. Nevertheless, if able to navigate and succeed in this challenging legal arena, marginalized groups can harness the law to legitimize their own values and perspectives.

**Keywords:** power of nomination; Bourdieu; symbolic power; symbolic violence; social movements.

## Resumen

El artículo explora cómo el derecho configura simbólicamente la realidad, basándose en la perspectiva teórica de Pierre Bourdieu. Se trata de una revisión bibliográfica combinada con una reflexión teórica, en la que se examinan las posibilidades y limitaciones del derecho como herramienta para el cambio social. El argumento es que el mero hecho de que el Estado categorice a individuos, grupos o acontecimientos a través de medios legales influye en cómo la sociedad percibe e imagina la realidad. Esta influencia se deriva de la autoridad simbólica que el Estado ha construido a lo largo del tiempo, lo que permite que sus declaraciones legales parezcan objetivas y universales, incluso cuando reflejan intereses específicos. Teniendo en cuenta este poder del Derecho para estructurar significados,

---

<sup>1</sup>PhD candidate in Law and Development, with an emphasis on Democratic State Institutions, at the Getúlio Vargas Foundation Law School in São Paulo (FGV-SP), recipient of the Mário Henrique Simonsen Teaching and Research Scholarship (FGV) and the CAPES-PROSUP scholarship. Master's in Philosophy and General Theory of Law from the University of São Paulo (2017). Graduated in Law from the Pontifical Catholic University of São Paulo (2012). Master's thesis supervisor for the Master's program in State, Government, and Public Policy at the Latin American Faculty of Social Sciences (FLACSO-BRASIL). Professor at Santo Amaro University (UNISA-SP).

diversos actores compiten por definir las narrativas jurídicas. Sin embargo, estas luchas están marcadas por importantes desequilibrios: aquellos con mayores recursos políticos y económicos tienen un acceso más fácil a los espacios donde se producen las normas jurídicas, como las legislaturas y los tribunales. No obstante, si son capaces de navegar y triunfar en este difícil escenario jurídico, los grupos marginados pueden aprovechar la ley para legitimar sus propios valores y perspectivas.

**Palabras clave:** poder de nominación; Bourdieu; poder simbólico; violencia simbólica; movimientos sociales.

## Introduction

As a communicative expression of the State, law can generate tangible and immediate effects that directly impact the material world—such as imprisonment, freezing bank accounts, or restricting individuals from crossing borders. However, legal declarations also produce broader and more profound effects beyond those directly involved. There is a dimension of law that actively shapes how the world is perceived.

A mere act of the State, through the legal system, carries effects that reshape how society perceives individuals and objects: designating an individual as a victim, defendant, debtor, or creditor; labeling a piece of land as belonging to Brazil or Argentina; or defining an action as either criminal or honorable. Law actively constructs reality by providing the socially recognized and legitimate interpretation of people, groups, and events.

This statement is based on the theoretical assumption that there is no raw reality, a given, external, and immovable object accessible to everyone equally. Reality is interpreted in different ways based on broad previous repertoires of social classification. Some occurrences are considered ordinary, others utterly unacceptable, while others are so unspeakable that they fall outside the realm of possibility altogether.

This article aims to investigate the cognitive-structuring effects of the legal act of naming, using Pierre Bourdieu's writings as a theoretical framework. Based on bibliographical research, I intend to analyze the concrete impact of law beyond the direct application of violence to reflect on the role of law in shaping and transforming reality.

The problem relates to the classic question of command and obedience, which has been central to political theory since the 16th century with Hobbes: how is it possible for political domination to become established, stabilized, and naturalized?<sup>2</sup> For Pierre Bourdieu, at least part of the explanation lies in the mechanisms of symbolic violence, which lead the dominated to observe the world through the lenses of the dominant through systems of social classifications.

The issue is also related to the age-old dilemma of trying to transform the world by correcting inequalities through the law. The fight for the law is part of the repertoire of battles by social movements, for example. At this point, I hope the following reflections can help us think about law as an instrument of social transformation.

In the first section, I investigate how truth reality is produced through the law and, more precisely, the effect of state classifications on the social imaginary. In the second section, I investigate the disputes for the law that result on these classifications. Finally, I conclude.

---

<sup>2</sup> Luis Felipe Miguel. Bourdieu e o “pessimismo da razão”. *Tempo Social*, 27 (2015).

## 1. Production of Truth Reality Through State Classifications

According to Bourdieu<sup>3</sup>, 'words construct reality.' Although this statement may be controversial in the physical world, it is strongly true in the social sphere. Symbolic power, in Bourdieu's terms, is power 'to construct reality'<sup>4</sup>: what is socially considered fair or unfair, natural, inappropriate or unthinkable is given by a set of symbolic powers, which reproduces values and principles of interaction.

Various socializing instances determine how reality is perceived: the educational system, family, Church, media, art, law, etc. Each one represents its own symbolic field, and together, they make it possible for social subjects to understand each other to the point where social life becomes possible. Symbols are instruments of social integration, knowledge, and communication, enabling social order to reproduce.<sup>5</sup>

The State is a central organizing body representing a vector for society's logical and moral unification.<sup>6</sup> That means it is the main instance that allows people to agree on the same categories of thought, perception, and values. For conflict itself to be possible, there would have to be a certain agreement on ways of expressing disagreement.

The modern State, for Bourdieu, would result from a progressive historical construction of a series of symbolic fields - legal, administrative, parliamentary, etc.<sup>7</sup> Bourdieu supports the thesis of the State as a progressive constitution of a set of fields - legal, administrative, scholarly, parliamentary - each of which is a space for specific battles, one competing with the other. The State is a reserve of symbolic resources, both an instrument of power for agents and an object of fighting between these agents<sup>8</sup>. It was only because of this extraordinary accumulation of symbolic capital in the State that the robust theoretical construction of the state monopoly of symbolic violence that Weber<sup>9</sup> spoke about was possible and which allowed this entity alone to exercise the only violence seen as socially desirable.

Bourdieu sees the State as a producer of classification principles, that is, as an institution of structures applicable to things in the world, particularly social things.<sup>10</sup> It is one of several instances that produce such principles, but one of the most important. Law is thus one of the instances that support a specific imaginary about the world.<sup>11</sup>

The State has the power to name events to provide interpretations that shape reality. The symbolic power contained in State acts, in its ability to base the cognitive structures on which reality is

---

<sup>3</sup> Pierre Bourdieu, *Sobre o Estado: Cursos no Collège de France* (Companhia das Letras 2014).

<sup>4</sup> Pierre Bourdieu, *O Poder Simbólico* (Bertrand 1989).

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Bourdieu, *Sobre o Estado*.

<sup>7</sup> Ibid 25.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Max Weber, *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. (Ed. Universidade de Brasília 2009).

<sup>10</sup> Bourdieu, *O Poder Simbólico*.

<sup>11</sup> Ibid.

thought, has a kind of magic to it.<sup>12</sup> State acts are magical because they are highly efficient illusions that produce concrete effects by producing obedience.

A simple example is the border: by declaring it, the State creates a reality - that a particular piece of land corresponds to Argentina and another to Brazil. The same can be said of a 'person': through a mere institutional declaration, someone is created out of nothing (in the case of the legal person), or, on the contrary, the status of a person is taken away from some human beings (as there are historical examples of enslaved black people whose status of a person was not stately conferred on them). As far as the law is concerned, the simple institutional act of declaring something already creates it.

These classifications establish social hierarchies, concretizing the mental structures that establish them.<sup>13</sup> In this theoretical framework, the State cannot be considered a mere instance of legitimizing a particular social order through 'propaganda' -type actions but rather an instance properly constitutive of the social world, structuring reality itself. It is, therefore, more than just a discourse of legitimization—the State structures the social order.<sup>14</sup>

Let's take another example: the state act of appointing a magistrate. In an act of state consecration, a subject becomes endowed with extraordinary social power. The status of the magistrate projects onto this subject a series of moral characteristics from which society will see him and how he will see himself as virtuous, integrity, worthy of honors, and a great expert on the social order.<sup>15</sup> With the State consecrating the subject as a magistrate, their word becomes filled with authority, and their will becomes part of the normative dimension. For a person to be consecrated as the representative of a community is to convince they speak for them, and on behalf of society.<sup>16</sup>

Law is the main language used The language used by the State is law. No wonder: law, after all, is the form par excellence of legitimate discourse.<sup>17</sup> Law can neutralize and universalize its content in its supposedly impartial scientific discourse. It speaks simultaneously for the Whole and the Just, telling the social group what the group itself thinks when it no longer knows what to think - a group that, in turn, exists precisely because the State speaks on its behalf.<sup>18</sup> Through the symbolic effectiveness of coherence and rationality, the legal system can position itself as neutral, impartial, and universal - and the whole legal mystique is based on this. By participating in the architecture of the social world, the law, through the strategy of universalization, enshrines a particular scheme as an established order.

At this point, Bourdieu points out the power of prosopopoeia, the act of attributing a personal nature to something inanimate: 'Justice dictates...'; 'the people clamor...'; 'the Republic asks that...'.

<sup>12</sup> Felipe Araujo Castro, A força do direito: roteiros de pesquisa em sociologia do campo jurídico, *Revista Brasileira De Estudos Políticos* (2020, 120).

<sup>13</sup> Bourdieu, *Sobre o Estado*.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Castro, *A força do Direito*.

<sup>16</sup> Bourdieu, *Sobre o Estado*, 67.

<sup>17</sup> Bourdieu, *O Poder Simbólico*.

<sup>18</sup> Bourdieu, *Sobre o Estado*, 82.

<sup>19</sup> It is the rhetorical figure of official discourse, which transports singular discourse to the universal and the divine, bringing about consensus: 'the official man is a ventriloquist who speaks on behalf of the state'.<sup>20</sup>

Jurists, then, have a capital of words and concepts that contributes to this construction of reality: when it comes to law, often having the word is already doing the thing. The capital of words, solutions to difficult situations, is also a capital of valid experiences, of experiences socially recognized by the legal rite.<sup>21</sup> It is also a capital of organizational techniques: techniques of systems and standardized, socially validated procedures for solving problems. Law can provide prepared, tried and tested, codified, supposedly universally accepted solutions, and its rite makes it possible to avoid improvisation.<sup>22</sup> 'Objective' criteria - precisely those learned jurists know - are used as weapons in symbolic battles for knowledge. What Bourdieu refers to as 'scientific mythologies'<sup>23</sup> can produce their verification in a self-referential legal system.

This act of sacramentalising concepts through the legal procedure is secularizing a theological institution. The State is the center of what Bourdieu refers to as a 'civil religion,' and the nation would be an imaginary incarnation of a people, resting on what the people have in common: language, history, values, etc. In the same sense, the rites of legal consecration - such as the appointment of a magistrate or the creation of a legal entity - are religious ceremonies transported to the political sphere in the sense that they make people believe in a higher, legitimate, and universal, foundation for consecration.<sup>24</sup>

Law, therefore, has the effect of neutralizing content, as if natural, in the constitution of a collective 'this-is-obvious'.<sup>25</sup> It can make people forget that everything has already been the subject of dispute, from the Traffic Code to the Penal Code. Notions such as borders, grammatical rules, and legal persons are not questioned. They exist because they have been stately declared. The State, therefore, through the 'official truth' of law, can reinforce one point of view among others about the social world. And to do so, it must make people believe that it is not a point of view itself.<sup>26</sup>

Thus, each State's classification was the subject of prior dispute. At the very origin of the State, there remains an infinity of disputes. This entity could impose itself historically as obvious, a reality necessary for today's social formation, as if a different reality were impossible. The ideal assumptions put forward by this myriad of socializing bodies, including the State, are gradually inculcated, incorporated, and made obvious as if the possibility of a different reality did not even exist – it does

---

<sup>19</sup> Ibid 100.

<sup>20</sup> Ibid 110.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Bourdieu, *O Poder Simbólico*, 120.

<sup>24</sup> Bourdieu, *Sobre o Estado*, 103.

<sup>25</sup> Ibid 231.

<sup>26</sup> Ibid 61.

not even make sense to imagine a world without borders or legal entities. Very arbitrary things become natural: "History closes the range of possibilities at every moment".<sup>27</sup>

Through law, the State can incorporate and sponsor values, inculcating ideologies and identities and reinforcing them in society.<sup>28</sup> The process of universalization implies, precisely, the generalization of very particular experiences, making them unrecognizable as such. It is to make us forget the historical conditions that produced a certain legal concept and that concepts have their historical origin in complex social contexts full of disputes. It is to make it seem, in short, that adherence to these concepts is a natural necessity.<sup>29</sup>

However, such a powerful symbolic effect of law depends on legal discourse being recognized, with most of the arbitrariness behind its engineering remaining unknown or at least considered irrelevant. This social recognition relies on the perception of disinterest of legal agents, who must show themselves capable of relating disinterestedly and technically to social issues. However, the myth of scientific neutrality, including that of legal science, has long since ceased to hold up.<sup>30</sup>

Therefore, the legal nomination power can influence and transform the world. It must be considered, however, that such power is not automatic: the statement that there is an effect in a legal declaration does not mean an immediate transformation from it. Oppressions against marginalized groups, for example, are deeply socially rooted practices with abundant symbolic support. After all, objective power relations tend to reproduce themselves in the views of the social world that contribute to their permanence.<sup>31</sup>

## 2. Battles for Law

If the law consecrates a social order, several agents fight for the possibility of giving it content, aware of the powerful effect of consecration provided by the legal system to the worldviews it adopts. As an instance that creates reality, the law is also a terrain of fierce confrontations between individuals, groups, and classes.<sup>32</sup>

The legal text, therefore, is not a direct result of the will of an individual or class but instead of a complex field of forces full of antagonistic and complementary interests, in which, based on the different positions of its occupants, the legal positions are continually defined.<sup>33</sup> In the end, the product of the formalization of legal concepts corresponds to the social interests of those who obtained supremacy in the internal competition in the field.<sup>34</sup> Such fields of production of law

---

<sup>27</sup> Ibid 167.

<sup>28</sup> Mario Henrique Ponzilacqua, A sociologia do campo jurídico de Bourdieu e Dezalay. *Revista Direito e Praxis* vol 9 n1 (2018) pp. 226- 249.

<sup>29</sup> Bourdieu's work concerns the internalization of such concepts in the "doxa," an enunciated truth. Doxa evokes the social conditions of the production of enunciations and is related to the universalization of truths. Doxa is, then, that which all agents agree on, whether consciously or not; it is that which is considered "just like that."

<sup>30</sup> Louis Pinto. *Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social*. (FGV 2000).

<sup>31</sup> Bourdieu, *O Poder Simbólico*.

<sup>32</sup> Rodrigo G Azevedo. A força do direito e a violência das formas jurídicas. *Revista de Sociologia Política* v. 19 n 40 (2011) pp. 27-41.

<sup>33</sup> Bourdieu, *O Poder Simbólico*.

<sup>34</sup> Ponzilacqua, *A sociologia do campo jurídico de Bourdieu e Dezalay*.



represent, in this sense, a microcosm of the symbolic struggle between classes – which occurs, however, according to the internal rules of the field itself.

I am talking about at least two fields of law production: the legislative field, which produces the discourses that will become legal norms, and the legal field itself, whose product is the legal decision in concreto. These fields are similar in their results of legal production: the discourses of the legal system are the product of struggles in both fields.

In both fields, the acquisition of symbolic capital by entrants depends on the logic of investiture.<sup>35</sup> In the case of the authority of a parliamentarian, it depends on the institution's magical act by which the party officially consecrates the official candidate for an election and, later, the State's magical act of possession, which marks the transmission of political capital to the subject as if he were the representative of an entire nation. Something similar occurs in the investiture of a magistrate: once invested in his position, he is considered the authority that speaks for the legal system.

Of course, these are different fields that operate according to their own logic, practices, and values. The legislative field operates through openly political instruments, dispensing with the neutrality and scientific nature central to the legal field. This statement does not mean that scientific discourse is not occasionally politically mobilized: the symbolic force of scientific discourse can, and often is, be used in the field (for example, legislative impact studies).

In the political field, the struggle to win the support of citizens (votes) is also a struggle to maintain or subvert power distribution over public institutions. The agents of these struggles are mainly political parties, leading to a sublimated form of civil war.<sup>36</sup>

One of the products of the legislative field is the normative text, which, once it has passed through the political rite, becomes part of the legal system - including its effects of neutrality and scientificity, discussed in the previous section. Therefore, the official, magical act of transforming the legislative text into a legal norm (promulgation of the norm) is located in the moment of the text's investiture and its legal-systemic effects, sublimating the entire process of intense political struggle preceding it. The norm appears as a depersonalized imperative, a command in which the commander is not identified.

At this point, the dogmatic practice of the legal field complements the framework of sublimation of previous struggles. The legal system depends on the premise that the norm must be taken non-problematically to enable decisions in specific cases. Legal dogmatics, which, according to Ferraz Junior<sup>37</sup>, would be the main practical action of contemporary law, presupposes the undeniability of the starting points; that is, it identifies its premises in the norm and constructs its logical-syllogistic reasoning to provide a solution to the conflict.

---

<sup>35</sup> Bourdieu, *O Poder Simbólico*.

<sup>36</sup> Ibid 174.

<sup>37</sup> Ferraz Junior, *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, decisão dominação (4th ed. Atlas 2003).

However, producing legal norms in the legislative sphere does not end the struggles to state the law. The court ruling materializes the abstract norm in the concrete relationship through the judge's interpretation. Although there is an undeniable good deal of indeterminacy in legal texts, this activity of judges and parties is only relatively autonomous: the agents who engage in the struggle for the meaning of the law are obliged to use a specific repertoire of previously determined arguments and texts, such as laws and case law.<sup>38</sup>

Thus, even at a dogmatic level, jurists continue to wage several struggles in the legal field: judges, lawyers, academics, etc. These agents have competence, which is both social and technical, consisting essentially of the recognized capacity to interpret ("in a more or less free or authorized manner") that body of texts that enshrine the legitimate, fair vision of the social world.<sup>39</sup>

And, in doing so, they must show themselves to be completely independent of the power relations that the law sanctions and consecrates – after all, if the law is a point of view like any other, it is itself relativizable. The Judiciary operates under the logic of neutrality, of the naturalization of that which has nothing natural. The magistrate is responsible for providing solutions to socially recognized conflicts as impartial. This construction of legal competence as technical-scientific knowledge, often contrary to common sense perceptions, leads to the disqualification of non-specialists<sup>40</sup> – thus, legal language, in itself, is exclusionary.

The parties interested in the legal decision enter the judicial arena knowing that, if they are successful, the legal declaration can legitimize their interests. However, choosing to fight in the legal field implies a necessary tacit acceptance of specific fundamental laws of the field, of conventional and grammatical rules.<sup>41</sup> Such rules can completely redefine the experience of the situation at stake in litigation: experiences must be translated into legal language, and, as with any translation, there are significant losses. By accepting to enter it, the legal field reduces those who tacitly renounce managing their conflict.

Therefore, the establishment of law is inseparable from the monopoly of legal professionals over legal services. Entering the game, conforming to the law to resolve a conflict, is to tacitly accept the adoption of a mode of expression and discussion that implies the renunciation of physical violence and elementary forms of symbolic violence, such as insults.

In any case, within both legislative and judicial fields, there is an unequal distribution of power, so the struggles do not take place on an equal footing. There are fierce disputes for access to more privileged positions in the fields, which also refer to the struggles over the very structures of the fields, to the extent that each agent has an interest in shaping them so that its own characteristics are more advantageous in that space.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Castro, *A força do Direito*.

<sup>39</sup> Bourdieu, *O Poder Simbólico*, 212.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid 229.

<sup>42</sup> Miguel. Bourdieu e o "pessimismo da razão".

Groups with greater capital – primarily political and economic – have easier access to the fields and the best internal positions. They hold more significant powers to subject the fields to their positions<sup>43</sup>. Even among their peers, the weight of the powers of the various agents is different, as they have accumulated different forms of capital in their respective trajectories.<sup>44</sup> Even so, there is the possibility that marginalized groups will be winners in the disputes in the fields, and thus, the law will change the values of those with political and economic power.<sup>45</sup> Exceptionally, the legal system can bring visibility and recognition to the marginalized and stigmatized. The presence of agents who are members of subordinate groups eventually admitted to the fields, even if initially in peripheral positions, generates tensions that can lead the fields to reconfigure themselves. However, this process would not occur automatically due to the mere presence of these agents belonging to marginalized groups: the struggle is much more arduous and constant.<sup>46</sup>

Marginalized groups that seek social transformation through law, in this sense, if they succeed in their struggles to assert the law, can reap the fruits of its neutralizing and universalizing effects: law, after all, allows for the possibility of changing the language about the social world, and with that, changing the social world itself. The presence of these groups in the political and legal fields can lead us to an internal reconfiguration, rethinking the very structure of the field. It is necessary, however, to be aware of the limitations and difficulties of this path.

## Conclusion

This article investigated the power of legal declarations, using Pierre Bourdieu's writings as the initial theoretical framework. It carried out bibliographical research, followed by a theorizing exercise. My specific interest was in the cognitive-structuring effects of law, which contribute to the construction of reality: the potential for creating and transforming the world through law.

In the first session, I investigated the power of law in its effect of naturalizing and universalizing particular positions—a powerful tool of domination. Law is considered one of several instances that produce such principles, but one of the most important.

Law, considered the symbolic power par excellence<sup>47</sup>, structures the world through its classifications. A mere legal declaration produces effects in the world, shaping reality. Simple examples are the establishment of a border, the creation of a legal entity, or the appointment of a judge: the act of declaring something already produces it. Law can do so due to its historical construction as supposedly impartial, neutral, and universal. This is the basis of all legal mystique, which is, in essence, a secularization of a theological institution. At the same time, it represents a collection of valid solutions, of experiences already socially approved by the legal rite, capable of providing supposedly universal solutions. The grand strategy of modern law is to resort to the universalization

---

<sup>43</sup> Castro, *A força do Direito*.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Azevedo. *A força do direito e a violência das formas jurídicas*.

<sup>46</sup> Miguel. Bourdieu e o “pessimismo da razão”.

<sup>47</sup> Bourdieu, *O Poder Simbólico*, 212.

of very particular positions. Hence its monumental ideological strength. Little by little, such classifications are socially incorporated and naturalized as if they were obvious.

It should be noted, however, that the power to influence social values through law is not automatic or immediate. Oppression of marginalized groups, for example, is a practice that is deeply rooted in society. The mere criminalization of racism will not reverse the structural racism that permeates Brazilian society. Nevertheless, there is transformative potential in law.

But every classification the State gave was the object of a prior struggle. Various agents from different groups and classes struggle to establish the law in the legislative or judicial spheres. In the case of both fields, the result is legal discourse, which becomes part of the legal system, including its effects of neutrality and scientificity. There is a magical act, in the Bourdieuan sense, of transforming the text into a legal norm, capable of sublimating the struggle that preceded it. The legal norm, therefore, appears as a depersonalized imperative.

Dogmatic legal practice complements this framework of erasing previous struggles by closing itself off from the problematization of its normative assumptions. Not that legal dogma ends the battle to establish the law: even at the dogmatic level, various struggles are waged by jurists: lawyers, magistrates, scholars, etc.

However, the struggle for the law is not on an equal footing: there is great inequality in access to the fields of law production. Groups with greater capital (primarily political and economic) have facilities. Even internally, there are fierce disputes for access to more privileged positions.

Even so, law can pave the way for modifying hegemonic values by eventually bringing visibility to stigmatized people. If they gain access to the fields and succeed in the internal struggles to assert the law – an arduous struggle – agents belonging to marginalized groups can take advantage of its neutralizing and universalizing effects and perhaps even restructure the fields themselves. To do so, however, they must subject themselves to the value assumptions of each field, such as its language – which are often contrary to the very values that such groups intend to promote.<sup>48</sup> Furthermore, the effects of the legal declaration are not immediate and automatic – after all, oppressions are socially sustained by an entire historical and symbolic background. The law is one among several socializing instances that, together, form the imaginary about the world. Even so, there is the possibility of influence on the perception of the world through the law.

---

<sup>48</sup> Miguel. *Bourdieu e o “pessimismo da razão”*.

## Bibliography

Bourdieu P, *O Poder Simbólico* (Bertrand, 1989)

--, *Sobre o Estado: Cursos no Collège de France (1989-92)* (Companhia das Letras 2012)

Castro FA, A força do direito: roteiros de pesquisa em sociologia do campo jurídico, *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, (2020, 120) <https://doi.org/10.9732/p.0034-7191.2020v120p159>

Azevedo RG, A força do direito e a violência das formas jurídicas. *Revista De Sociologia E Política*, (2011, n 40 v 19 p. 27–41), <https://doi.org/10.1590/s0104-44782011000300004>

Ferraz Junior TS, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão dominação* (Atlas 2002)

Foucault M, *A ordem do discurso* (Edições Loyola 1994)

Miguel LF, Bourdieu e o “pessimismo da razão.” *Tempo Social*, (2015 n 27 v 1 197–216) <https://doi.org/10.1590/0103-207020150111>

Pinto L, *Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social*. (FGV 2000)

Ponzilacqua MHP, A sociologia do campo jurídico de Bourdieu e Dezalay. *Revista Direito E Práxis* (2018, n 9 v 1 226–249) <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/27033>

Thiry-Cherques HR, Pierre Bourdieu: a teoria na prática. *Revista De Administração Pública*, (2006 n 40, 27–53). <https://doi.org/10.1590/s0034-76122006000100003>

Weber, M. *Economia e sociedade* (Universidade de Brasília, 2009).

# La intervención de los aficionados y la figura del Independent Football Regulator en la toma de decisiones de los clubes en la Football Governance Bill

Miguel Palacio Bengoa<sup>1</sup>

*Graduado en Derecho y Relaciones Internacionales por la Universidad CEU San Pablo*

## Resumen

El fútbol inglés va a dar un giro radical: la nueva *Football Governance Bill* propone que sea el aficionado quien tenga la última palabra en decisiones tan importantes como el cambio de estadio, el escudo o los colores de un club. Hasta ahora, los grandes equipos funcionaban casi como feudos privados, pero con este proyecto de ley se convierten en entidades mucho más reguladas, supervisadas por un *Independent Football Regulator*, que además controlará sus finanzas y vetará competiciones que no cuenten con el beneplácito de la afición. La intención es proteger el “patrimonio futbolístico” y frenar la desaparición de clubes históricos, pero también podría enfriar la atracción de grandes inversores y patrocinios internacionales, ya que todo lo que toque la esencia del club deberá consultarse antes con la grada. En definitiva, la industria deportiva más popular del planeta se prepara para una revolución legal que quiere asegurar su sostenibilidad y dar más voz que nunca a los fieles seguidores.

**Palabras clave:** Fútbol – Regulación – Arraigo – Patrocinios – Inversores – Aficionados

## Abstract

English football is on the cusp of a major shift: the new *Football Governance Bill* proposes that supporters should have the final say in crucial decisions such as stadium changes, the club crest, or its colours. Until now, top clubs have often operated like private fiefdoms, but under this proposed law they will become much more tightly regulated, overseen by an *Independent Football Regulator* who will also control their finances and veto competitions that lack supporters’ approval. Its aim is to protect “football’s heritage” and prevent the disappearance of historic clubs, though it may also deter big investors and international sponsorships, since anything that touches on the club’s core identity will need to be run by the fans first. In short, the world’s most popular sport is gearing up for a legal shake-up designed to ensure its sustainability and give loyal followers more influence than ever before.

**Key words:** Football – Regulation – Heritage – Sponsorships – Investors - Fans

---

<sup>1</sup>Miguel Palacio es graduado en Derecho y Relaciones Internacionales en el CEU San Pablo, donde fundó el Club de Derecho Deportivo. Tiene especial interés en Derecho del Deporte y es vocal del Comité de Competición de la RFFM desde 2022.

## 1. Introducción

El fútbol moderno ha venido experimentando un fuerte pulso contra las autoridades públicas nacionales y europeas en las ligas más importantes de Europa. El fútbol como deporte, se relaciona con las administraciones públicas a través de los principios de autorregulación y la especificidad deportiva.

A partir de estos principios, salvo para casos muy concretos (i.e. la regulación de las elecciones generales en las federaciones deportivas en España<sup>2</sup> o la regulación para el reparto de derechos audiovisuales derivados de las competiciones<sup>3</sup>), los deportes se organizan y regulan de manera independiente, sin contar con un poder legislativo o administrativo detrás, más allá que sus propias formas organizativas y, siendo excepción de determinadas regulaciones públicas por la *especificidad deportiva*<sup>4</sup>. Sin dejar de mencionar que estas cuestiones se encuentran actualmente en tela de juicio en el seno del TJUE<sup>5</sup>, los legisladores ingleses parecen que han comenzado a tomar las riendas sobre la gobernanza del fútbol y dejar de lado su más antiguo espíritu liberal. Todo ello, interviniendo el deporte rey y entrando en una nueva era para el mismo a razón de la *Football Governance Bill* (FGB).

La FGB, aún en borrador y en vistas a su tercera y última lectura por la Cámara de los Lores, tiene como objetivo someter la industria multimillonaria y autorregulada del fútbol inglés a un marco regulatorio estricto y bajo la supervisión del *Independent Football Regulator* (IFR). El nuevo marco jurídico del fútbol comprenderá a todos los clubes que comprendan la *Premier League* (PL), La *Championship* y la *English Football League* (EFL).

Parece ser que los recientes procedimientos llevados a cabo contra varios clubes de la premier League han puesto de manifiesto las grandes deficiencias de la gobernanza en el fútbol. Pese a la regulación sobre los niveles de endeudamiento y *Fair Play Financiero*, la PL ha seguido un camino de constantes incumplimientos que no eran perseguidos hasta hace poco. Ejemplos de estos últimos son, el Leicester City, Nottingham Forest, Everton y el último procedimiento contra el Manchester City<sup>6</sup>, entre otros. No sólo se ha tenido en cuenta la concurrencia de varios procedimientos de incumplimiento, sino que también las consecuencias de las mala gestión económica y financiera, que han llevado a clubes, como el Bury o el Macclesfield, a desaparecer.

---

<sup>2</sup> Orden EFD/42/2024, de 25 de enero, por la que se regulan los procesos electorales en las federaciones deportivas españolas.

<sup>3</sup> Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional.

<sup>4</sup> *Walrave & Koch c. Association Union cycliste internationale*, (C-36/74, 12 de diciembre de 1974); *Meca-Medina & Majcen c. Commission*, (C-519/04 P, 18 de julio de 2006).

<sup>5</sup> Conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto C-650/22 – FIFA, STJUE, en Comunicado de Prensa nº 78/24 de 30 de abril de 2024.

<sup>6</sup> *Man City's 115 charges: Premier League's 12-week hearing concludes with decision expected in spring*. Disponible en: <https://www.skysports.com/football/news/11095/13270551/man-citys-115-charges-premier-leagues-12-week-hearing-concludes-with-decision-expected-in-spring>

Así las cosas, la FGB busca proteger y promover la sostenibilidad, tanto financiera como estructural, de los clubes y de las competiciones de fútbol inglés.

## 2. Raíces históricas y retos sistémicos de la autorregulación.

Entender, brevemente el trasfondo histórico es esencial para llegar a valorar hasta qué punto la nueva FGB pretende conseguir romper los vicios del pasado. La PL, a pesar de ser de las ligas más potentes del mundo, arrastra desde su nacimiento en 1992 un grave problema de gobernanza que ha marcado las distintas tentativas de su regulación. La FA, no consiguió lograr un control firme sobre el fútbol inglés y acordó condiciones muy laxas a la hora de aprobar la escisión de la PL, ello propició una concentración de poder en los clubes más grandes. Este desequilibrio ha generado hasta ahora un ambiente de autorregulación delegada, sobre la cual, cada competición de fútbol del país se regula a sí misma sin colaborar necesariamente con las demás.

## 3. Los *fans* como parte del patrimonio del fútbol a proteger.

La FGB define que el fútbol inglés es sostenible si: (i) continúa sirviendo a los intereses de los fans de los clubes regulados y; (ii) continúa contribuyendo al bienestar económico o social de las comunidades locales donde a las que se encuentran asociados los clubes regulados<sup>7</sup>. A efectos del presente texto y de la FGB, un club regulado es aquel club cuyo equipo participa en una competición en la que, exclusiva o predominantemente participan equipos ingleses<sup>8</sup>.

Para lograr tal fin, la FGB impone determinadas conductas y obligaciones a los clubes de fútbol en relación con sus aficionados.

Una de las cuestiones que traerán mayor controversia es la intervención de los aficionados en determinados procedimientos de toma de decisiones relacionadas con cambios en el estadio, en los colores que identifican al club o en el escudo del club. Cualquier decisión sobre la modificación de estos, deberá ser sometida a consulta del aficionado. También existe la obligación de informar al aficionado sobre determinadas circunstancias sobre las cuales el club puede estar pasando. En concreto, los clubes deben informar a sus aficionados sobre el estado de los procesos de insolvencia.

Por otra parte, se va a exigir a los clubes de gran tamaño que celebren elecciones en aras a crear una figura de representación del aficionado dentro de la estructura organizativa del club, el *Supporters Liaison Officer*<sup>9</sup>.

Es cierto es que, podemos encontrar algún precedente sobre consultas a los aficionados. El Atlético de Madrid sometió a consulta de sus socios la vuelta al escudo anterior del que venía empleando.

---

<sup>7</sup> Artículo 1 (3), FGB, *Purpose and overview*.

<sup>8</sup> Artículo 2 (1) FGB, *Key definitions*.

<sup>9</sup> Figura, cada vez más frecuente en los clubes europeos. En España hay casos como el Sevilla FC, el Real Betis o el Girona FC.



Dicha consulta, se ordenó a través de la propia internet, a la que tienen acceso los socios, siguiendo las normas de los referéndums: una pregunta clara y sencilla cuya respuesta era sí o no.

Los aficionados ingleses siempre han sido objeto de alabanza por su compromiso con los clubes locales y su apoyo incondicional. Del mismo modo, se podría considerar que los aficionados son parte del “patrimonio del fútbol inglés” y esto, precisamente, es lo que quiere proteger el Parlamento Británico, subyugando determinadas operaciones de corte comercial, al consentimiento de quienes, en realidad, forman parte de ellas de algún modo. También podemos encontrar otras prácticas destinadas, en mayor o menor medida, a la protección del aficionado en la Premier League. Desde hace años, se mantiene un pacto entre los clubes de disponer determinados asientos y precios bajos a las aficiones visitantes, con el objetivo de fomentar el desplazamiento de estos a los partidos fuera de casa.

Esta idea de los aficionados como patrimonio y el patrimonio de fútbol o *football heritage* en Inglaterra y Gales es una de las cuestiones que persigue la FGB. Así, el IFR, a la hora de tomar determinadas decisiones, debe tener en cuenta el impacto que puede tener en el aficionado. Entre otras, el IFR debe *tomar las medidas necesarias para conocer la opinión de los aficionados de Inglaterra y Gales de los clubes regulados sobre calificar una competición como prohibida y tener en cuenta esa opinión*<sup>10</sup>.

Para el caso, es pertinente recordar cual fue la reacción de los aficionados ingleses, de muchos clubes de la Primera División Inglesa, sobre la entrada y participación de sus clubes en la European Superleague<sup>11</sup> (“SuperLiga”). Del mismo modo que una competición puede, hipotéticamente, salvarles de ser prohibida eventualmente por la opinión de los aficionados, con razón de la opinión de los aficionados – y reuniendo los requisitos del artículo 45 FGB<sup>12</sup>-, una competición puede ser prohibida.

Estas cuestiones abren otras accesorias sobre, ¿qué debe entenderse por aficionado de un club? y ¿cómo se debe realizar un proceso de consulta al aficionado que garantice su legitimidad? Ambas cuestiones deberán ser saldadas por el IFR y la Cámara de los Comunes, dando lugar a un extenso debate. Debe tenerse en cuenta que la amplitud del espectro no puede ser flexible y el registro de aficionados debe ser controlado. De otro modo, se estaría sometiendo a un gran riesgo, o a una gran incertidumbre -más si cabe- la toma de decisiones estratégicas y/o comerciales de los clubes.

---

<sup>10</sup> Traducción libre. Artículo 45 (8), FGB, *Duty not to operate a team in relation to a prohibited competition*.

<sup>11</sup> Ahora denominada *Unify League*, controlada por A22 Sports Management.

<sup>12</sup> Traducción libre. Artículo 45 (5) FGB: para considerar si una competición debe ser calificada como una competición prohibida, el IFR debe tener en cuenta que la competición: (i) está, o será basada en el mérito deportivo; (ii) opera, o puede operar bajo las premisas de una competición justa y abierta; (iii) perjudica, o puede perjudicar la sostenibilidad de competiciones relevantes; (iv) perjudica, o puede perjudicar la sostenibilidad de los clubes que tengan equipos relacionados con competiciones relevantes y; (v) daña, o puede dañar el patrimonio del Fútbol Inglés.

#### 4. La nueva relación entre los *fans* y los contratos de patrocinio deportivo.

Los aficionados participarán, ahora por mandato legal, en la creación, modificación y existencia de los contratos de patrocinio. Es ya conocido que los clubes de fútbol obtienen un elevado número de ingresos por vía patrocinio, a nivel general, los ingresos por la explotación comercial, suelen ser el principal ingreso para los clubes. Por ejemplo, el Real Madrid, ingresó, 474 millones de euros en calidad de ingresos de explotación comercial en la temporada 2023/24, mientras que su ingreso por la explotación de sus Derechos Televisivos (“Derechos TV”) ascendió a 340 millones de euros, para la misma temporada. El Manchester City, ingresó por ingresos de explotación comercial hasta 406 millones en la temporada 2023/24 e ingresó 343 millones de euros por los beneficios de los Derechos TV. Por su parte el PSV Eindhoven ingresó por su explotación comercial 56 millones de euros y 62 millones por los Derechos TV<sup>13</sup>. Por tanto, los ingresos por patrocinio están consolidados como uno de los ingresos más importantes para los clubes.

Otra cuestión sometida a la opinión de los aficionados son los cambios al uniforme que emplea como local. La norma sólo hace referencia a la primera equipación dejando de lado al resto de (segunda y/o alternativa) que los clubes profesionales suelen emplear a lo largo de las competiciones. Esto es pertinente, en la medida que las empresas de textil deportivo que patrocinan a los clubes, a grandes rasgos, vienen innovando en la formación y estructura de las segundas, terceras y hasta en las primeras equipaciones desde hace tiempo. Ejemplo de ello, es la tercera equipación del Manchester United en la temporada 2020-2021 o la equipación del Athletic Club del año 2004.

Para estos requisitos de consulta, el consentimiento del aficionado tiene especial fuerza puesto que el IFR tiene la potestad de condicionar las licencias<sup>14</sup> que un club necesita para que sus equipos participen en las competiciones<sup>15</sup>. Los aficionados, por su parte, pueden expresar su visión<sup>16</sup> sobre las cuestiones relevantes de tal forma que, el IFR, podría condicionar la licencia a que determinadas decisiones se ajustasen a las preferencias del aficionado. Las licencias condicionadas a discreción del IFR deben cumplirse dentro de los umbrales que se establecen en el Anexo 4 de la FGB. A este respecto, se considera que los umbrales exigidos sobre el *fan engagement* se cumplen cuando el club tiene constancia de la opinión de los aficionados a la hora de decidir sobre sus asuntos relevantes.

Los asuntos relevantes en los que, en suma, el aficionado debe ser consultado por parte de su club son: la dirección estratégica, objetivos, las prioridades de negocio, las cuestiones operativas del día de partido, el precio de las entradas, el patrimonio del club y el plan del club en relación con la participación adicional de los aficionados<sup>17</sup>. La FGB determina, cuáles son los asuntos relevantes, en materia de patrimonio del club que deben pasar a plebiscito de los aficionados para poder ser

<sup>13</sup> Datos obtenidos de *The European Champions Report 2025*, Football Benchmark.

<sup>14</sup> Artículo 25 (1) (b) FGB.

<sup>15</sup> Artículo 15 (1) FGB, *Operating licences*.

<sup>16</sup> Los aficionados pueden manifestar su malestar al IFR a través de dos mecanismos: (i) el representante de los aficionados para los clubes de gran tamaño; y/o (ii) personas que, de otro modo, parezcan representar, a ojos del IFR, las opiniones de los aficionados de un club. *Fan consultation*, FGB, en p. 100.

<sup>17</sup> Anexo 4, 4 (2) FGB.

modificados. Estos son: el estadio, el escudo y los colores predominantes del club y el nombre con el que el equipo de un club va a competir en la competición.

La pérdida de atractivo para los patrocinadores, y por tanto de los ingresos que traen con ellos supondrá un importante desajuste en la estructura y *modus operandi* que venía llevando a cabo la PL. La PL ha visto creciendo su negocio en la medida que muchos patrocinadores –especialmente extranjeros- e inversores, han apostado por la competición en las últimas décadas<sup>18</sup>. Uno de los motivos por los que los patrocinadores tienen especial interés en la PL es su altísimo nivel de audiencia. Por ello, los patrocinadores se dirigen a un público muy amplio cuando exponen sus productos y marcas en los medios audiovisuales, con el objetivo de poder comercializarlos a nivel mundial. Si el punto de vista de los aficionados – aun sin acotar- no es favorable a las intenciones a la línea comercial que el patrocinador quiere llevar a cabo, este patrocinador, se verá obligado a vender únicamente aquellos productos que, a ojos de los aficionados, les sean favorables.

No cabe duda de que, para que los patrocinadores puedan incorporar en la publicidad aquellos elementos o cambios que deban pasar por el plebiscito del aficionado, los patrocinadores y el propio club, deberán realizar campañas de *marketing* para poder emplear su propio *marketing*. Es decir, se buscará la movilización de los aficionados hacia determinados cambios, a través de campañas, politizando las decisiones en este sentido.

Por ejemplo, el Real Madrid ha presentado a inicios de año, el que será el primer partido oficial de la *National Football League* (NFL) que disputarán los *Miami Dolphins* en el 2025 en el Santiago Bernabéu. Extrapolando el ejemplo a la aplicación de la FGB, el equipo que juegue como local ese partido, deberá necesitar, de manera preliminar, del consentimiento de los aficionados para poder disputar su partido como local en un terreno, ya no solo diferente del habitual, sino en territorio extranjero. Este tipo de prácticas comerciales, que va cogiendo mayor fuerza en los últimos años, se eliminará de las agendas de los clubes ingleses que podían tener pensado llevarlas a cabo en aras a su política comercial internacional.

Deberá tenerse en cuenta también que un exceso de la participación de los aficionados en la autonomía de los clubes, por un lado, “devuelve” los clubes a los aficionados, pero por el otro, limita la libertad de empresa. La dirección el club estaría ahora, subordinada, en cierta medida, y, por tanto, limitando la capacidad de decisión estratégica que muchos clubes ingleses venían y vienen desarrollando hasta el momento.

Lo cierto es que existe una ligera línea sobre aquello que es o no es parte del patrimonio de un club y, de alguna forma, es necesario mercantilizar en aras a poder mantener un nivel competitivo respecto de otras competiciones de fútbol en Europa. El éxito de los equipos ingleses en las competiciones europeas parte de esa capacidad competitiva que había ido recolectando en virtud de unas

---

<sup>18</sup> La PL vendió sus Derechos Audiovisuales sobre sus competiciones por 3.160.000.000 \$ para el periodo de 2007-2010. Para el periodo de 2013-2016, por 7.560.000.000 \$. Para el periodo de 2022-2025, por 12.850.000.000 \$. Datos obtenidos de: Statista Research Department, 8 de diciembre de 2023.

capacidades financieras logradas a raíz de una estrategia de comercialización llevada a cabo exitosamente. Pero, esa estrategia partía de unas de características históricas y del arraigo de los ingleses por su deporte. Es esa desvinculación la que, de algún modo pretende proteger la norma y el IFR, quien debe ejecutarlo.

## **5. El problema de la autorregulación en la PL y el papel del IFR: mucho más que una cuestión de aficionados.**

Aunque la FGB se proponga coartar a los clubes a reforzar el papel de los aficionados en las decisiones, no se limita únicamente a esta circunstancia, también pretende reformar la estructura del fútbol.

A finales de la década de los 90, la presión del gobierno para regular derivó en medidas como la *Football Task Force* y diversas iniciativas con el objetivo de pacificar a las autoridades, sin embargo, no se dieron debida respuesta a los problemas estructurales de la industria. Hubo dos grandes deficiencias: (i) la regulación promovida sin un convencimiento claro, consecuencia de querer satisfacer las presiones ejercidas por las autoridades más que queriendo dar una solución estructural; y (ii) la gobernanza fragmentada entre las diferentes asociaciones de clubes -PL, EFL y *National League*- fomentó la autorregulación delegada en la que cada una de las ligas buscaba un beneficio propio sin coordinación alguna con el resto de la pirámide del fútbol.

Los *parachute payments* son ejemplo claro de esto. Son ayudas económico-financiera que reciben los clubes recién descendidos de la PL para compensar la disminución en los ingresos TV, pero que, realmente distorsionan la competitividad de la segunda categoría del fútbol inglés. Lo cierto es que, aunque nacieron para ayudar a los clubes recién descendidos, terminaron ofreciendo una ventaja financiera distorsionadora de la competición, empujando al resto de clubes a asumir riesgos económicos difícilmente sostenibles para tratar de mantener la lucha por el ascenso.

Las ayudas consisten en un plan para las tres temporadas inmediatamente posteriores al descenso. Para un club que había permanecido en la PL durante tres años, este percibiría el 55% de los ingresos de TV que recibiría un club de la PL durante el primer año de descenso. El segundo año percibiría el 45% de los ingresos y el tercero un 20%. Si el club tornase a la PL durante esos años, los fondos restantes serían retenidos por la PL.

De esta forma, no se abordaba coordinadamente el reparto desigual de los ingresos ni mucho menos se promueve una estabilidad en el largo plazo. Es quizá, la necesidad de un regulador externo que, para según qué cuestiones pueda entrar a valorar la reforma de estos mecanismos.

Entrando brevemente en el funcionamiento de las nuevas licencias, se debe conocer que existirán dos tipos de licencia: en un primer momento la *Provisional Operating License* (POL) y, después una *Full Operating License* (FOL).

Las licencias tienen el objetivo final de imponer la autoridad del IFR sobre el fútbol en su conjunto – al final es el mecanismo de un estado democrático de control por excelencia- de manera escalonada. Las licencias obligan a demostrar una capacidad financiera, de buen gobierno corporativo y

transparencia en la gestión de los clubes, incrementando los mecanismos existentes sobre el *Fair Play Financiero* que existen ahora en la PL y en la UEFA.

Las licencias obligan a los clubes a atravesar dos momentos diferentes de supervisión y cumplimiento. La POL es el primer filtro a superar, con umbrales de exigencia más bajos y un periodo de vigencia de tres años. Para su expedición, los clubes deberán presentar un informe sobre los propietarios, directivos y las funciones de cada uno<sup>19</sup>, y un plan estratégico de negocios, donde cada club describirá sus operaciones, estimaciones de costes e ingresos y fuentes de financiación<sup>20</sup>. De esta forma, y aunque la denegación de la licencia es posible, el legislador pretende que los clubes se vayan adaptando a las disposiciones de la FGB en el medio plazo. Una cuestión acertada puesto que así se pueden llegar a anticipar posibles problemáticas antes de otorgar el permiso definitivo para operar.

La FOL, se puede solicitar pasados tres años de la expedición de la POL. Esta segunda etapa debe reflejar para los clubes cuatro cuestiones.

Los recursos financieros, que permitan al IFR cuáles son las fuentes de ingresos, las estimaciones de gastos, la previsión de riesgos y, en suma, acreditar que el club cuenta con estructuras corporativas claras<sup>21</sup> y con capacidad para asumir compromisos económicos;

Los recursos no financieros, con la emisión de un nuevo informe sobre las titularidades real de los clubes y de sus directivos y la aplicación del test de idoneidad a esos propietarios y directivos. Este test de idoneidad consiste en un seguimiento a la estructura de financiación, el origen de los fondos del club, requisitos de integridad y la exposición de unos planes financieros robustos<sup>22</sup>.

Gobierno corporativo, donde se comprobará la correcta aplicación e integración del *Corporate Governance Code* elaborado por el IFR<sup>23</sup>

Participación de los aficionados, los clubes deben acudir a los mecanismos de consulta sobre los aspectos estratégicos que los directivos y dueños quieran poner en práctica.

Por tanto, podemos concluir que, de primera mano, la FGB y el IFR han venido para transformar el fútbol inglés. La FGB va a desencadenar un río de tinta sobre reglamentación, notas explicativas, *guidelines* y artículos, a la par que comenzará a aterrizar todas las disposiciones que crea la FGB vía reglamentaria. Todos los clubes profesionales ingleses, sus inversores sus proveedores, deberán trabajar muy cuidadosamente el nuevo marco jurídico que cae sobre ellos, puesto que deben afrontar una gran cantidad de nuevas obligaciones y comenzar a forjar una nueva relación con el IFR.

---

<sup>19</sup> Artículo 16 (3) (a), FGB.

<sup>20</sup> Artículo 16 (5) (a), FGB.

<sup>21</sup> Esta disposición está especialmente diseñada para la identificación de los conglomerados de clubes bajo modelos de multipropiedad.

<sup>22</sup> Artículo 18 (3), FGB.

<sup>23</sup> Anexo 5, *Corporate Governance Statement*, FGB.

La FGB otorga a los aficionados un papel crucial en la toma de decisiones de los clubes, especialmente en los aspectos relacionados con el patrimonio del club, cambio del estadio, escudo y colores predominantes. Estas ideas no vienen sino a intentar devolver a las sociedades donde el club se encuentra, sino proteger ese arraigo y respeto de las sociedades locales en las que se encuentran los clubes ingleses

No cabe duda de que la FGB es tremendamente disruptiva y, por ello, la industria acoplada al espectáculo del fútbol dejará de ser un sector caracterizado por la autorregulación y la mínima intervención pública (en mayor o menor medida). La Industria, comienza así su camino hacia convertirse en un sector regulado. Ser un sector regulado es, sin duda, una gran barrera de acceso para aquellos inversores que tenían pensado proyectar su capital en torno al fútbol inglés. El control sobredimensionado sobre la financiación de los clubes, al igual que el control y la necesidad de casar con el consentimiento de los aficionados, fomentará el conservacionismo y la pérdida de incentivos si los mecanismos a los que obliga la FGB no son suficientemente transparentes y, además, se vuelven impredecibles.

La introducción del IFR y un sistema de licencias escalonado reorientan el fútbol inglés hacia la sostenibilidad financiera y la transparencia, superando la ineficacia de la autorregulación que no supo contener mecanismos distorsionadores como los *parachute payments*. Con ello, la *Football Governance Bill* no solo promueve la voz de los aficionados, sino que genera un marco de control más amplio, alineado con la supervisión financiera y reforzando el *football heritage* del que depende la identidad de cada club.

Sin lugar a dudas, de que el nuevo texto legislativo va a dar mucho de qué hablar, aunque, de momento, sólo dentro de los muros del Palacio de Westminster.

## Bibliografía.

### Legislación

Football Governance Bill (Casa de los Lores). Disponible en: <https://bills.parliament.uk/bills/3832>

Orden EFD/42/2024, de 25 de enero, por la que se regulan los procesos electorales en las federaciones deportivas españolas.

Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional.

### Jurisprudencia

*Walrave & Koch c. Association Union cycliste internationale*, (C-36/74, 12 de diciembre de 1974).

*Meca-Medina & Majcen c. Commission*, (C-519/04 P, 18 de julio de 2006).

Conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto C-650/22 – FIFA, STJUE, en Comunicado de Prensa nº 78/24 de 30 de abril de 2024.

### Otras fuentes

Amar Mehta: “Man City’s 115 charges: Premier League’s 12-week hearing concludes with decision expected in spring”, *Sky Sports* (9 de diciembre 2024) <<https://www.skysports.com/football/news/11095/13270551/man-citys-115-charges-premier-leagues-12-week-hearing-concludes-with-decision-expected-in-spring>.

Statista Research Department, 8 de diciembre de 2023.

*The European Champions Report 2025*, Football Benchmark.

*The Football Governance Bill: Wuhan it’s happening, what will it mean, and will it work?*, LCP.

# El Compliance como estrategia de defensa penal en el ámbito empresarial

*María Isabel Sánchez Fernández<sup>1</sup>*

*Graduada en Derecho por la Universidad de Murcia*

## Resumen

Actualmente cada vez resulta más llamativa la incipiente necesidad de implementar programas de Compliance en el seno de la empresa con el objetivo de prevenir la comisión de conductas irregulares por parte de los trabajadores o la entidad y evitar que la persona jurídica incurra en responsabilidad penal. En este comentario analizaremos el concepto de Compliance para abordar el diseño de un programa de cumplimiento efectivo y su eficaz implantación en un caso práctico.

**Palabras Clave:** Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica, Compliance Officer, Canal de denuncias, Due Diligence.

## Abstract

Nowadays, the emerging need to implement Compliance programs within the company is becoming more and more striking in order to prevent the commission of irregular conducts by workers or the entity and avoid the legal entity from incurring criminal liability. In this commentary, we will analyze the concept of Compliance in order to address the design of an effective compliance program and its successful implementation in a practical case.

**Keywords:** Liability of legal entity, Compliance Officer, Whistleblowing, Due diligence.

---

<sup>1</sup> Graduada en Derecho por la Universidad de Murcia, con Máster de Abogacía y Derecho Penal Económico y Programa Executive en Corporate Compliance (Centro de Estudios Garrigues).



**Lista de abreviaturas y siglas**

CE Constitución Española

CP Código Penal

LO Ley Orgánica

ART Artículo

FGE Fiscalía General del Estado

FCPA Foreign Corrupt Practices Act

CO Compliance Officer

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

SSTS Sentencias del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

## 1. Introducción

El reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone un cambio de paradigma en el marco legislativo que tradicionalmente encontraba su fundamento en el principio *societas delinquere non potest*. Este principio se sustenta bajo la base de que la persona jurídica no puede delinquir y considera que en aquellos supuestos en los que se produzca la comisión de un delito en el seno de una persona jurídica, la responsabilidad penal derivará en las personas físicas que actúen como administradores de hecho o de derecho en nombre o en representación de la persona jurídica tal y como se encuentra previsto en el artículo 31 del Código Penal de 1995.<sup>2</sup> No obstante, en el Código Penal de 1995 sí que se preveía una serie de consecuencias accesorias atribuibles a la persona jurídica, establecidas en el artículo 129 CP.

Posteriormente, en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través del sistema específico que se encuentra previsto en el artículo 31 bis del Código Penal y con un catálogo de penas que se encuentra dispuesto en el art.33.7 del Código Penal en relación con el sistema de aplicación de las mismas en el Art.67 bis CP. Esta modificación legal no supuso la desaparición de la aplicación de las consecuencias accesorias (Art.129 CP)<sup>3</sup> puesto que este precepto se sigue aplicando a entes sin personalidad jurídica. La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico español supone la transición del principio *societas delinquere non potest* a la idea de *societas delinquere potest*, que considera que las sociedades sí pueden delinquir. Y así lo establecen algunos términos pertenecientes al derecho anglosajón como puede ser “*Corporate crime*” o de la doctrina alemana como “*Unternehmenskriminalität*”.<sup>4</sup> Según PÉREZ FERRER este hito normativo supone “ un antes y un después de la cultura normativa en el marco normativo de España”.<sup>5</sup> Su regulación se fundamenta en las obligaciones internacionales que España tiene contraídas, especialmente en la armonización jurídica europea resultante de una realidad social

---

<sup>2</sup> Miguel Ángel Boldova Pasamar, ‘La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española’ (2023) 33 *Estudios Penales y Criminológicos* 221.

<sup>3</sup> Art.129 CP: En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en el mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

<sup>4</sup> Pedro Fanjul González, ‘Dificultades de la responsabilidad penal de las sociedades: la cultura del cumplimiento y el traslado y extensión de la responsabilidad penal en operaciones de M&A’ (2024) *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* 57.

<sup>5</sup> Fátima Pérez Ferrer, ‘Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (compliance)’ (2018) 13 *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)* 133.

que se encuentra en constante cambio y consecuentemente necesita una respuesta jurídica adecuada a las nuevas cuestiones emergentes.<sup>6</sup>

En los años posteriores se incorporan una serie de reformas que afectan sustancialmente a las personas jurídicas: en primer lugar la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio que modificó la Ley de Contrabando y la Ley 37/2011, de 10 de octubre que incorporan una importante reforma que detalla la forma en la que las personas jurídicas deben intervenir en el proceso penal y de otro lado, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre que incluye a los partidos políticos y a los sindicatos dentro de los sujetos que conforman la responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>7</sup>

Consecuentemente, el concepto de *Compliance* irrumpe en el marco normativo español y en la discusión científico-penal española tras la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su posterior reforma en el Código penal español (anteriormente referenciadas: LO 5/2010 y la LO 1/2015).

El *Corporate Compliance* se incorpora a partir de este momento como un sistema de prevención en el seno de las empresas, estableciendo su principal enfoque en elaborar programas de *Compliance* efectivos que se ajusten a la actividad empresarial previniendo posibles ilícitos y reduciendo significativamente los riesgos.<sup>8</sup> En este sentido podemos entender el riesgo de *Compliance* como “el riesgo de que una organización pueda sufrir sanciones, multas, pérdidas financieras o pérdida de reputación como resultado de incumplimientos de las leyes, regulaciones, normas de autorregulación o códigos de conducta que se apliquen a su actividad”.<sup>9</sup>

Anteriormente, los programas de *compliance* resultaban de aplicación en aquellas empresas que operaban junto a compañías americanas o británicas y que se habían visto obligadas a desarrollar funciones de cumplimiento normativo cumpliendo con la legislación de estos países ( *Bribery Act 2010* o *Foreign Corrupt Practices Act*).<sup>10</sup>

Los programas de cumplimiento normativo cobran especial importancia tras la reforma de 2015 puesto que su correcta implantación y eficacia supone una “causa de exención de la responsabilidad penal” que resulta aplicable tal y como establece el precepto (Art.31 bis 2 1º CP) a “modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos”.

## 2. Programas de Cumplimiento Normativo

Los programas de cumplimiento normativo son “un conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa por iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de

---

<sup>6</sup> El párrafo tercero del apartado I del Preámbulo de la LO 5/2010 indica: “Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones -a veces de considerable calado- de nuestras normas penales”.

<sup>7</sup> Pedro Díaz Torrejón y Javier Marqués Ouviaño, ‘Introducción’ en *Claves sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Sepín, Madrid 2023) 15–16.

<sup>8</sup> Silvia Bacigalupo, ‘Compliance’ (2021–2022) *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad* 261.

<sup>9</sup> Sylvia Enseñat de Carlos, *Manual del Compliance Officer* (Aranzadi, Pamplona 2016) 24.

<sup>10</sup> Marta Remacha, ‘Compliance, ética y RSC’ (2016) *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, 5.

implementar en la corporación un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados”.<sup>11</sup>

Es un mecanismo otorga a las empresas no solo la capacidad de evitar el incumplimiento de la normativa de carácter obligatorio y voluntario, sino que también permite generar un mayor valor en términos de sostenibilidad y mejora reputacional.

El origen de los *Compliance Program*<sup>12</sup> se remonta a la década de 1970 en Estados Unidos y surge con la finalidad de detectar y prevenir infracciones legales vinculadas con la libre competencia (*antitrust*) y actos de corrupción (*bribery laws*). Estos actos comenzaron a cobrar mayor importancia tras la incorporación de la *Forreign Corrupt Practices Act (FCPA)*. Posteriormente en el año 1988 surge el *Australian Standard for Compliance Programs- AS 3806-1998* como primer intento de desarrollar programas de cumplimiento en la empresa y recibe una gran aceptación internacional. Más adelante, el Reino Unido regula a través de su parlamento la *UK Bribery Act* en el 2010, con el propósito de sancionar los actos de soborno en empresas públicas y privadas. Estos instrumentos sirven de base para la generación de las normas ISO que se incorporan en España para la adopción de estándares internacionales por la Organización Internacional de Normalización (ISO), adoptando un estándar nacional específico de *Compliance* penal. En este sentido, España se ha puesto a la vanguardia en la elaboración de estándares con el ISO 19600- Sistemas de Gestión de *Compliance*- y el ISO 37001- Sistemas de gestión antisoborno como la elaboración de un estándar internacional propio sobre la base de anteriores estándares internacionales. Recientemente ha aparecido la Norma UNE- ISO 37004, que introduce un modelo de madurez de la gobernanza que ofrece orientación práctica para evaluar y mejorar las estructuras existentes.

Los requisitos fundamentales para que el modelo de *Compliance* sea eficaz son los que se recogen en el Art.31 bis apartado 5 CP<sup>13</sup>, los cuales vamos a analizar:

1º. Identificación de la actividad en cuyo ámbito puedan cometerse los delitos que deban ser prevenidos.

Este requisito supone un estudio de la actividad y el funcionamiento general de la entidad para conocerla a fondo y así poder señalar y distinguir aquellos riesgos con posible relevancia penal que sean susceptibles de producirse en la organización con el propósito de planificar acciones de control o desplegar mecanismos preventivos, de detección o reacción tendentes a evitar la comisión de hechos delictivos.<sup>14</sup>

De igual forma se exige en la Circular 1/2016 FGE que la persona jurídica identifique, gestione, controle y comunique los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el

<sup>11</sup> Vicente Magro Servet, *Memento Experto Compliance Penal. Aplicación en empresas* (Lefebvre 2020) 160.

<sup>12</sup> María Torres Robles, *Estructura de un Programa de Compliance* (World Compliance Association, Madrid 2021).

<sup>13</sup> Art.31 bis apartado 5 CP: “Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición

<sup>14</sup> Rafael Aguilera Gordillo, *Manual de Compliance penal en España* (Aranzadi, Navarra 2022) 530.

nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de la propia entidad, y con los niveles de riesgo específico establecido. Para ello se atenderá a algunos factores específicos como pueden ser: el tipo de clientes, países en los que actúa, sus productos, servicios y operaciones que desarrolle.

Según Aguilera Gordillo, lo más relevante es que se conozca de la existencia de dichos riesgos y mantenerlos absolutamente controlados para que se puedan prevenir y no deriven en un delito.

2º. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación a aquéllos.

Este requisito consiste en determinar los órganos de la entidad que tienen encomendada la función de decisión, ejecución, supervisión y control; y las fases de los actos de relevancia jurídica que se realicen en la propia corporativa.

Del mismo modo, la propia Fiscalía en su antes mencionada Circular 1/2016 al referirse a este requisito, establece que: “Tales procedimientos deben garantizar altos estándares éticos, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de la administración. Además de la obligación de atender a los criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial y, en defecto de tales criterios, la persona jurídica debe tener muy en consideración la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus antecedentes carezcan de la idoneidad exigible”.

Es reseñable añadir que la propia Fiscalía en la reiteradamente aludida Circular 1/2016 requiere el Compliance esté redactado por escrito, de forma clara, precisa y eficaz. Se añade que para que exista una exención de responsabilidad penal de la persona jurídica no bastaría con la existencia de un programa de cumplimiento, sino que será necesario acreditar su adecuación para prevenir el delito en concreto que ha sido cometido. En virtud de lo cual se entiende que se debe de elaborar un programa personalizado para cada empresa, atendiendo a sus propias necesidades y características.

3º. Dispondrán de modelos de gestión de recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

Se entiende que es necesario que la entidad cuente con una serie de mecanismos de control y supervisión sobre la actividad financiera y contable que se centran en evitar riesgos de relevancia penal. Este requisito se creo fundamentalmente con tres propósitos fundamentales: impedir el blanqueo de capitales en el seno de la empresa, evitar conductas fraudulentas que perjudiquen o produzcan un menoscabo en la Hacienda Pública, al sistema de Seguridad Social o actos ilícitos tendentes a la obtención de ayuda y subvenciones provenientes de la Administración e imposibilitar que los recursos financieros se destinen a actividades delictivas.

4º. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención

Se trata de lo que se conoce como Canal de denuncias y podríamos definir como “mecanismo interno establecido en una organización que permite comunicar de forma confidencial y, en consecuencia, detectar o prevenir posibles irregularidades, actos indebidos, comportamientos contrarios a la legislación vigente y/o la normativa interna de la compañía que se estén realizando dentro de la misma y que puedan suponer para esta algún tipo de responsabilidad penal, civil o administrativa”<sup>15</sup>. Es un mecanismo que está dirigido a todos los miembros de la entidad, por el que estos tendrán la obligación de informar al Compliance Officer cuando aprecien posibles vulneraciones de normas o procedimientos, omisiones, situaciones de peligro o contingencias que puedan presentarse durante el desarrollo de la actividad empresarial.

5º. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Esto implica la implantación de un catálogo de infracciones y sanciones, denominado Código de conducta, en este se contemplan los castigos que se le impondrían al miembro de la persona jurídica que haya tenido activo u omisivo, vulnerando lo establecido en el modelo de Compliance.<sup>16</sup>

Estas sanciones según lo expuesto por Lucas Romero, podrían suponer: suspensión de empleo y sueldo, o incluso su despido de la entidad; pero para establecer estas se atenderá siempre a lo dispuesto en los convenios colectivos y a lo previsto en el Estatuto de los trabajadores.

6º. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Por último, en este requisito se hace referencia a la necesidad de revisión periódica y de la eventual modificación del modelo de organización y gestión y así lo establece la Fiscalía en la Circular 1/2016: “Aunque el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión, un adecuado modelo de organización debe contemplarlos expresamente. Además, el modelo deberá ser revisado inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo, que habrán de detallarse y que incluirán, además de las indicadas en este requisito, otras situaciones que alteren significativamente el perfil de riesgo de la persona jurídica.

A pesar que la ley no establece de forma concreta como se debe elaborar el *plan de compliance*, sí se prevé en el art.31 bis apartado 5 CP los requisitos que este debe cumplir para que sea considerado eficaz o al menos parcialmente eficaz, analizados anteriormente. En base a este artículo y a la Circular de la FGE 1/2016, es evidente que todos los modelos de prevención deben ser particularizados y ajustados al sector, a la estructura y situación económica de la empresa, y para ello se realizará una *Due Diligence* empresarial en el que quede reflejado todos los detalles de la entidad, su estructura, su funcionamiento y sus políticas y controles tendentes al cumplimiento.

<sup>15</sup> Carlos A Sáiz Peña, *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa* (Aranzadi, Madrid 2015) 614-619.

<sup>16</sup> Rafael Aguilera Gordillo, *Manual de Compliance penal en España* (Aranzadi, Navarra 2022) 530.

### 3. Estructura del Programa de Cumplimiento

Recapitulando y siguiendo la idea de Lucas Romero<sup>17</sup>, todo modelo de cumplimiento normativo para que sea eficaz deberá abarcar mínimamente los siguientes conceptos:

#### 1º. Código ético

Se trata de un documento fundamental para la política de la empresa, puesto que va a determinar inicialmente el compromiso que tiene la propia entidad con la finalidad del programa de cumplimiento normativo. Con su adopción se pretende que haya un claro compromiso por parte del órgano de dirección de la entidad con el objetivo de prevenir los ilícitos que podrían cometer las personas relacionadas con la persona jurídica en cuestión.

Se puede definir como un documento en el que se recogen las normas y los valores que conforman la ideología, misión y objetivos de la empresa y que deben ser asumidos y respetados tanto por sus dueños como por sus directivos y trabajadores. En este documento se recogen los comportamientos correctos y aquellos que deben de evitarse, al igual que se recogen las normas internas propias de la entidad como las normas generales que establece la normativa vigente y definen la triple función del programa: prevención, detección y reacción.

#### 2º. Mapa de riesgos

El mapa de riesgos, también conocido como matriz de riesgos de *compliance*, consiste en el análisis de los riesgos en los que podría incurrir la entidad, según el tipo de clientes, países en los que opera, los productos que elabora, operaciones y servicios que realiza, valorando distintas variables como el propósito del negocio, su duración o el volumen de sus operaciones tal y como señala la FGE en su Circular 1/2016. Para que el programa resulte eficaz es necesario que se evalúen los riesgos de forma gradual, es decir, desde el mayor riesgo al que se enfrenta la persona jurídica (el que lleva aparejado de por sí realizar un determinado tipo de actividad) al menor que sería el riesgo remoto (el que ostenta muy pocas posibilidades de incurrir en el mismo).

Esta metodología se trata de una herramienta fundamental que nos sirve para identificar y definir los riesgos de *compliance*, detectando qué delitos es más probable que puedan ser cometidos en la organización y que medidas y controles deben de establecerse para mitigarlos y prevenirlos. Para elaborar un mapa de riesgos debemos de valorar una serie de factores que resultan determinantes:<sup>18</sup>

En primer lugar, resulta determinante identificar los riesgos inherentes a la actividad que desarrolla la empresa. A continuación resulta determina designar a los responsables para identificar y detectar los riesgos, que suele ser el departamento de *Compliance* designado por el órgano de administración y liderado por el *Compliance Officer*.

<sup>17</sup> Daniel Lucas Romero, *Los delitos cometidos en el seno de la empresa y su defensa legal*, Colex, 2020, pág 146-150.

<sup>18</sup> Grupo Ático 34, “Mapa de riesgos de Compliance: ¿Qué es y cómo elaborarlo?”. Disponible en: <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/compliance/mapa-riesgos/> accessed 25 October 2024.

Posteriormente, resulta fundamental determinar la probabilidad de que se puedan materializar estos riesgos, para ello se evalúa la probabilidad según niveles: poco probable, muy probable o altamente probable.

Seguidamente, se debe de analizar el impacto en la empresa si el riesgo se materializa y en este caso se aplica una escala valorativa: bajo, alto, grave o muy grave.

Tras establecer la probabilidad y el impacto resulta necesario determinar la tolerancia al riesgo, que se trata del nivel de riesgo que la organización puede asumir.

Por último y para culminar la elaboración del mapa de riesgos, debemos de establecer el riesgo residual que es el resultante tras la aplicación de los controles y medidas previstas para prevenir, mitigar y gestionar los riesgos previamente señalados.

### 3º. Manual de protocolos de actuación y políticas

Dicho mapa de riesgos formará parte de un manual en el que quedarán reflejados los riesgos concretos en los que podría incurrir la empresa y las medidas internas de control que se van a prever con el fin de disminuir esos riesgos. Tal y como la Fiscalía y los propios jueces recalcan lo que se exige no es un riesgo cero porque eso es prácticamente imposible sino que haya una previsión motivada y coherente, tras un estudio y análisis minucioso de la situación en la que se encuentra la empresa en el caso concreto.

### 4º. Previsión de un canal de denuncias y sistema disciplinario

Es de vital importancia el ya mencionado canal de denuncias, el cual tiene un fin determinado que es facilitar el hecho de poner en conocimiento del *Compliance Officer* la existencia de alguna irregularidad que pueda estar cometiéndose por alguno de los miembros de la empresa, con el fin de solventarla y que no llegue a mayores perjuicios para la compañía.

Por otro lado, en lo respectivo al sistema disciplinario se trata de un catálogo en el que se recogen los comportamientos por parte de los miembros de la entidad que son considerados faltas, clasificándolos en leves, graves y muy graves; y las sanciones que se prevean para cada uno de ellos.<sup>19</sup>

### 5º Libro registro de revisiones al modelo, informe de actuaciones y mejoras

Por último, resulta ventajoso para la entidad el hecho de contar con un libro en el que se prevean las revisiones del modelo de *compliance* que tenga implementado, puesto que la realidad social cambia continuamente y para una mayor eficacia del mismo se deben practicar periódicamente revisiones. De este modo podrá contar con un historial en el que consten: las denuncias recibidas, las actuaciones que se siguieron ante las infracciones descubiertas, los procedimientos penales abiertos, la ampliación

---

<sup>19</sup>Grupo Ático 34, 'Sistema disciplinario en el Compliance' (Protección Datos LOPD, 25 octubre 2024) <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/compliance/sistema-disciplinario/> accessed 25 October 2024.



o modificación de los requisitos legales en algunos sectores regulados, si existen mejoras técnicas en el sector, si se han realizado ampliaciones de operaciones, etc. No está de más añadir que esta revisión será realizada constantemente en el ámbito interno de la entidad por el *compliance officer*, de forma periódica mediante la auditoría interna y anualmente mediante la auditoría externa, lo que permite asegurar la eficacia y efectividad del programa y la satisfacción de la *due diligence* de los responsables de la entidad.

## **4. Caso práctico: estrategia de defensa de Deloitte en el Caso Bankia**

### **1. Contexto**

Bankia es una entidad bancaria que se constituyó en el 2010 a partir de la fusión de varias cajas de ahorro y en el año 2011 se efectuó su salida a bolsa. Tras su salida a bolsa en julio de 2011, se descubren pérdidas y una situación financiera diferente a la que se había presentado ante el mercado financiero en los informes, por lo tanto, las auditorías realizadas por Deloitte se cuestionaron ya que no reflejaban estas irregularidades.

Deloitte fue la firma responsable de elaborar el informe de auditoría antes de su salida a bolsa y su informe fue decisivo generando la confianza del mercado en la entidad.

Nos vamos a centrar en la estrategia de defensa seguida por Deloitte y en la aportación de la prueba pericial del modelo de Compliance que resultó vital para su futura absolución.

### **2. Estrategia de Defensa**

Una cuestión fundamental en este caso fue la pericial presentada por la defensa de Deloitte que actuaba como sociedad profesional de auditoría y prestaba sus servicios a Bankia, se trataba de un modelo de Compliance que la compañía tenía implantado desde el 2010.<sup>20</sup>

En el auto de 11 de mayo de 2017<sup>21</sup> donde se insta el sobreseimiento y archivo de la causa, el juez de instrucción acuerda el sobreseimiento de Deloitte y se basa en dos motivos: en primer lugar, en que los principios que rigen a la sociedad auditora son los de autonomía e independencia y de otro lado, sostiene que queda acreditado que el modelo de Compliance es efectivo y por lo tanto, no se podría exigir ninguna responsabilidad penal.

Posteriormente, el auto es recurrido y la acusación alega que existe responsabilidad penal en base a que se quebranta el principio de autonomía de la auditora y no poder demostrarse el grado de cumplimiento del programa, la Sala arguye que “la firma cuenta con un Control de Calidad Interno y un Manual de Cumplimiento Normativo que comprende Políticas generales para todas las líneas de servicio. Se trata de un planteamiento teórico alegado por la defensa que por el momento no puede dar lugar a la exención prevista en el Art.31 bis 2 del Código Penal al desconocerse el grado de

<sup>20</sup> Juan Pedro Cortés Labadía y Inés Solís Benjumea , “La pericial de sistemas de compliance: particularidades del Caso Bankia”, (Diario La Ley, N°9752, Sección Tribuna, 11 de diciembre de 2020).

<sup>21</sup> Auto 11 de mayo de 2017.

cumplimiento de esas políticas”. Tras este pronunciamiento de la Audiencia Nacional, Deloitte volvió a verse incurso en el proceso penal.

La importancia de la prueba pericial en este tipo de procedimientos es vital ya que “constituye una declaración de conocimiento del perito tendente a suministrar al Juzgador una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos”. (STS de 19 de enero de 2007).<sup>22</sup>

Con respecto al valor probatorio de una pericial jurídica en la fase de juicio oral se pronuncian las siguientes sentencias:

En primer lugar, la STS 13/2006, de 20 de enero<sup>23</sup> en la que se expone que “un informe pericial se deslice hacia consideraciones de tipo jurídico no lo invalida si el Tribunal hace su propia valoración autónoma”.

A continuación y en lo respectivo a la especialización característica de la materia de Compliance, podríamos hacer alusión a este pronunciamiento: “no es inusual, en las sentencias jurídicas, que los Tribunales conozcan las opiniones de especialistas de la materia objeto de enjuiciamiento, cuando se trate de materias de alta especialización o de particular dificultad (STS 941/2009, de 29 de septiembre).<sup>24</sup> En nuestro supuesto, nos encontramos en la situación indicada en el citado pronunciamiento, puesto que se debía realizar un análisis exhaustivo del modelo de Compliance de Deloitte, tratándose de una materia de objeto novedoso y existiendo en ese momento muy pocos pronunciamientos jurisprudenciales.

En la elaboración de la pericial, la representación de la defensa se centra en aportar una pericial de análisis documental sobre el modelo de Compliance y siempre bajo criterios técnico-jurídicos objetivos. En el momento en el que se estaba celebrando el proceso (2010-2012) resultaba difícil atender a criterios objetivos de valoración jurídica puesto que en nuestro ordenamiento todavía no se habían introducido los requisitos que deben de cumplir los modelos de Compliance para ser efectivos y que actualmente se encuentran en el Art.31 bis apartado 5º del Código Penal.

Teniendo en cuenta lo anterior, el fundamento pericial debería de basarse en el estándar internacional de referencia en materia de Compliance: la ISO 19600 de Sistema de Gestión de Compliance. De esta forma, era necesario demostrar para probar la validez y eficacia del sistema de Compliance que se adecuaba a este estándar. Para probarlo se realizó un análisis de los elementos del sistema de Compliance de Deloitte conforme a la estructura establecida por la ISO 19600.

Por un lado, el modelo de Compliance se encuentra alineado con el estándar internacional y resulta eficaz para alcanzar el objetivo de los sistemas de gestión de Compliance.

---

<sup>22</sup> STS de 19 de enero de 2007.

<sup>23</sup> STS 13/2006, de 20 de enero.

<sup>24</sup> STS 941/2009, de 29 de septiembre.

Por otro lado, el programa se encontraba plenamente implementado en el 2011 en toda la organización de Deloitte y se aplicaba en el desarrollo de su actividad profesional de auditoría.

En definitiva, este pronunciamiento absolutorio es de vital importancia puesto que sienta un precedente jurisprudencial en la aportación de la prueba pericial en relación con los modelos de Compliance.

## 5. Conclusiones

1ª. La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco normativo español ha supuesto un cambio de paradigma en contraste al tradicional principio “Societas delinquere non potest”.

2ª. La introducción de la responsabilidad de la persona jurídica en la LO 5/2010, de 22 de junio y su consolidación en la LO 1/2015, de 30 de marzo supone un impacto en el ámbito empresarial al imponer un mayor nivel de responsabilidad, vigilancia y diligencia en el mundo corporativo para evitar que la persona jurídica sea responsable penalmente al cometer algún delito o incurra en algún riesgo normativo dentro de su actividad.

3ª. En la elaboración del diseño de programas de Compliance resulta fundamental recurrir a los requisitos que establece el Art.31 bis CP, las instrucciones que da la Circular FGE 1/2016 y los estándares internacionales para que el modelo de cumplimiento sea eficaz.

4ª. Finalmente, al analizar la estrategia de defensa seguida por Deloitte en el Caso Bankia podemos entender la gran importancia que tiene contar con un modelo de Compliance eficaz en el seno de la empresa.

## Bibliografía

### 1. Fuentes nacionales

#### 1. Manuales

Aguilera Gordillo, Rafael, Manual de Compliance penal en España (Aranzadi, Navarra 2022)

Díaz Torrejón, Pedro y Javier Marqués Ouviaño, ‘Introducción’ en Claves sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas (Sepín, Madrid 2023).

Enseñat de Carlos, Sylvia, *Manual del Compliance Officer* (Aranzadi, Pamplona 2016).

Lucas Romero, Daniel, Los delitos cometidos en el seno de la empresa y su defensa legal (Colex, 2020).

Magro Servet, Vicente, Memento Experto Compliance Penal. Aplicación en empresas (Lefebvre 2020).

Sáiz Peña, Carlos A., Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa (Aranzadi, Madrid 2015).

#### 2. Artículos

Bacigalupo, Silvia, ‘Compliance’ (2021–2022) Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad

Boldova Pasamar, Miguel Ángel, ‘La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española’ (2023) 33 *Estudios Penales y Criminológicos*.

Cortés Labadía, Juan Pedro y Inés Solís Benjumea, “La pericial de sistemas de compliance: particularidades del Caso Bankia”, (*Diario La Ley*, Nº9752, Sección Tribuna, 11 de diciembre de 2020).

Fanjul González, Pedro, ‘Dificultades de la responsabilidad penal de las sociedades: la cultura del cumplimiento y el traslado y extensión de la responsabilidad penal en operaciones de M&A’ (2024) *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* 57.

Pérez Ferrer, Fátima, ‘Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (compliance)’ (2018) 13 *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*.

Remacha, Marta, ‘Compliance, ética y RSC’ (2016) Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo.

Torres Robles, María, *Estructura de un Programa de Compliance* (World Compliance Association, Madrid 2021).

### 3. Otros documentos

Grupo Ático 34, “Mapa de riesgos de Compliance: ¿Qué es y cómo elaborarlo”. Disponible en: <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/compliance/mapa-riesgos/> accessed 25 October 2024.

Grupo Ático 34, ‘Sistema disciplinario en el Compliance’ (*Protección Datos LOPD*, 25 octubre 2024) <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/compliance/sistema-disciplinario/> accessed 25 October 2024.

# OPA Hostil BBVA-Sabadell y Derecho de la Competencia: análisis de los compromisos de BBVA

*Marc Fuentes Quiles<sup>1</sup>*

*Estudiante de Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid*

## Resumen

El 9 de mayo de 2024, BBVA decidió lanzar una oferta pública de adquisición (OPA) hostil sobre el 100% de las acciones de Banco Sabadell. Una operación de tal magnitud y naturaleza plantea importantes desafíos y regulatorios, especialmente en un sector tan sensible como es el bancario. Una adquisición no consentida en un mercado fuertemente regulado exige un análisis desde diferentes ópticas del Derecho, pues convergen normas de Derecho societario, regulación financiera y, de forma destacada y central en este artículo, Derecho de la Competencia.

En abril de 2025 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) autorizó la operación en segunda fase, condicionándola a una serie de requisitos asumidos por BBVA para mitigar los riesgos que pudiera presentar la operación. Estos compromisos abren interrogantes sobre su efectividad a largo plazo y sobre el modelo por el que se regulan este tipo de concentraciones.

El presente artículo analiza el encaje jurídico de la OPA hostil en el sistema de Derecho de la Competencia, tomando como caso de estudio la operación BBVA/Sabadell. Se examinan los fundamentos normativos, la jurisprudencia aplicable y la actuación institucional, con el fin de valorar hasta qué punto el marco actual es eficaz frente a operaciones que pueden comprometer la competencia efectiva y el interés general.

**Palabras Clave:** Derecho de la Competencia; OPA hostil; BBVA; Unión Europea; concentraciones; posición dominante; compromisos conductuales; compromisos estructurales.

## Abstract

On May 9, 2024, BBVA launched a hostile takeover bid (OPA) for 100% of Banco Sabadell's shares. An operation of such magnitude and nature raises significant regulatory and legal challenges, particularly in a highly sensitive sector like banking. A non-consensual acquisition in a heavily regulated market requires analysis from multiple legal perspectives, as it involves corporate law, financial regulation, and—most prominently in this article—Competition Law.

In April 2025, the Spanish National Commission on Markets and Competition (CNMC) approved the transaction in its second phase, subject to a set of commitments assumed by BBVA to mitigate

---

<sup>1</sup> Marc Fuentes Quiles estudia Derecho en la UAM. Ha participado en la clínica jurídica y en el Moot Court de ELSA. Le interesan el Derecho Económico y su análisis. Aspira a ejercer en un área que integre sus intereses y aptitudes.

the potential risks arising from the operation. These commitments raise questions about their long-term effectiveness and the regulatory model governing such concentrations.

This article examines the legal framework of hostile takeovers within Competition Law, using the BBVA/Sabadell operation as a case study. It explores the legal foundations, relevant case law, and institutional actions, aiming to assess whether the current framework is effective in addressing operations that may jeopardize effective competition and the public interest.

**Keywords:** Competition Law; hostile takeover; BBVA; European Union; mergers; dominant position; behavioural commitments; structural commitments

### **Lista de abreviaturas y siglas**

OPA: Oferta Pública de Adquisición

BBVA: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria

UE: Unión Europea

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

CE: Comisión Europea

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

PSD2: Segunda Directiva de Servicios de Pago

TPV: Terminal de Punto de Venta

Pyme: Pequeña y Mediana Empresa

LSC: Ley de Sociedades de Capital

APM: Audiencia Provincial de Madrid

TS: Tribunal Supremo

RD: Real Decreto

## 1. Introducción

En mayo de 2024 BBVA anunció una oferta pública de adquisición (OPA) hostil sobre Banco Sabadell. Esta operación sacude el sistema financiero español y obliga a revisar la solidez de los cimientos jurídicos que lo sustentan. Por su magnitud y características, supone un hito en la historia del sector bancario nacional.

La oferta fue definida por la CNMC como un proyecto de adquisición de control exclusivo de Sabadell por parte de BBVA. Esta operación suscita interrogantes tanto desde el punto de vista del derecho societario –por la situación hostil al consejo del objetivo– como del derecho de la competencia, al implicar la concentración de dos grandes entidades financieras.

La CNMC calificó la oferta como una concentración sujeta a autorización y abrió su investigación en fase I y II. Como veremos, la CNMC detectó riesgos significativos de competencia en varios mercados como la banca minorista o los créditos a pymes. Esta intervención no es un hecho aislado ni meramente formal. Responde a una preocupación creciente sobre los riesgos que plantea para el consumidor una concentración bancaria de tal calibre: reducción de la competitividad, impacto en el acceso al crédito o la disponibilidad de oficinas y cajeros en zonas rurales.<sup>2</sup>

El potencial deterioro de las condiciones de los consumidores que la OPA hostil supone genera un presupuesto de estudio sobre la racionalización bancaria en Europa y el papel del Derecho de la Competencia para mitigar perjuicios estructurales.

El fenómeno de la concentración financiera en España no es nuevo. A raíz de la crisis de deuda soberana en la eurozona, múltiples entidades han sido objeto de fusiones o adquisiciones. La reciente integración de CaixaBank y Bankia, por ejemplo, evidenció hasta donde puede actuar el Estado como actor económico, árbitro y juez simultáneamente. El número de entidades de depósito en España entre 2007 y 2024 se ha reducido un 34%, situando al sector bancario español como el más concentrado de entre sus semejantes en la zona euro con un nivel del índice HHI<sup>3</sup> igual a 1.331 puntos en 2023. (Alemania -323-, Francia -567-, Italia -716- y Portugal -1.194-).<sup>4</sup>

Un elemento diferencial en el caso de BBVA y Sabadell es la naturaleza hostil de la OPA, poniendo de manifiesto el desacuerdo del consejo de administración de la sociedad objetivo, generando una tensión adicional que pone en juego el interés general, los derechos de los accionistas y la necesidad de proteger una estructura competitiva de mercado.

La autorización de la operación por parte de la CNMC en abril de 2025 quedó supeditada al cumplimiento de una serie de compromisos orientados a mitigar los efectos negativos detectados para la competencia. Este artículo tiene como objetivo analizar el encaje jurídico de la OPA hostil dentro

---

<sup>2</sup> CNMC, Nota de prensa, 30 de abril de 2025

<sup>3</sup> Índice de Herfindahl - Indicador utilizado para medir la concentración de un mercado. Se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de todas las empresas presentes en el mismo. Sus valores oscilan entre 0 (competencia perfecta) y 10.000 (monopolio). Un HHI superior a 2.000 suele considerarse indicativo de un mercado altamente concentrado por parte de autoridades de competencia.

<sup>4</sup> Informe INF/CNMC/149/24, *sobre inceglontivos a la remuneración de depósitos*, 2024



del marco del Derecho de la Competencia, así como el impacto de los compromisos impuestos a iniciativa de BBVA por la CNMC.

## 2. OPA hostil: definición, naturaleza y contexto

Una OPA es una operación societaria mediante la cual un sujeto, ya sea persona física o jurídica, lanza una propuesta al conjunto de accionistas de una sociedad cotizada para adquirir sus acciones. Se trata de un mecanismo ampliamente regulado por su naturaleza y concebido para salvaguardar la transparencia, la protección de los derechos de los inversores y la integridad estructural del mercado. En el caso español, el régimen jurídico se encuentra en el Real Decreto 1066/2007.<sup>5</sup>

Una OPA se considera de carácter hostil cuando se presenta sin la aceptación previa de los órganos de gobierno de la sociedad cuyas acciones se pretende adquirir.<sup>6</sup> Esta hostilidad no implica ilegalidad, pero sí una ruptura del consenso corporativo, activando mecanismos internos de defensa por parte de la sociedad objetivo y generando un conflicto entre la resistencia institucional y la voluntad del mercado que exige un análisis profundo por parte de las autoridades competentes.

Los mecanismos de defensa por parte del consejo de administración de la sociedad objetivo de la OPA hostil pueden ir desde campañas de comunicación al mercado, recomendaciones negativas, activación de cláusulas disuasorias y hasta la búsqueda de un caballero blanco<sup>7</sup> que contrarreste la oferta presentando una oferta de adquisición con mejoras sobre la primera, se elige a un tercero comprador que por motivos estratégicos o económicos se considere preferible al que ha presentado la OPA hostil. Esta resistencia institucional puede verse motivada por razones estratégicas, pero debe ejercerse dentro del presupuesto impuesto por el deber de lealtad a los accionistas.

Desde el plano doctrinal y económico, las OPAs hostiles se han interpretado como expresiones del “mercado de control corporativo”, entendido como un medio para disciplinar gestiones ineficientes o estrategias empresariales fallidas. La tesis de Henry G. Manne entiende que este mecanismo permite castigar a gestores ineficientes y premiar a aquellos que pueden maximizar el rendimiento y valor de la sociedad.<sup>8</sup> No obstante, en la práctica suelen asociarse a recortes, pérdida de empleos, desinversiones y un sensible ataque a la competitividad. Todo esto revestido entre conflictos de intereses entre los accionistas, quienes pueden beneficiarse de una prima, los administradores, que temen ser reemplazados y los terceros afectados como trabajadores, consumidores e incluso territorios.

En el caso que nos atañe, la hostilidad es manifiesta, no solo fue declarada por la CNMC (, sino que quedó patente en la negativa del consejo de Sabadell a apoyar la propuesta de integración, hecho que llevó a BBVA a dirigirse directamente a los accionistas. Esta circunstancia dota al expediente de una

---

<sup>5</sup> Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, por el que se regula el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores en España (BOE n.º 180, 28 julio 2007).

<sup>6</sup> CNMV, *Glosario financiero*, voz “OPA hostil”.

<sup>7</sup> CNMV, *Glosario financiero*, voz “Caballero blanco”.

<sup>8</sup> HG Manne., “Mergers and the Market for Corporate Control”, *Journal of Political Economy*, vol. 73, 1965, pp. 110–120

especial intensidad institucional, al confluir aspectos de gobierno corporativo, libertad económica, concentración bancaria y equilibrio.

Desde el punto de vista jurídico, el conflicto entre libre adquisición de bienes y estabilidad de la administración societaria que la OPA hostil plantea genera una tensión que cabe tratar. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha insistido en la necesidad de que cualquier restricción al mercado de capitales o al derecho de adquisición de participaciones esté debidamente justificada y pase el examen de proporcionalidad<sup>9 10</sup>

### 3. Marco normativo aplicable

Debido a su complejidad y sofisticación, las OPA hostiles operan en la intersección de distintas ramas del Derecho. De cara a comprender y controlar la operación se requiere un enfoque transversal de normas de Derecho societario, regulación del mercado de Valores y Derecho de la competencia, sumado a una contextualización del caso. A continuación se repasan las principales fuentes y autoridades que cabe tener en cuenta en este tipo de operaciones.

#### 3.1. Derecho Societario

El primer paso para entender una OPA hostil en España es el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, que desarrolla la Ley del Mercado de Valores en materia de ofertas públicas de adquisición. Esta norma establece los distintos supuestos en los que una OPA es obligatoria, los requisitos de equidad y transparencia y las fases de tramitación ante la CNMV.

Entre los principios rectores por los que debe regirse la OPA destaca el de igualdad de trato entre los destinatarios de esta,<sup>11</sup> el deber de transparencia en la información, y el respeto al buen funcionamiento del mercado. La CNMV actúa como autoridad supervisora, con potestad para suspender u ordenar la modificación de una oferta si detecta anomalías o prácticas contrarias al buen funcionamiento del mercado.<sup>12</sup>

En el contexto de una OPA hostil, la reacción del órgano de administración del objetivo es clave. El artículo 24 del RD 1066/2007 exige que el consejo emita un informe razonado sobre la oferta y sus consecuencias para la sociedad, accionistas, empleados y el interés general. Este informe es preceptivo y se convierte en una herramienta de defensa institucional de la empresa objetivo.

Desde la óptica doctrinal, se ha discutido si el consejo, al oponerse a una oferta beneficiosa en términos económicos para los accionistas, estaría faltando a su lealtad, incurriendo en un incumplimiento de dicho deber. En esa estela, el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) exige que los administradores actúen con la diligencia de un ordenado empresario y en defensa

---

<sup>9</sup> Primero identificamos si el fin es legítimo, después si la medida es idónea para perseguir dicho fin, tras eso determinar si es la medida menos gravosa posible y, habiendo pasado esta prueba, quedaría determinar su proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>10</sup> TJUE, C-112/05, *Commission v. Germany* asunto C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623.

<sup>11</sup> art. 14.1 del Real Decreto 1066/2007

<sup>12</sup> art. 26 RD 1066/2007

del interés social, lo que puede colisionar con el rechazo a determinadas OPAs de no estar adecuadamente justificado.

Algunas jurisdicciones europeas limitan las posibilidades de defensa del órgano de administración de la sociedad objetivo. En Alemania rige el principio de neutralidad del órgano de administración, conforme a la *Takeover Directive*.<sup>13</sup> Este principio no se ha transpuesto en España de forma directa, más tiene implicaciones en la interpretación doctrinal sobre los límites de la oposición del consejo a una OPA hostil.<sup>14</sup>

La jurisprudencia española sobre OPAs hostiles es aún limitada, pero la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia núm. 11813/2007, de 13 de septiembre, señaló que la oposición del consejo a una OPA no constituye por sí sola una infracción del ordenamiento, siempre que se base en un análisis objetivo del interés social y no en intereses personales de los administradores.<sup>15</sup> Por su parte, Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 941/2009, de 6 de marzo, reiteró que la actuación del consejo frente a operaciones societarias de esta envergadura debe estar guiada por la racionalidad, la transparencia y la protección equilibrada de los intereses en juego.<sup>16</sup>

En conclusión, el marco normativo español combina una cierta flexibilidad del órgano de administración para reaccionar ante OPAs hostiles con límites derivados de la *passivity rule*<sup>17</sup> y del deber de lealtad a los accionistas. Este ajuste pretende evitar abusos defensivos por parte de los administradores, sin dejar completamente desprotegida a la sociedad objetivo frente a adquisiciones hostiles con potenciales efectos gravosos.

### III.II. Derecho de la Competencia

El impacto en la estructura de mercado que puede causar una OPA hostil de este calibre hace imprescindible examinarla bajo los presupuestos del control de concentraciones. La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC) establece un procedimiento de control de aplicación a las concentraciones económicas donde se adquiera o se incremente a una cuota igual o superior al 30 por ciento de la cuota de mercado.<sup>18</sup> La autoridad competente es la CNMC, que examina la concentración en dos fases sucesivas. La fase primera es la de instrucción inicial, con un plazo de un mes más 15 días de prórroga posible, la Dirección de investigación elabora un informe acorde a los criterios sustantivos del art. 10 LDC. El Consejo de la CNMC decide si autorizar, mediando o no condiciones o bien dar pie a la segunda fase.

Esta segunda fase se ve motivada por la creencia de que la fusión puede obstaculizar la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional. En el caso BBVA/Sabadell, la CNMC acordó en

---

<sup>13</sup> Directiva 2004/25/CE, art. 9

<sup>14</sup> J. García de Enterría, *Mercedo de control y medidas defensivas*, 1999

<sup>15</sup> Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia 11813/2007, de 13 de septiembre, ECLI: ES: APM:2007:11813au

<sup>16</sup> Tribunal Supremo, en su Sentencia 941/2009, de 6 de marzo ECLI: ES:TS:2009:941

<sup>17</sup> art. 28 RD 1066/2007

<sup>18</sup> art. 8.1.a) Ley 15/2007

noviembre de 2024 abrir fase II al considerar que los compromisos iniciales no solucionaban todos los aparentes problemas.

La fase II puede contar con hasta cinco meses de investigación más audiencia, la CNMC difunde una nota sucinta y recaba alegaciones previo a dictar una resolución final. Si la CNMC denegase la fusión o la aprobase sujeta a compromisos, esta decisión será notificada al Ministerio de Economía, quien puede elevarla al Consejo de Ministros alegando razones de interés general (art. 60 LDC). Si el Consejo rechaza, se bloquea la fusión; si confirma o no actúa en plazo (15 días hábiles más 1 mes), prevalecerá el dictamen de la CNMC.

El ya mencionado art. 10 LDC enumera los factores a valorar en el examen sustantivo<sup>19</sup>. En la práctica, esto implica delimitar los mercados de producto donde operan BBVA y Sabadell. La CNMC ha considerado en la nota sucinta efectos potenciales de la operación como la creación de una entidad líder dentro de la banca minorista, la creación de una estructura monopolística en 7 códigos postales y duopolística en 65. Estos datos atestiguan la creación o refuerzo de posiciones dominantes locales.

De conformidad con la definición establecida por el TJUE en el asunto *United Brands v. Commission*, una posición dominante es aquella que disfruta de una independencia de comportamiento en su mercado y tiene la posibilidad de obstaculizar en buena medida la competencia efectiva por parte de sus competidores<sup>20</sup>.

En el caso BBVA/Sabadell, a la luz de lo expuesto, la situación de la banca minorista justifica la sospecha de la creación o refuerzo de posición dominante. En adición a esto, el análisis no se limita a lo cuantitativo, también existe un examen de barreras de entrada que examina cuan mitigables son los efectos de la concentración.

Cabe prestar atención a la Segunda Directiva de Servicios de Pago (PSD2) (directiva ue 2015/2366). Esta normativa europea busca modernizar, aumentar la seguridad y fomentar la competencia en el sector de los pagos electrónicos. A raíz de esta directiva han aparecido nuevos operadores digitales como Fintech o neobancos que ya forman parte del mercado y de la realidad de muchos consumidores.

Sin embargo, su capacidad real para disputar cuota de mercado a los grandes bancos tradicionales sigue siendo limitada, especialmente en los territorios que podrían verse más afectados por la concentración. En el sector bancario la confianza del consumidor y la presencia territorial son filtros difícilmente replicables para nuevos actores.

Estaríamos ante barreras no de entradas, sino de fidelización, estas barreras son capaces de segmentar el mercado de forma en que se favorezca la consolidación del poder tras una fusión como la de

---

<sup>19</sup> la estructura de los mercados relevantes; la posición y fortaleza económica de las empresas afectadas; la competencia real o potencial (interna o externa); la capacidad de proveedores y clientes para cambiar de contraparte; la existencia de barreras de entrada; la evolución de oferta y demanda; el poder de negociación (de oferta y demanda); y las economías de escala o sinergias previstas

<sup>20</sup> TJUE, Sentencia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, aps. 62-65

BBVA/Sabadell. Por lo tanto, pese a la reducción en los obstáculos técnicos derivada de la PSD2, subsisten elementos estructurales de gran relevancia que siguen dificultando la captación de clientes por parte de entidades alternativas.

Otras barreras que desalientan el acceso de nuevos competidores en zonas de baja rentabilidad como áreas rurales o demográficamente envejecidas son los costes hundidos, como inversiones en infraestructura o personal.

Puede concluirse entonces que el análisis técnico debe integrar ambos exámenes: uno cuantitativo destinado a analizar las cuotas y otro cualitativo, examinando estructura de mercado, barreras de entrada y capacidad de respuesta por parte de la competencia. En el caso BBVA/Sabadell, una elevada cuota de mercado, combinada con una demanda atomizada y las barreras ya expuestas, presentan un caldo de cultivo perfecto para consolidar el poder de mercado. Esto fue precisamente lo que llevo a BBVA y a la CNMC a acordar una serie de compromisos dirigidos a mitigar tales consecuencias.

#### **4. Compromisos asumidos por BBVA<sup>21</sup>**

##### **Clientes vulnerables**

BBVA se compromete a crear y publicitar una “Cuenta para Clientes Vulnerables” con condiciones ventajosas, identificando a los clientes que puedan acogerse a ella. Esta cuenta ofrecerá condiciones preferentes, como la ausencia de comisiones de apertura, administración y mantenimiento. Otras condiciones son una tarjeta de débito gratuita, transferencias digitales ilimitadas sin coste y exención de comisiones en el envío de divisas.

Este compromiso busca evitar la exclusión financiera de colectivos vulnerables como los ya mencionados residentes en zonas rurales con escasa oferta bancaria, quienes podrían verse perjudicados por peores condiciones y pérdida de servicios de no asegurarse esta serie de compromisos. Asegurando una cuenta sin comisiones y con los servicios esenciales cubiertos, se protege a esta serie de usuarios frente a futuros incrementos de precios o cierre de sus cuentas, manteniendo su acceso al sistema financiero. Este compromiso es idóneo desde la óptica de la competencia, mitigando la fuerza que el nuevo banco fusionado pudiera tener para imponer condiciones poco favorables a aquellos que menos capacidad tienen de elegir un proveedor alternativo.

Al ser un compromiso de carácter conductual y no estructural<sup>22</sup> resulta idóneo para reducir el riesgo de exclusión financiera en el corto plazo. Con la creación de un producto específico con condiciones fijadas, BBVA se autoimpone una limitación vinculante a su libertad comercial. Este compromiso es eficaz al brindar una salvaguarda concreta a un grupo definido de clientes.

---

<sup>21</sup> CNMC, Nota de prensa, 30 de abril de 2025.

<sup>22</sup> Los compromisos estructurales modifican la estructura del mercado (e.g., venta de activos), mientras que los conductuales regulan el comportamiento futuro de la empresa (e.g., mantener precios o servicios)

Ya existe un precedente en el entorno español como lo es la “cuenta social”, oferta de CaixaBank tras las fusión con Bankia.<sup>23</sup> Los compromisos conductuales requieren seguimiento estricto por parte de la CNMC, esta deberá asegurarse de que se identifique eficazmente a los clientes que cumplan con los requisitos de elegibilidad de dicha cuenta, comunicarles la posibilidad de beneficiarse, y mantener durante la vigencia del compromiso dicha cuenta o un producto equivalente en, al menos, igualdad de condiciones.

Los tribunales de la UE reconocen la legitimidad de remedios conductuales alejados de los clásicos estructurales, siempre que sean aptos para resolver los problemas identificados. La sentencia del TJUE en el asunto *Commission v Tetra Laval*, 2005, aceptó que un compromiso de comportamiento podría abordar preocupaciones de competencia. Alineada con esta argumentación, el Tribunal subraya que la autoridad no debe limitarse a señalar las posibles conductas ilícitas, también debe valorar hasta donde los compromisos neutralizan esas posibles transgresiones<sup>24</sup>.

En suma, este compromiso cumple el objetivo de proteger a un colectivo determinado y refuerza la viabilidad de la fusión bajo el paraguas del Derecho de la Competencia.

### **Comunicaciones a los clientes**

BBVA se obliga a informar de forma transparente a los clientes de Banco Sabadell acerca de cualquier modificación en las condiciones de sus productos y servicios que venga motivada por la fusión. Deberá publicar en su página web y comunicar individualmente a dichos clientes.

En la fusión CaixaBank/Bankia, se exigió comunicar a los antiguos clientes de Bankia los nuevos precios o productos alternativos con un preaviso de, al menos, 60 días para personas físicas, explicitando su libertad de cambiar de entidad. En la nota de prensa del caso BBVA/Sabadell se describe este compromiso de forma general, más es razonable suponer que seguirá una línea similar a lo visto en Caixabank/Bankia.

La finalidad de este compromiso es proteger el proceso competitivo mediante el fomento de la transparencia y la movilidad de los clientes. Los clientes deben tener todas las cartas sobre la mesa para poder reaccionar a cambios en sus condiciones.

Por un lado se asegura que los consumidores no sufran cambios ocultos o sorpresivos que puedan perjudicarlos. En adición, se facilita la disciplina de mercado al facilitar que los clientes puedan comparar ofertas de otros bancos con tiempo suficiente como para cambiar de proveedor.

Esta política reduce los costes de cambio, empoderando al cliente y ata a BBVA a llevar a cabo una reflexión mas profunda y responsable antes de introducir subidas de comisiones o nuevas exigencias contractuales. El compromiso incentiva a BBVA a mantener condiciones razonables de no querer perder clientela, eliminando la ventaja informativa de la entidad que muchas veces resulta en un perjuicio competitivo.

---

<sup>23</sup> CNMC, *Expediente C/1144/20* (fusión CaixaBank/Bankia).

<sup>24</sup> TJUE, C-12/03 P, apartados 153-159

Bien cierto es, también, que el compromiso no impide el cambio de condiciones en sí. BBVA podría aplicar modificaciones tras el periodo de aviso, siempre que se informe correctamente. El cliente no puede evitar el cambio, más posibilita su reacción. De no existir competidores alternativos atractivos, esta medida carece de fuerza alguna, por lo que este compromiso debe ir acompañado del resto, exigiendo una supervisión total por parte de la CNMC.

### **Mantenimiento de presencia física en determinados territorios**

Este compromiso de BBVA consiste en el no abandono de la presencia física en las localidades sensibles, concretamente:

“(a) *Municipios sin competencia suficiente*: no cerrará oficinas en ningún municipio donde, como resultado de la operación, solo quede una oficina competidora aparte de BBVA, incluyendo los 8 municipios donde actualmente Sabadell o BBVA operan sin ningún competidor; (b) *Oficinas sin duplicidad cercana*: no cerrará ninguna oficina de la entidad resultante que no tenga otra oficina de BBVA/Sabadell a menos de 300 metros (evitando cierres que dejen a un barrio sin sucursal cercana); (c) *Oficinas especializadas*: mantendrá abiertas todas las 35 oficinas especializadas en empresas de Banco Sabadell, conservando igualmente a sus gestores; (d) *Zonas de bajo nivel de renta*: no cerrará oficinas en municipios cuya renta per cápita sea inferior a 10.000 euros (aprox. 200 municipios identificados); y (e) *Pequeños municipios*: no cerrará oficinas en municipios de menos de 5.000 habitantes donde al menos una de las dos entidades (BBVA o Sabadell) estuviera presente (más de 150 municipios)”<sup>25</sup>.

BBVA mantendrá los horarios comerciales de las oficinas y ofrecerá el servicio Correos Cash<sup>26</sup> de forma gratuita dos veces por semana en dichos municipios. La red física de ambas entidades no será desmantelada en las zonas vulnerables.

El presente compromiso atiende al riesgo de exclusión financiera territorial. La finalidad es mantener la disponibilidad del servicio presencial en estas áreas tan susceptibles de verse afectadas por la reducción en la competencia. Mantener una sucursal abierta en municipios garantiza que los clientes mantengan su acceso a, al menos, un oferente bancario. Esto protege principalmente a personas mayores o pequeños comercios locales, ambos grupos dependen de la banca tradicional y se verían sumamente afectados por la retirada de oficinas.

Otro riesgo a evitar es que BBVA pretenda ahorrar costes cerrando oficinas masivamente, práctica acorde al punto de vista empresarial pero nociva para la competencia.

Este remedio conductual de acceso elimina la posibilidad de encontrarnos ante el escenario más extremo de daño, el cierre de la única oficina disponible. Un remedio estructural en este caso sería la venta de las oficinas a un tercero, pero resulta de mayor efectividad la opción de comportamiento.

<sup>25</sup> CNMC, Nota de prensa, 30 de abril de 2025.

<sup>26</sup> Servicio prestado por Correos que permite a los clientes bancarios realizar operaciones básicas como retirar o ingresar efectivo en oficinas postales, especialmente en zonas rurales donde no hay sucursales bancarias. Este servicio mejora la inclusión financiera garantizando acceso físico al dinero en efectivo

En su momento, CaixaBank también se obligó a no abandonar ningún municipio sin oficina competidora tras la absorción de Bankia.

La propia ICN reconoce que en fusiones donde es difícil separar activos, la autoridad debe prohibir la fusión o aceptar un remedio conductual bien diseñado. En este caso se ha optado por lo segundo.

El desafío que presenta este compromiso es el coste operativo para BBVA, quien deberá mantener oficinas de baja rentabilidad. Si las condiciones económicas cambian, BBVA podría buscar soluciones tales como reducir personal. Este riesgo se ve mitigado en parte por la imposición de mantener un horario de caja y de mantener las oficinas. Aun así, existe el riesgo de que la entidad pretenda optimizar, sugiriendo a los clientes transicionar progresivamente hacia banca online o reduciendo la calidad del servicio.

Otro riesgo evidente es la temporalidad del compromiso. La duración inicial es de 3 años (aunque la CNMC podría prorrogar algunos compromisos), tras dicho periodo BBVA podría cerrar las sucursales, relevando el compromiso a una utilidad temporal, sencillamente dilatando un problema estructural en lugar de eliminarlo.

Por concluir, este compromiso actúa como un “coto de veda”<sup>27</sup> temporal a los cierres de sucursales, relevando la posibilidad de eliminar el riesgo a una eventual aparición de nuevas soluciones.

### **Mantenimiento de condiciones comerciales en códigos postales problemáticos**

Mantener las condiciones comerciales de todos los clientes en aquellas zonas identificadas como códigos postales problemáticos (definidos por la CNMC, en función de drástica reducción de competencia local que pueda acarrear la fusión) es un compromiso que implica la congelación de términos contractuales.

No se modificará ninguna comisión, tipo de interés o cualquier condición en perjuicio del cliente. BBVA mantendrá la gratuidad de las operaciones en caja en dichas oficinas, en los casos en que fueran gratuitas con anterioridad.

El compromiso también incorpora medidas específicas para las pymes en estos entornos:

- (a) BBVA seguirá aplicando una política comercial unificada a nivel nacional para productos y precios de pymes, evitando discriminaciones por zona;
- (b) confirma que no cerrará las oficinas especializadas de empresas de Sabadell, extremo ya incluido en el compromiso de presencia física; y
- (c) se compromete a que, para el nuevo flujo de crédito a pymes y autónomos en esas zonas, no cobrará un precio superior al promedio nacional para cada categoría de producto y nivel de riesgo equivalente

---

<sup>27</sup> Expresión utilizada como metáfora para referirse a una zona o situación temporalmente protegida frente a intervenciones que puedan causar perjuicio. En el contexto del artículo, se refiere a los municipios donde BBVA se compromete a no cerrar oficinas durante un periodo determinado, actuando así como un “espacio protegido” frente a la exclusión financiera



Este punto actúa como tope: cualquier préstamo nuevo que BBVA conceda a pymes en estos códigos postales tendrá una tasa que no exceda la media que se aplique a ese producto a nivel nacional.

Limitar los precios evita un empeoramiento de las condiciones comerciales en estas zonas vulnerables. Neutralizando el incentivo perverso de la multinacional se garantiza que los clientes de dichas zonas mantengan unas condiciones, preservando su bienestar y evitando prácticas abusivas. Evitando que la fusión traiga condiciones gravosas en mercados locales concentrados se protege tanto al consumidor individual como al tejido empresarial pequeño y mediano, manteniendo la disciplina competitiva.

Este *price cap* es idóneo para abordar el daño identificado, compensando de forma directa los efectos de la adquisición. Desde el punto de vista de la competencia es una medida de comportamiento que requiere vigilancia, pero asegura la ausencia de perjuicio a corto plazo, manteniendo los incentivos para que BBVA mejore las condiciones.

Como todos los compromisos vistos con anterioridad, la dificultad radica en la monitorización y cumplimiento, es por ello que el Derecho solo es Derecho si vincula. La CNMC deberá establecer un sistema de reporte y atender a posibles quejas de clientes si estos perciben cambios notorios. Otro desafío es determinar como se aplica esta medida a nuevos clientes en esas zonas. Un nuevo residente que abra cuenta tras la fusión tal vez no esté protegido por este compromiso, generando un doble régimen entre nuevos y antiguos clientes.

Un compromiso de esta naturaleza parece ser un parche temporal que tras su inaplicación devolverá la situación a una estructura oligopólica en el mejor de los casos. En definitiva, un compromiso de congelación parece más una medida transitoria con una eficacia limitada en el tiempo que podría no ser lo deseable.

### **Mantenimiento de líneas de circulante y volumen de crédito a pymes**

La entidad asume varias obligaciones para evitar la reducción de la financiación a corto, medio y largo plazo que reciben las pymes y autónomos clientes de ambas compañías.

BBVA se compromete a mantener todas las líneas de circulante (explicación) que las pymes y autónomos tuvieran contratadas con Banco Sabadell, renovando dichas líneas al momento de llegar sus vencimientos.

En segundo lugar, BBVA se compromete a mantener el volumen total de crédito a medio y largo plazo otorgado a aquellos clientes pymes que, a 30 de abril de 2025 tuvieran al menos el 85% de su financiación con BBVA y/o Sabadell. Las pymes altamente dependientes de estas dos entidades no verán disminuido su monto financiado.

En adición, en las Comunidades Autónomas donde la cuota de la entidad fusionada en el segmento de crédito a pymes supere el 30% con más de un 10% añadido (Cataluña e Islas Baleares), BBVA deberá mantener el volumen de crédito para aquellos clientes pymes que tuviesen al menos el 50% de

su financiación con BBVA y/o Sabadell. Este umbral más bajo amplía la protección a más pymes en esas regiones que se verán particularmente afectadas.

La CNMC ha reflejado la importancia de las pymes y sostenerles el crédito impide que BBVA disminuya en un futuro la financiación disponible para estos clientes. Una contracción crediticia sería especialmente gravosa para toda la estructura: menos crédito se traduce en una menor actividad económica y menos competitividad en mercados relacionados. Asegurar la continuidad de la oferta de crédito es clave para que los actores sigan actuando como si la competencia no se hubiera reducido.

El compromiso mantiene el flujo competitivo de financiación y mantiene viva sus opciones de mercado, por lo tanto su pertinencia es superlativa. Mantener la salida en el mercado de crédito ataca directamente el posible efecto anticompetitivo de la fusión.

Un posible riesgo es la calidad del crédito, pudiendo exponer a BBVA a problemas si alguna pyme disminuye en su solvencia. Habría que asumir que dicho compromiso no obliga a renovar a toda costa si la pyme se encuentra en incumplimiento grave. La nota de prensa no detalla excepciones, pero es lógico esperar que BBVA pueda denegar renovaciones en casos justificados. La existencia de esta área gris es sumamente peligrosa, BBVA podría alegar criterios de riesgo para tratar de no renovar algunas líneas, y la CNMC tendría que evaluar si el pretexto es legítimo.

Otra limitación es que esta medida no obliga a prestar más, solo a no prestar menos. Si una pyme quisiera aumentar su endeudamiento, BBVA no está vinculada a concederle más allá del volumen actual, no promoviendo el aumento de la competencia vía expansión de crédito, siendo una medida de mantenimiento. Los riesgos son principalmente de implementación, de tiempo y de poca concreción.

### **Acceso transitorio a cajeros**

En relación con los acuerdos vigentes que Banco Sabadell mantenía para el uso de cajeros automáticos con terceros, BBVA se compromete a un acceso transitorio en las mismas condiciones. Sabadell tiene acuerdos con la red Euro 6000 y con la operadora Cardtronics. BBVA se obliga a que, aunque esos acuerdos finalicen, sus clientes continúen teniendo acceso a los cajeros que eran titularidad de Sabadell, manteniendo las condiciones económicas.

BBVA tampoco podrá modificar la política de comisiones, mantendrá las mismas tarifas que cobraba Sabadell. Los clientes podrán seguir utilizando el mismo alcance de red de cajeros y condiciones que Sabadell les ofrecía, pese a la operación, evitando rupturas de convenios o subidas de comisiones.

Paliar el riesgo de empeoramiento de las condiciones de acceso a dinero en efectivo es un objetivo claro de la CNMC, autoridad que detectó que la operación podría afectar negativamente a dichos acuerdos. El acceso a cajeros automáticos es un factor de competencia al ser un atractivo para los clientes, si tras la fusión los clientes perdieran esta ventaja, su situación empeoraría. Este compromiso, por lo tanto, persigue que no se degrade la situación competitiva de los clientes en cuanto a disponibilidad de cajeros durante la transición.

También se eliminan comportamientos oportunistas por parte de BBVA que, gracias a la fusión, pudiera tomar la decisión de rediseñar acuerdos de cajeros en su favor y en detrimento de la competencia. Al mantenerlos vigentes de facto por 18 meses se evitan disrupciones mientras se completa la integración y da a BBVA un presupuesto temporal razonable para renegociar sus acuerdos. Además, la entidad se ve obligada a negociar proactivamente si algún acuerdo terminase anticipadamente, no pudiendo dejarlo caducar sin más.

Esta conducta temporal es manifiestamente transitoria, pero no supone un problema pues la CNMC no pretende regular indefinidamente el mercado, sino suavizar la transición.

### **Servicios de adquisición de operaciones de pago**

El último de los compromisos vincula a BBVA a no empeorar las condiciones de los servicios de adquirencia de pagos.<sup>28</sup> Todos los pequeños negocios que tuvieran un contrato vigente de servicio TPV/adquirencia con cualquiera de las firmas previo a la fusión no podrán ver aumentadas sus comisiones o impuestas condiciones más gravosas que aquellas de las que disfrutaban con anterioridad.

Las tarifas de descuento permanecerán iguales tras la concentración, sin alzas ni nuevas restricciones. Tampoco se menciona explícitamente si abarca a nuevos clientes, siendo este un riesgo, aunque es imaginable que este compromiso se enfoca en mantener las condiciones de los contratos, permitiendo a BBVA ofertar a futuros comercios condiciones según mercado.

Previendo el incremento de precios en el mercado de adquirencia de pagos se persigue que los comerciantes no sufran perjuicios económicos, protegiendo la competencia en el mercado de los medios de pago. Conservar un escenario competitivo similar al anterior a la fusión garantiza que la fusión no derive en menor competencia y mayores precios para los servicios de pago de los comercios.

Los riesgos entre todos los compromisos son similares, la vigencia temporal de estos, la mera imposición de la mantención de condiciones y el no abarcar a nuevos usuarios.

### **Conclusión**

En conjunto, estos siete compromisos crean un cuerpo de remedios conductuales que buscan mantener las condiciones de competencia preexistentes, hacer como si no se hubiera resentido. Cada compromiso atiende a un aspecto específico, reflejo del enfoque integral de la CNMC para proteger a consumidores además de a la competencia.

Si bien es cierto que la eficacia última dependerá de la estricta supervisión de la CNMC y de la buena fe de BBVA, se siguen planteando aun más interrogantes.

El alcance estructural de estas medidas es limitado, al tratarse de medidas conductuales no alteran la nueva estructura ni crean un competidos adicional, este “paliativo transitorio” carece de una eficacia

---

<sup>28</sup> Actividad por la cual una entidad financiera (el adquirente) facilita a comercios y autónomos la aceptación de pagos mediante tarjeta (TPV físico o virtual). Incluye la instalación del terminal, procesamiento de operaciones y liquidación con el comercio, a cambio de una comisión (tarifa de descuento)

concreta a largo plazo y parece estar más destinado a buscar una transición suave. La CNMC deberá vigilar de cerca la operación para asegurar que el resultado final no suponga un detrimento permanente de la competencia.

## 5. Epílogo

La operación BBVA/Sabadell y la intervención de la CNMC ponen de relieve el papel del Derecho de la Competencia como derecho armonizador. Permitir fusiones que pueden fortalecer la solvencia y eficiencia de los bancos, mientras se evita que dicha consolidación lesione la competencia en perjuicio de una gran parte de la población es una tarea de suma importancia.

El caso analizado supone un hito por su naturaleza y recorrido, ahora bien, esta experiencia plantea incógnitas sobre el futuro y también ha revelado limitaciones del modelo tradicional, orientando a futuras concentraciones en el sector a apoyarse en un enfoque más responsable y un número nada desdeñable de compromisos.

Mirando hacia el futuro se plantean interrogantes sobre la dirección del control de concentraciones en Europa. ¿Deberían flexibilizarse las normas para facilitar la formación de grandes grupos bancarios que compitan con gigantes de otras regiones de la Unión o conviene mantener un escrutinio más estricto para evitar efectos perjudiciales en el mercado local?

En todo caso, se ha evidenciado que el Derecho de la Competencia seguirá siendo un árbitro fundamental en el proceso de consolidación bancaria, siendo aquel que determine donde se ubica el equilibrio entre libertad de empresa y preservación de la estructura competitiva, guiando así la evolución hacia un modelo de control de concentraciones a nivel europeo que aúne integración financiera con competencia efectiva.

## Bibliografía

### 1. Legislación

Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, por el que se regula el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores en España.

*Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* (BOE n.º 180, 28 julio 2007)

Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición.

Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los servicios de pago en el mercado interior (PSD2).

### 2. Jurisprudencia

TJUE, Sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company y United Brands Continental BV v Commission*, asunto 27/76, ECLI:EU:C:1978:22.

TJUE, Sentencia de 23 de octubre de 2007, *Commission v Germany*, asunto C-112/05, ECLI:EU:C:2007:623.

TJUE, Sentencia de 15 de febrero de 2005, *Commission v Tetra Laval*, asunto C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87.

Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia. 11813/2007, de 13 de septiembre, ECLI:ES:APM:2007:11813.

Tribunal Supremo, Sentencia 941/2009, de 6 de marzo, ECLI:ES:TS:2009:941.

### 3. Libros y Artículos

Manne, HG, ‘*Mergers and the Market for Corporate Control*’ (1965) 73 *Journal of Political Economy* 110–120.

García de Enterría J, *Mercado de control y medidas defensivas* (Civitas, 1999).

### 6.4. Otros Documentos

CNMC, *Nota de prensa*, 30 de abril de 2025.

CNMC, *Informe INF/CNMC/149/24, sobre incentivos a la remuneración de depósitos*, 2024.

CNMV, *Glosario financiero*, voz “OPA hostil”.

CNMV, *Glosario financiero*, voz “Caballero blanco”.

CNMC, *Expediente C/1144/20* (fusión CaixaBank/Bankia).

# Comentario a las Novedades Jurisprudenciales en materia de Bioética

*Juan Ruiz Revilla<sup>1</sup>*

*Graduado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid*

## Resumen

La STSJ Cataluña 1187/2025 sugiere el debate de la intervención en el procedimiento administrativo de eutanasia de terceras personas, los padres del solicitante, admitiendo la legitimación activa de estos por ostentar interés legítimo. Así, se cuestiona el valor de autonomía promulgado por la LO 3/2021 y las dimensiones subjetivas de este interés legítimo. Por otro lado, STS 496/2025 cuestiona el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid, que afirma la preferencia de un criterio biológico frente al criterio del parto estipulado en Ley 14/2006 en el marco de la impugnación de filiación materna de la madre gestante.

**Palabras clave:** Ley de Eutanasia; legitimación activa; autonomía; Ley 29/1988; Ley de Técnicas de reproducción humana asistida; gestación subrogada; impugnación filiación.

## Abstract

The Supreme Court of Catalonia 1187/2025 ruling suggests debating the involvement of third parties, the applicant's parents, in the administrative euthanasia procedure, admitting their active legitimation based on their legitimate interest. Thus, it questions the value of autonomy promulgated by Organic Law 3/2021 and the subjective dimensions of this legitimate interest. Furthermore, Supreme Court 496/2025 ruling argues Supreme Court of Justice of the Madrid ruling, which affirms the preference for a biological criterion over the birth criterion stipulated in Law 14/2006 in the context of the challenge to the maternal filiation of the surrogate mother.

**Key words:** Euthanasia Law; active legitimation; autonomy; Law 29/1988; Law on Assisted Human Reproduction Techniques; surrogacy; Filiation challenge

---

<sup>1</sup> Juan Ruiz Revilla (Madrid, 2002) es un recién graduado en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid y próximo estudiante del máster de acceso a la abogacía con la especialización en Biotecnología y Derecho en ISDE (Instituto Superior de Derecho y Economía) para el curso 2025/2026. Interesado desde adolescente en la política, se ha desenvuelto con soltura en asignaturas de Derecho público, y ha prestado especial atención a las dimensiones éticas del Derecho, lo que eventualmente ha orientado sus esfuerzos al entendimiento de disciplinas, como la bioética, sometidas a un fuerte debate público por las cuestiones morales que ellas suscitan. El autor confía en profundizar en sus conocimientos en bioética a través de sus estudios de postgrado, toda vez que estos incluyen una asignatura dedicada a tal materia.

**Lista de abreviaturas y siglas**

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

BOE: Boletín Oficial del Estado

LO: Ley Orgánica

LJCA: Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Art: Artículo

LTRHA: Ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida

SAP M: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid

DGRN: Dirección General del Registro y del Notariado

## 1. Introducción

La jurisprudencia del mes de marzo ha agitado por partida doble el ámbito de la bioética. Por un lado, la STSJ Cataluña 1187/2025, de 31 de marzo de 2025, ha reconocido a los padres la legitimación activa para impugnar la voluntad de sus hijos de que se les practique la eutanasia; por otro, en relación con la gestación subrogada, la STS 496/2025, de 25 de marzo de 2025, reafirma la filiación materna de la madre gestante independientemente de si es esta quien aporta los óvulos.

Son precisamente la eutanasia y la gestación subrogada, con perdón del derecho al aborto, los ámbitos de la bioética que con mayor facilidad trascienden al debate público. La eutanasia, reconocida hace apenas cuatro años por la Ley Orgánica 3/2021<sup>2</sup>, aún se encuentra inmersa en proceso de pulimento por la jurisprudencia y la doctrina. La gestación subrogada, distintamente, no genera debate por las dimensiones de su reconocimiento legal, en tanto que la práctica de la misma está completamente prohibida<sup>3</sup>. La discusión al respecto surge, por tanto, de la posibilidad material de ciudadanos españoles de lograr el fin de la gestación subrogada desplazándose a otros países donde sí se encuentra permitida para forzar posteriormente el reconocimiento de la filiación en España.

En definitiva, las sentencias objeto de comentario se dictan en contextos donde el debate jurídico-político está al orden del día, habida cuenta, como se ha expuesto, de la incertidumbre que ambas cuestiones comparten como nota característica.

## 2. Eutanasia: derecho y obligación legal de los padres de salvar la vida de sus hijos (STSJ Cataluña 1187/2025)

La STSJ Cataluña 1187/2025, de 31 de marzo de 2025 resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y el padre de un solicitante de eutanasia ante el Auto 465/2024 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que negaba la legitimidad activa del segundo para impugnar la resolución que concede a su hijo la prestación de la eutanasia. El argumento para ello detalla, a resumidas cuentas, en que el solicitante es mayor de edad y capaz, así como la nota de autodeterminación que rige en el derecho a la eutanasia. La STSJ Cataluña 1187/2025 no debate el carácter personalísimo de la eutanasia, si bien lo reserva a la determinación de los interesados para promover la propia eutanasia, entendiendo distinta la valoración que debe realizarse para admitir la legitimación activa en el procedimiento administrativo. En este sentido, afirma el TSJ de Cataluña que, en protección del derecho fundamental de la vida, los padres tienen derecho, es decir, legitimación activa, en la impugnación de la eutanasia de su hijo<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, reguladora de la eutanasia (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021)

<sup>3</sup> Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm.126, de 27 de mayo de 2006)

<sup>4</sup> En palabras de la STSJ Cataluña 1187/2025: “[N]o cabe en modo alguno descartar de manera genérica e indiscriminada la legitimación judicial de los padres como ejercitantes de un interés legítimo -propio y no abstracto- en que sus hijos permanezcan con vida y, por ello, en el resultado del procedimiento ordinario a facilitar su ayuda a morir”



Esta sentencia abre la discusión sobre los límites del carácter personalísimo del derecho a la eutanasia. Si bien el TSJ de Cataluña, al tratar la legitimación activa de los padres, afirma que esta no elimina “la pervivencia de ese valor autónomo”, no hay duda de que la eutanasia, entendido como un fenómeno que supera las fronteras de la LO 3/2021, admite, así, la intervención de terceras personas y, consecuentemente, recortes en la autodeterminación del solicitante. Ello es así por el artículo 19.1 a) de la Ley 29/1988<sup>5</sup>, que dispone que “están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo”, norma a la que queda sujeto el procedimiento administrativo relativo a la solicitud y prestación de la eutanasia.

El valor autónomo, en efecto, pervive. Pero su pervivencia deja de ser monopolística en las consideraciones sociales y familiares acerca de la eutanasia: el debido reconocimiento de la legitimidad activa de los padres salva la impotencia (al menos desde el punto de vista procedimental) que estos pudiesen sentir acerca de la decisión de su hijo de que se le practique la eutanasia. Una visión totalizante de la autonomía que negase la legitimidad activa en este sentido a los padres constituye, como bien indica el Comité de Bioética de España, “un concepto de autonomía aislado y desconectado de la red de vínculos personales y comunitarios que dan sentido a la vida y a la muerte”<sup>6</sup>

A este respecto, debe hacerse una importante aclaración, relevante en cuanto guarda estrecha relación con el análisis de la ruptura parcial de la autonomía como valor rector de la regulación de la eutanasia. La impugnación a la que están legitimados los padres no puede interponerse *per se* o por la mera discrepancia entre la voluntad del paciente y la de sus padres. En cambio, debe señalarse el incumplimiento de las condiciones legales que deben concurrir para la concesión de la prestación de la eutanasia, que la STC 19/2023 resume en: vicios de voluntad en la solicitud del paciente, la no concurrencia de los supuestos fácticos que justifican la prestación eutanásica, o irregularidades invalidantes en el curso del procedimiento. Ello supone que, en rigor, la voluntad del solicitante, ámbito dónde verdaderamente se expresa la autonomía del paciente, queda intacta de la eventual impugnación por parte de terceros legitimados. Así, el núcleo de la autonomía promulgada por la LO 3/2021, la voluntad misma, sólo puede verse coartada por la observancia de las condiciones legales, a las que cabría calificar como “conexas mas ajenas”.

En otro orden de las cosas, nuevos debates pueden surgir acerca de la extensión de este interés legítimo en los procedimientos administrativos relacionados con la eutanasia. En efecto, la STSJ Cataluña 1187/2025 instaura el afecto, el deseo de que su hijo se encuentre en las mejores condiciones posibles y el de que su bienestar esté garantizado en la esencia de la preocupación paternofilial, mediante la cual justifica la concurrencia de interés legítimo a los efectos del art. 19.1 a) LJCA. Por supuesto, esta definición permite la discusión de si acaso estas notas no son o no pueden ser también compartidas por otras personas con un vínculo familiar o romántico-sentimental estrecho con el paciente. Se trata, en definitiva, de llamar a un mayor detenimiento en la determinación de las características que deben

---

<sup>5</sup> Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE núm 167, de 14 de julio de 1988)

<sup>6</sup> Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación* (2020) p. 31.

seguir las personas físicas para adquirir la legitimidad activa en una cuestión tan sensible como la intervención de terceros en un procedimiento de eutanasia.

Por último, cabe hacer mención a la afirmación del TSJ de Cataluña, formulada sin detenimiento y renunciando a su desarrollo, acerca de una posible obligación legal de los padres, dependiendo del contexto, de actuar en protección del derecho fundamental de la vida de su hijo solicitante de la eutanasia. De este modo, la legitimación otorgada en virtud del art. 19.1 a) LJCA pasaría de ser una facultad para aquellos que ostentasen interés legítimo a un deber en los procedimientos administrativos de eutanasia. Al respecto, debe advertirse de que se trataría de una obligación que perforaría con demasiada intensidad la esfera privada de la vida familiar en lo que se refiere a situaciones de decisiones vitales como la eutanasia. Tan invasora es la imposición de una obligación en este sentido como la privación total a los padres de opciones para intervenir en el procedimiento. La sugerencia resulta, por tanto, desaconsejable, aún más a la luz del espíritu de la LO 3/2021, cuyo valor de autonomía puede transponerse a la postura de los padres con respecto de la eutanasia de sus hijos.

### **3. Gestación subrogada: la aportación externa de material genético y su intranscendencia en la impugnación de la filiación materna (STS 496/2025)**

La STS 496/2025 de 25 de marzo de 2025 resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal a la Sentencia 431/2023 de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid que acordaba la impugnación de la filiación materna de la madre gestante respecto de dos menores nacidos mediante contrato de gestación subrogada en un estado mexicano, Tabasco, que permite esta práctica. El argumento seguido por la Audiencia Provincial de Madrid se sostenía en el resultado de la prueba pericial biológica practicada, que relevaba que la madre gestante no había aportado material genético, cuestión que, de acuerdo con la Audiencia Provincial de Madrid, justifica la impugnación de la filiación materna. La STS 496/2025 rechaza este argumento, remitiéndose a la literalidad del art. 10.2 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que dispone, al tratar la gestación por sustitución<sup>7</sup>, que “[l]a filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Es de sobra conocida la contundente prohibición que hace el art. 10 LTRHA de los contratos de gestación subrogada determinando su nulidad de pleno derecho, independientemente de que se haga de forma altruista o con precio. Junto con esta norma, se deben considerar también las disposiciones al respecto contenidas en la Ley Orgánica 1/2023<sup>8</sup> y en el Código Penal<sup>9</sup>. Pese a ello, lo que genera

---

<sup>7</sup> Como indica el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 2017 en sus págs. 9 y 10, el debate acerca de la regulación de la gestación subrogada viene acompañada de una pugna terminológica multilateral en la que “gestación subrogada” parece la acepción más popular y “gestación por sustitución” la utilizada en los textos legales como la LTRHA.

<sup>8</sup> Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm 51, de 1 de marzo de 2023)

<sup>9</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm 281, de 24 de noviembre de 1995)

verdadera complejidad en la regulación de la gestación subrogada, son los casos de ciudadanos españoles que acuden a otros territorios dónde la práctica de la gestación subrogada está permitida (lo que comúnmente se ha denominado turismo o exilio reproductivo<sup>10</sup>) para posteriormente tratar el reconocimiento de la filiación de los padres de intención (o padres comitentes) en el Registro Civil español. Con carácter general, se han identificado, para tal fin, tres vías “convencionales”: la impugnación de la denegación al progenitor de intención de la inscripción de la filiación en el Registro Civil Consular con base en una inscripción registral extranjera, el reconocimiento de filiación materna a la progenitora de intención por posesión de estado, y el exequatur de sentencia extranjera que atribuya la relación de filiación a los progenitores de intención.<sup>11</sup>

No obstante, el método seguido por el padre de intención, acogido por la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia recurrida, dista de los expuestos. En efecto, lo que pretende el padre de intención dejar sin efecto la filiación materna atribuida a la madre gestante, debidamente fijada en el Registro Civil español en virtud del criterio dispuesto en el art. 10.2 LRTHA a través de una interpretación favorable de esta disposición que dé prevalencia a un criterio basado en la aportación genética como circunstancia determinante de la filiación.

Lo cierto es que no resulta infrecuente que, en aquellas legislaciones en las que se regula la gestación subrogada se suelen adoptar, adicionalmente, una serie de cautelas entre las que suele incluir la exigencia de que la gestante no aporte su propio óvulo con el fin de impedir los vínculos genéticos con el bebé, sino que la actuación de la misma comience con la implementación del (o de los) embrión(es)<sup>12</sup>. Ello supone que, que la mujer gestante no haya aportado el material genético no es circunstancia en ningún caso excepcional de este caso en particular, sino que viene precedida de una exigencia legal extranjera en los términos descritos. Consecuentemente, el acogimiento de la fundamentación de la SAP M 431/2023 provocaría, en la práctica, un destrozo total en los efectos internacionales de la prohibición de la gestación subrogada en España, habilitando a aquellos que busquen celebrar este contrato a ampararse a la interpretación del art. 10.2 LTRHA que asume preferente un criterio biológico.

Con carácter general, la prevalencia de criterio biológico genera dos preocupaciones. La primera de ellas hace referencia a una expansión totalizante del mismo a supuestos no controvertidos jurídicamente en los que se hayan empleado técnicas de reproducción asistida que requiriesen, por ejemplo, de material genético disponible en bancos de óvulos o bancos de esperma. Así, debe advertirse con gran temor que un donante de gametos pueda tener algún tipo de derecho o responsabilidad sobre los hijos de familias en todos sentidos consolidadas bajo el pretexto de un

---

<sup>10</sup> De nuevo, parece haber cierta pugna terminológica entre turismo o exilio reproductivo. Siendo la primera la generalmente empleada por los detractores de la gestación subrogada, y exilio por aquellos que defienden su legalización.

<sup>11</sup> La inseguridad jurídica acerca de la gestación subrogada ha provocado una casuística de jurisprudencia nacional y europea. La incertidumbre ha sido agravada por la publicación de una Instrucción DGRN de 2010, apenas derogada con otra Instrucción con fecha posterior a la sentencia que se comenta.

<sup>12</sup> Observatori de Bioètica i Dret. Universitat de Barcelona, *Document sobre gestació per substitució* (2019) p. 40

criterio biológico considerado como principio rector de la determinación de la filiación aún en los que hayan mediado técnicas de reproducción humana asistida.

Por último, debe advertirse de que, en supuestos de gestación subrogada en familias monoparentales, como se presume en la STS 496/2025, en la que sólo concurre el padre de intención. Así, procede señalar a la posible derogación del principio *mater semper certa est*, sin que, en los casos descritos, quepa delegar tal atribución a una figura distinta del propio padre de intención, todo ello con el consecuente perjuicio de los intereses de los menores. Como bien indica la sentencia referida, “como mejor se protege al menor nacido de una gestación por sustitución es atribuyendo la condición de madre a la mujer que da luz al menor”

#### **4. Consideraciones finales**

Las sentencias expuestas no abren nuevos frentes en las materias de bioética que se analizan pues, pese a no preverse de forma directa en los estudios de los mismos, la mera aplicación de los principios de los mismos conduce a una respuesta satisfactoria a las disyuntivas que se plantean. De todos modos, estas sentencias no tendrían sentido si las instancias anteriores se hubiesen adherido a la literalidad de las normas aplicables a cada caso.

Sea como fuere, siempre es de celebrar que la jurisprudencia también contribuya a delimitar aspectos no abordados previamente en el ámbito de la bioética. Materia, la bioética, que aún parece estar buscando la integración de pleno derecho en los campos de estudios habituales de las ciencias sociales y jurídicas, por lo que, en definitiva, se debe animar a tomar conciencia de la misma en un contexto en el que los avances biomédicos harán surgir nuevas cuestiones complejas que, con toda seguridad, adquirirán gradualmente mayor relevancia en el debate jurídico.

## Referencias bibliográficas

### 1. Fuentes nacionales

#### 1.1. Artículos

Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación* (2020)

Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada* (2017)

Observatori de Bioètica i Dret. Universitat de Barcelona, *Document sobre gestació per substitució* (2019)

#### 1.2. Legislación

Ley Orgánica 3/2023, de 24 de marzo, reguladora de la eutanasia (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021)

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006)

Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1988)

Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995)

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010)

#### 1.3. Jurisprudencia

Cataluña. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm. 1187/2025 de 31 de marzo.

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 496/2025 de 25 de marzo.

# Darfur at the Hague: The International Criminal Court's Battle Against Impunity

*Santiago Luceño López<sup>1</sup>*

*Estudiante de Derecho y Relaciones Internacionales  
en la Universidad Loyola Andalucía*

## Resumen

Este trabajo analiza el conflicto de Darfur desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional, centrándose en el papel de la Corte Penal Internacional (CPI) y los obstáculos que ha enfrentado para juzgar los crímenes cometidos en la región. Tras exponer el contexto histórico y jurídico del conflicto, se examinan los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y actos de genocidio cometidos por el régimen de Omar al-Bashir y las milicias Janjaweed, conforme al Estatuto de Roma y el Derecho Internacional Humanitario. El artículo también evalúa el papel de la CPI, su limitada jurisdicción y la falta de cooperación estatal, así como las tensiones con la Unión Africana. Finalmente, se aborda el estado actual de la justicia transicional en Darfur, poniendo de relieve la insuficiencia de los mecanismos de verdad, justicia y reparación. El autor concluye que el caso de Darfur evidencia la necesidad de reforzar la cooperación internacional, aplicar con mayor decisión el principio de Responsabilidad de Proteger (R2P) y defender el papel de la CPI como garante de justicia frente a los crímenes más graves.

**Palabras Clave:** Derecho penal internacional - Corte Penal Internacional - Crímenes contra la humanidad - Genocidio - Justicia transicional - Sudán/Darfur

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho y Relaciones Internacionales en la Universidad Loyola Andalucía, con un profundo interés en comprender cómo el orden jurídico influye en los asuntos globales. Le motiva analizar la interacción entre el Derecho Internacional, los derechos humanos y la resolución de conflictos, así como el papel de las organizaciones multilaterales en la promoción de la paz y la justicia. La Unión Europea constituye uno de sus principales focos de interés, tanto por su evolución institucional como por su capacidad de proyectar valores democráticos y normativos en el ámbito internacional. En el terreno jurídico, se siente especialmente atraído por el Derecho Penal Internacional, el Derecho Humanitario y los mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

---

**Abstract**

This paper analyzes the Darfur conflict through the lens of International Criminal Law, focusing on the role of the International Criminal Court (ICC) and the challenges it has faced in prosecuting crimes committed in the region. After outlining the historical and legal context, the essay examines crimes against humanity, war crimes, and acts of genocide perpetrated by Omar al-Bashir's regime and the Janjaweed militias, in accordance with the Rome Statute and International Humanitarian Law. It then assesses the ICC's intervention, its jurisdictional limitations, the lack of state cooperation, and tensions with the African Union. Finally, the paper evaluates the current status of transitional justice in Darfur, highlighting the shortcomings in truth-seeking, justice, and reparations mechanisms. The author concludes that the Darfur case reveals the pressing need to strengthen international cooperation, enforce the Responsibility to Protect (R2P) principle more decisively, and defend the ICC's role as a key institution in delivering justice for the gravest crimes.

**Key Words:** International criminal Law - International Criminal Court - Crimes against humanity – Genocide -Transitional justice - Sudan / Darfur.

## 1. Introduction.

On the 7<sup>th</sup> of July of 1998, the Rome Statute was approved, declaring the creation of an Internacional Criminal Court (ICC) which had the objective of creating a permanent International Court to deal with the most serious crimes that under any circumstances could not be judged.

A day after the approval, Kofi Annan, the Secretary-General of the United Nations defined the emergence of this Court as *a gift of hope to future generations*.<sup>2</sup> Nevertheless, has the ICC really become an effective institution in delivering justice?

This is a hotly debated topic among scholars due to the difficulties that the Court has faced since its beginning. Although it was largely supported by members of the UN (121 votes in favour), the Court has faced issues owing to the lack of a universal jurisdiction and the reluctance of some states to cooperate with the Court.

These challenges have hindered the success of the ICC's ability to fully achieve its mandate. One case that highlights the complexities of international justice is the Darfur conflict. Therefore, the aim of this essay is to analyse this concrete case in Sudan from a criminal international law perspective, focusing on the crimes committed, the role of ICC and transitional justice.

To understand the complexities of the Darfur case, this essay will first provide historical and legal context, then analyse the role of the ICC, the challenges it has faced and the delivery of transitional justice.

## 2. Historical and legal context of Darfur's conflict.

The Darfur conflict was rooted in Sudan's political instability and ethnic tensions. There were different regimes before the conflict such as a transitional military council, Sadiq al-Mahdi Government and Omar al-Bashir Regime (who came to power with a military coup).<sup>3</sup>

Al-Bashir regime implemented an authoritarian rule that financed Arab militias called Janjaweed and increased repression of some marginalized groups such as the Fur, Masalit, and Zaghawa, which mainly resided in the Darfur region (western part of Sudan). They faced systemic discrimination from the government. For example, Arab soldiers in the military received more vacation time than their African counterparts.

Consequently, in 2003, a joint African rebel force of the Sudan Liberation Army (SLA) and Justice and Equality Movement attacked a military air base in El Fasher. 75 government officials of the military were reported dead. This was not the first attack, the rebels had already been protesting about their conditions, but the Sudanese army had trouble at containing these uprisings. Local tribes formed self-defence units to protect themselves from attacks by Arab militias, which were supported

---

<sup>2</sup> Kofi Annan, *United Nations Press Release SG/SM/6634-L/2889* (9 July 1998).

<sup>3</sup> Valerie Goff, *Darfur: Genocide in the 21st Century* (Senior Honors Project 2007). Paper 54.



by the Arab Gathering.<sup>4</sup> This group, promoting Arab supremacy, published propaganda advocating for the elimination of black Africans. As the Sudanese government failed to intervene or condemn these violent actions tribes began arming themselves for protection.

Rather than engaging in negotiations, the Sudanese government prioritized a military approach. Struggling to counter the rebels' guerrilla warfare in the desert, the military resorted to using airstrikes to target rebel strongholds.<sup>5</sup> Additionally, the government began arming the Janjaweed to promote fear in Darfur. The figure of the Janjaweed is specially relevant in this conflict as these Arab tribes composed of prison inmates were recruited to counterattack rebels' insurgencies.

They planned tactics which involved bombing villages and then deploying the Janjaweed to finish off what remains. From 2003 to 2005, approximately 200,000 civilians lost their lives due to violence, disease, and hunger caused by the conflict. In addition, around 2 million people were forced to flee their homes. The violence persisted for several years, leading to over 100,000 more deaths.<sup>6</sup> The attacks involved deliberately setting fire to homes, villages, and crops, as well as the deliberate destruction of food supplies. Refugees and displaced individuals were subjected to additional violence by both government and Janjaweed forces. These acts of violence included the theft of aid supplies, murders, and widespread instances of rape.

On May 5, 2006, the Darfur Peace Agreement (DPA) was signed, but only by the SLA-MM faction, while other rebel groups rejected it, accusing Minni Minnawi of betrayal. The agreement aimed to establish a new regional administration and a ceasefire but failed due to political unwillingness and the AU peacekeeping force's limitations. As the crisis escalated, the UN Security Council passed Resolution 1706, declaring Sudan a threat to international peace.<sup>7</sup> Under pressure, President Omar Al-Bashir allowed a joint AU-UN mission, leading to the creation of UNAMID in 2007, UN peacekeeping force, tasked with protecting civilians and securing humanitarian aid.

All atrocities that happened in the conflict are regulated in International Criminal Law. To begin with, according to the Rome Statute provisions, in its article 7 it defines crimes against humanity as *part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack*.<sup>8</sup> The article provides some examples of these crimes that occurred in Darfur such as murder, extermination, forcible transfer of population or rape. Therefore, all these conducts that took place during the conflict can be encompassed by the definition of crimes against humanity.

To continue, some war crimes were also committed. These are defined in article 8 and the ICC has jurisdiction when they come *as part of a plan or policy or as a part of a large-scale commission of such crimes*.<sup>9</sup> Regarding the impressively high number of deaths as well as the intended plan by the

---

<sup>4</sup> Amir H Idris, *Conflict and Politics of Identity in Sudan* (Macmillan 2005).

<sup>5</sup> Julie Flint and Alex de Waal, *Darfur: A Short History of a Long War* (Zed Books 2005).

<sup>6</sup> Nicholas C Casoni, *The Fog That It Has Drawn Upon Itself: Darfur and the Future of the ICC* (2022) University of Warwick Working Paper.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002).

<sup>9</sup> Ibid. (Article 8).

government financing of the Janjaweed forces of exterminating Africans of Darfur's territory, it can be considered as a large-scale commission as well as a policy. War crimes can be considered when there are grave breaches of the Geneva conventions according to article 8.2.a. However, as it is an armed conflict not of an international character, we should focus on article 8.2.c of the Rome Statute, which states the following:

*(c) In the case of an armed conflict not of an international character, serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts committed against persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause.<sup>10</sup>*

Besides, as it has not international character, we should refer to Additional Protocol II of 1977, an international law, according to article 8.2.e):

*(e) Other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law, namely, any of the following acts.*

The fact that there was a widespread killing, rape and mutilations of civilian groups was a violation of article 3 of all conventions of Geneva since they were not taking part in hostilities, and these are clearly acts of violence to life and health. This is also stated in Article 4 of the Additional Protocol II.

The bombing of villages also violates article 13.b of the Protocol II: *The civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack. Acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population are prohibited.<sup>11</sup>*

Another breached article was 14 of the Protocol II: *Starvation of civilians as a method of combat is prohibited. It is therefore prohibited to attack, destroy, remove or render useless, for that purpose, objects indispensable to the survival of the civilian population (...).*<sup>12</sup> During the conflict, Janjaweed destroyed foods supplies and crops, and they prohibited or delayed the delivery of food supplies to the prisoners and civilians, violating Humanitarian International Law.

Finally, article 17 of the Protocol II prohibits forced movement of civilians, which took place in Darfur as they were deported from their homes and subjected to conditions that undermined their fundamental rights.

To end with, genocide was undoubtedly committed in this territory, and it is also expressed in article 6 of the Rome Statute, which uses genocide definition of Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948:

<sup>10</sup> Ibid., p.5 (Article 8).

<sup>11</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Protocol II) (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978). (Article 13).

<sup>12</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002).

*Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:*

*(a) Killing members of the group;*

*(b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;*

*(c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*

*(d) Imposing measures intended to prevent births within the group;*

*(e) Forcibly transferring children of the group to another group.<sup>13</sup>*

In accordance with the definition, the Darfur conflict qualifies as a genocide due to the Sudanese government's systematic and coordinated targeting of ethnic groups mentioned above. They were subjected to all the atrocities early mentioned with the main aim of producing their extermination and disappearance owing to the sense of superiority that viewed the tribes as inferiors. As a result, these mass killings, forced displacement and destruction fits perfectly with the definition established. However, this was discussed by the Court as we will see in the following section.

This attitude emerged precisely after the order of arrest and surrender of President Omar Al Bashir of the Sudan, about which the AU stated that member states should not cooperate with this detention order. The organization recognised in its Peace and Security Council that seeking for justice by arresting the Head of State would scuttle the effort for peace.<sup>14</sup> The ICC continued pressuring Sudan by some official declaration stating their lack of compromise and cooperation.

The relationship with the AU has continued to worsen until today and cooperation between the Court and the organization, which is distancing from the ICC priorities. In 2014, the prosecutor, due to the lack of cooperation of Security Council, suspended investigations on these crimes.

However, the situation today has slightly changed. So far, six cases have been pursued, but progress has been slow—four suspects are still at large, one is in custody, and one case was closed due to insufficient evidence.

Among those still evading arrest are Ahmad Harun, Omar Al Bashir, Abdel Raheem Muhammad Hussein, and Abdallah Banda. The ICC does not conduct trials in absentia, so these cases remain at the Pre-Trial stage until they are arrested. It is noteworthy that Banda had initially appeared voluntarily before the court during the Pre-Trial phase, but an arrest warrant was later issued to ensure he would be present for trial.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951). Article 2.

<sup>14</sup> Abdul Kadir Allo, *Mayhem in Darfur: Accountability-Immunity Debate* (2007) 3(1) *Mizān Law Review* 71.

<sup>15</sup> International Criminal Court. (2025). *Situation in Darfur, Sudan* (ICC-02/05).

Meanwhile, the case against Abu Garda was closed after judges decided not to confirm the charges against him, and the prosecution's attempt to appeal the decision was denied.

The only suspect currently in ICC custody is Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman. He voluntarily appeared before court in 2020 and has since faced trial for 31 war crimes and crimes against humanity allegedly committed in Darfur between 2003 and 2004. His trial began in April 2022, with dozens of witnesses testifying for both the prosecution and the defence. After finishing with the presentation of evidence in December 2024, the case is now in the hands of the judges, who are deliberating to deliver a final verdict.

Finally, as part of transitional justice measures implemented after the escalation of violence and the ICC intervention, Sudan established the Truth and Reconciliation Commission. This process was framed within the definition provided by the UN Secretary-General in 2004: *"the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation."*

Firstly, regarding the right to truth, victims in Darfur have received some recognition and acknowledgment of what they have gone through. Sudan has established the Truth and Reconciliation Commission, whose objective was to reveal the truth about the conflict.<sup>16</sup> Besides, NGO's have compiled lots of victims' testimonies in order to promote the creation of a historical record.

Secondly, according to right to justice and accountability, as we have already stated in the previous section, the ICC has issued several arrest warrants for authorities in Sudan. However, impunity remains one of the biggest obstacles to transitional justice in Darfur, as many of those responsible for the crimes still evade prosecution. The fact that only one of the cases has been brought to trial exposes the difficulties the Court in granting this right to justice. The lack of support of the international community has made it extremely difficult to continue the investigations, which has led to a lack of accountability.

Thirdly, reparation can be expressed by restitution of the original situation, compensations, rehabilitation or satisfaction. The UN Commission of Inquiry on Darfur proposed the establishment of a Compensation Commission to address victims' claims, particularly in cases of sexual violence and forced displacement. However, this has not been implemented effectively due to the lack of resources to compensate the victims, absence of government intentions to reparation and the continued instability of the region.<sup>17</sup>

### **3. Assessment of International Norms, Institutions and Transitional Justice in Darfur**

---

<sup>16</sup> Christian Tomuschat, *Darfur: Compensation for the Victims* (2005) 3 Journal of International Criminal Justice 490-507.

<sup>17</sup> Suliman Baldo and Lisa Magarrell, *Reparation and the Darfur Peace Process: Ensuring Victims' Rights* (ICTJ 2007).

International law has long aspired to prevent and respond to the most serious crimes, setting out principles meant to protect civilians even in the harshest conflicts. Yet, in Darfur, the gap between legal commitments and reality quickly became evident. While treaties and conventions clearly prohibited the violence that unfolded, enforcing those rules proved far more complicated. The intervention of the ICC, the debates about sovereignty, and the limited progress of transitional justice all reveal the difficulty of turning legal frameworks into effective protection and accountability. Darfur became a test case, showing both the ambitions and the fragility of the international legal order when faced with large-scale human suffering.

### **International Law.**

From a legal perspective, Darfur's case also illustrates that the existence of international norms and institutions does not automatically translate into effective protection for victims. Although the Rome Statute and other international treaties offer a detailed legal framework to prosecute war crimes and crimes against humanity, their capacity to produce tangible results has been severely constrained. The ICC's intervention, while symbolically significant, did not prevent the continuation of violence nor did it lead to the arrest of the main perpetrators for many years. This gap between formal legal mechanisms and their actual enforcement highlights the structural weaknesses of the international system when dealing with crises in contexts of limited cooperation and political fragmentation.

At the same time, it must be acknowledged that legal classification of the atrocities contributed to creating an official record and to reinforcing the principle that these crimes should not remain unpunished. However, this normative affirmation has had limited impact on the daily reality of victims, who still face displacement, insecurity and lack of reparations. The persistent perception that international law operates more as a declarative tool than as an effective guarantee has seriously undermined trust in global institutions. In this regard, Darfur constitutes a sobering reminder that the credibility of international law ultimately depends on its capacity to protect lives and deliver justice beyond mere statements or resolutions.

From a broader perspective, Darfur's case constitutes a clear example of the strengths and limitations of international law when confronting large-scale human rights violations. On the one hand, the normative framework established by treaties such as the Geneva Conventions, the Genocide Convention and the Rome Statute provides a detailed and coherent system to define and prosecute crimes of this magnitude. The classification of acts committed in Darfur as war crimes, crimes against humanity and potentially genocide demonstrates that international law has evolved to offer precise categories that reflect the severity of the conduct. However, the effectiveness of this legal system ultimately depends on the cooperation of states and the capacity of international institutions to enforce their mandates.

Furthermore, it is particularly relevant to observe how, despite the existence of binding norms prohibiting the targeting of civilians and the use of starvation as a method of warfare, these provisions were systematically violated in Darfur with almost total impunity for years. This situation shows that

the real challenge is not the absence of legal norms but the lack of political will and operational resources to guarantee their implementation.<sup>18</sup> The contrast between the clarity of the rules and the weakness of enforcement mechanisms continues to be one of the central paradoxes of contemporary international law.

Moreover, the reluctance of the Security Council to adopt stronger measures and the fragmentation of international responses reflect how geopolitical considerations often prevail over the protection of human rights. This persistent gap between law and practice not only undermines the credibility of the international legal system but also generates frustration among victims, who perceive that the promises of justice and reparation rarely materialize. In this sense, Darfur demonstrates, once again, that international law needs not only codification and institutional architecture but also genuine collective commitment to transform principles into effective safeguards for the dignity of individuals.

Against this background, it is worth considering the development of the Responsibility to Protect principle (R2P), which has represented one of the most significant evolutions in international law since the end of the Cold War. R2P emerged as a response to the inability of the international community to prevent mass atrocities such as the genocides in Rwanda and Srebrenica, highlighting that sovereignty entails not only rights but also responsibilities.

According to the 2005 World Summit Outcome Document, each state has the primary responsibility to protect its population from genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity. However, when a state manifestly fails to fulfil this duty, the international community, through the United Nations, has the obligation to take collective action, in a timely and decisive manner, to prevent or halt such crimes.

This framework inevitably raises tensions with the traditional principles of non-intervention and respect for state sovereignty, as established in Article 2(7) of the UN Charter. Nevertheless, it is undeniable that the purpose of international law is to protect fundamental rights and to ensure that the worst forms of violence are not tolerated under the pretext of sovereignty. Therefore, applying R2P requires a delicate balance between respecting territorial integrity and guaranteeing that the international community does not remain passive in the face of systematic attacks against civilians.

In Darfur's case, the lack of decisive action under R2P illustrates the gap between the theoretical commitment to protect populations and the practical limitations of political will. Although the Security Council referred the situation to the ICC, no robust measures were adopted to prevent the escalation of violence or to ensure immediate protection for victims.<sup>19</sup>

The limited implementation of R2P has demonstrated that, without clear criteria and effective enforcement mechanisms, the principle risks becoming a merely declarative commitment rather than

---

<sup>18</sup> Kevin Jon Heller, *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, (2020) Oxford University Press.

<sup>19</sup> Badescu, C. G., & Bergholm, L. The Responsibility To Protect and the Conflict in Darfur: The Big Let-Down. (2009), *Security Dialogue*, 40(3), 287-309.

a real instrument of prevention.<sup>20</sup> Ultimately, international law must evolve towards consolidating R2P as an operational norm capable of generating concrete obligations and overcoming reluctance rooted in considerations of sovereignty and geopolitical interests.

Nevertheless, it should also be recognized that Darfur's case has contributed to some important advances in international criminal law. The proceedings before the ICC helped clarify controversial aspects of jurisdiction, such as the interpretation of Security Council referrals and the limits of immunity for heads of state under Articles 27 and 98 of the Rome Statute. Moreover, the collection of evidence and the issuance of arrest warrants established a precedent that serious violations, even in complex political environments, can be investigated and prosecuted at the international level.<sup>21</sup> Although these measures did not achieve all their objectives, they have reinforced the idea that accountability for mass atrocities is no longer exclusively dependent on national courts and that international law can provide at least a partial response to impunity.

### **Intervention of International Criminal Court.**

The intervention of the International Criminal Court (ICC) in the Darfur conflict has generated intense legal and political debate. From the perspective of international law, this case illustrates how the jurisdiction of the ICC operates when crimes occur in a state that has not ratified the Rome Statute.

It also raises important questions about the balance between respecting state sovereignty and fulfilling the international community's responsibility to prosecute the most serious crimes. In this context, it is essential to understand the legal grounds that enabled the Court's action, as well as the challenges that emerged during the proceedings.

The jurisdiction of the ICC regarding Darfur's case was controversial as Sudan has neither signed nor ratified the Rome's Statute so, at first, ICC could not exercise its jurisdiction. However, Rome Statute in article 13 explains some exceptions in which jurisdiction could be amplified, we will focus on letter b):

*(b) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations;*<sup>22</sup>

As the UN Security Council passed Resolution 1593 (2005), they could refer the situation to the Prosecutor of the ICC and the Court could exercise unique jurisdiction under 13.b.

The investigation began in 2005 and, at first, it gained cooperation from the African Union (AU), which expressed its support and cooperation. Besides, the Sudanese government also implied that its judiciary would help making justice. Nevertheless, in June 2007, the Prosecutor of the ICC accused

---

<sup>20</sup> Jennifer M. Welsh, *The Responsibility to Protect: Norms, Laws and the Use of Force in International Politics*, Cambridge University Press, 2016.

<sup>21</sup> Sarah M.H. Nouwen, "Complementarity in Practice: The ICC and the Darfur Investigations", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 14, No. 1 (2020), pp. 51–72.

<sup>22</sup> Id., p.5 (Article 13).

Ahmad Harun and Ali Kushayb of serious crimes, calling for their arrest. But the government refused, claiming that questioning them would violate their legal rights and could weaken Sudan's sovereignty.<sup>23</sup> By the end of 2007, Sudan launched its own legal proceedings against both men, but the ICC found them inadequate, arguing that Sudan's justice system was flawed because Sudanese laws provided broad immunity for officials and allowed political interference in trials, making difficult real accountability.

Tensions between Sudan and the ICC increased in March 2009, when the ICC ordered to arrest Omar al-Bashir (Sudan's President) based on the committal of war crimes and crimes against humanity. This event deserves some attention owing to the peculiarities involved.

It is worth-mentioning that, at first, Al-Bashir was not prosecuted of genocide as the judges of the Court considered that there was no evidence enough to demonstrate the intent to exterminate or to destroy an ethnic population. Nevertheless, there was a dissenting opinion of judge Anita Usacka who expressed the toughness of the Court, because what is needed is reasonable grounds of the committal, not certainty about it.<sup>24</sup> After the appeal of the Prosecutor basing on this thought, on 2010 Appeal Chamber accepted prosecuting for genocide too and emitted a second arrest warrant.

According to the arrest warrant, there were legal inconsistencies regarding articles 27 and 98 of the Rome Statute. While the first clearly states that holding an official position, such as Head of State or Government, does not absolve an individual from criminal responsibility, the second implies that the Court must first obtain a waiver before initiating an investigation in such cases of immunity. These provisions made some African states to deny cooperation with the arrest warrant, as they wanted an interpretation of the Statute.

The final analysis by some scholars was that a third State is not forced to cooperate unless there is a Security Council resolution. For example, Resolution 1593 which imposes Sudan the obligation to cooperate. Nevertheless, this resolution also recognised that states who did sign the Statute were exempt to cooperate:

*Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,*

*1. Decides to refer the situation in Darfur since 1 July 2002 to the Prosecutor of the International Criminal Court;*

*2. Decides that the Government of Sudan and all other parties to the conflict in Darfur, shall cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution and, while recognizing that States not party to the Rome Statute have no obligation under the Statute, urges all States and concerned regional and other international organizations to cooperate fully;<sup>25</sup>*

<sup>23</sup> Solomon A Dersso, *The ICC's Africa Problem: A Spotlight on the Politics and Limits of International Criminal Justice* in Kamari Clarke et al (eds), *Africa and the ICC: Perceptions of Justice* (Cambridge University Press 2016).

<sup>24</sup> ICC, *Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka* (4 March 2009) ICC-02/05-01/09.

<sup>25</sup> United Nations Security Council. (2005). *Resolution 1593 (2005) on the situation in Darfur, Sudan (S/RES/1593)*.



To understand how cooperation was not effective in Darfur's case, it is important to bear into account the relationship between the AU and the Court. The AU complained about the ICC only processing cases in African states, implying that it was not a universal court in practice since it only dealt with cases in Africa.<sup>26</sup>

### **Transitional Justice in Darfur Case.**

Transitional justice in Darfur has faced significant challenges since the end of the most intense phases of the conflict. While various mechanisms were designed to address past abuses, including truth-seeking processes, prosecutions, and reparations, their implementation has been fragmented and often hampered by political resistance and lack of resources. These difficulties have prevented the consolidation of a shared narrative about the violence and have limited the ability of victims to achieve recognition and redress.

Nevertheless, it is true that the Commission has lacked political support, and it has been intervened, and NGO's have not received support from the government. As a result, although there have been attempts to establish an access to truth and work is being done, there are huge limitations to this way of recovery.

Additionally, many displaced persons continue to suffer from the consequences of the conflict without having access to effective remedies. The denial of justice and the absence of reparations have contributed to sustaining the precarious living conditions of thousands of survivors who have been unable to return to their homes. The lack of progress in transitional justice measures reinforces the perception that the suffering endured has been ignored by both national authorities and the international community.

Moreover, the failure to prosecute those responsible not only perpetuates impunity but also weakens the legitimacy of institutions that should guarantee the rule of law. In many cases, individuals accused of committing serious crimes have maintained influential positions in political or military structures, making it more difficult to implement accountability measures and to foster reconciliation among communities.

This is extremely harmful for victims, as punishment and recognition of their rights that have been violated is not only necessary for healing, but also to prevent these atrocities from being repeated. It is more likely to happen again if perpetrators have faced no consequences. As Primo Levi said, *"It happened, therefore it can happen again: this is the core of what we have to say"*.

On balance, it is obvious that there are lots of political interferences that are avoiding that transitional justice can be implemented in Darfur in all three pillars, which is discouraging for the victims and dangerous for the region since the cycle of violence, impunity and division is bound to continue.

---

<sup>26</sup> Casoni. *The fog that it has drawn upon itself: Darfur and the future of the ICC*. University of Warwick. (2022).

Furthermore, this situation may be considered a failure of the international community, and this can have a negative effect on the trust of future victims or even other States who are the perpetrators since they would doubt about the effectiveness of these international law instruments, what could be an incentive to continue violating systematically these provisions.

#### **4. Conclusion.**

In conclusion, the following reflections can be shared about Darfur's case and the role of the ICC in prosecuting international crimes.

Firstly, it can be firmly stated that what happened in Darfur offers numerous lessons regarding international law. This case, more than ever, demonstrated that it is impossible to apply and punish violations of international law without states' cooperation. There is a need for a more coordinated approach to implement international law not only by states but also by international organizations such as the African Union. The lack of support and the continued denials of arrest warrants have made it impossible to repair the damages caused by these crimes. The foundations of international law were established after the Second World War, emphasizing the need to live in peace and to prevent such atrocities from happening again. The international community should bear in mind that this is the first and most important point: living in a permanent state of chaos and hostility offers no advantages and is simply detrimental to all.

From this perspective, it could be useful to place a stronger emphasis on the Responsibility to Protect principle (R2P). Although it conflicts with territoriality and sovereignty, its main aim is the protection of citizens. The purpose of law is to regulate societies so that individuals can live with dignity. Therefore, what is the point of not intervening if there are lives at risk? It is obviously easy to state this in theory, without considering the large number of conditions in international relations that make it extremely difficult. Nevertheless, shouldn't protecting lives be the first and most urgent imperative?

Had the R2P principle been applied effectively in Darfur, the rates of murders, rapes, or displacements would not have escalated to such an extent. This is why some voices advocate for an enforcement of the R2P principle in international law so that it can be used when needed. In fact, the conflict has led to a continuous state of violence, and development issues continue to pose serious problems for peacekeeping, security, and stability in the region.

Secondly, the role of the Court and its effectiveness has been heavily criticized due to its limited jurisdiction and the lack of cooperation. Besides, some observers argue that its proceedings are slow and that it has difficulties punishing perpetrators or preventing them. However, are these intrinsically problems of the ICC? They arguably are not.

Regarding the criticisms, the lack of cooperation is not the ICC's fault; this attitude is conditioned by the history of each state, geopolitical motives, and the will of political leaders. Evidently, the Court can encourage states and has its instruments, such as the principle of complementarity, to reinforce

cooperation. Nevertheless, the ICC is not responsible for the lack of commitment of states. Regarding the lack of jurisdiction, in the case of Sudan, for example, the ICC overcame this problem with the exceptions foreseen in the Statute and was able to start the investigations even without Sudan's ratification.

Criticism about proceedings being slow seems to overlook the magnitude of these crimes. Time is needed to judge such atrocities due to their complexity, the vast amount of evidence, and the research required. It is not about immediate punishment but about a just and accurate sentencing, also guaranteeing procedural rights.

From a legal perspective, the Rome Statute covers all crimes in a precise and clear way, it is consistent with the rest of international legislation, and its structure is logical and coherent. All crimes and the procedures of the Court are described in detail.

Definitely, there are aspects of the ICC that can be improved, but what should not be done is a destructive critique of the Court itself rather than a critique of the attitude that each state adopts towards complying with international law and cooperating to protect the international community from the most severe crimes. As Winston Churchill once said: *"International cooperation is the key to survival and prosperity, not just for one nation, but for all humanity."*

## Bibliography

Abdul Kadir Allo, 'Mayhem in Darfur: Accountability-Immunity Debate' (2007), 3(1) *Mizan Law Review* 71.

Kofi Annan, United Nations Press Release SG/SM/6634-L/2889 (9 July 1998).

Corina Georgiana Badescu and Lotta Bergholm, 'The Responsibility to Protect and the Conflict in Darfur: The Big Let-Down', (2009) 40(3) *Security Dialogue* 287.

Suliman Baldo and Lisa Magarrell, *Reparation and the Darfur Peace Process: Ensuring Victims' Rights*, (International Center for Transitional Justice, 2007).

Nicholas C Casoni, 'The Fog That It Has Drawn Upon Itself: Darfur and the Future of the ICC' (2022) University of Warwick Working Paper.

Solomon A Dersso, 'The ICC's Africa Problem: A Spotlight on the Politics and Limits of International Criminal Justice', Kamari Maxine Clarke and others (eds.), *Africa and the ICC: Perceptions of Justice* (Cambridge University Press, 2016).

International Center for Transitional Justice, *Reparation and the Darfur Peace Process: Ensuring Victims' Rights* (2007).

International Criminal Court, 'Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka' (4 March 2009) ICC-02/05-01/09.

International Criminal Court, 'Situation in Darfur, Sudan' (2025) ICC-02/05.

Amir H Idris, *Conflict and Politics of Identity in Sudan* (Macmillan, 2005).

Julie Flint and Alex de Waal, *Darfur: A Short History of a Long War* (Zed Books, 2005).

Valerie Goff, *Darfur: Genocide in the 21st Century* (Senior Honors Project, 2007).

Sarah M H Nouwen, 'Complementarity in Practice: The ICC and the Darfur Investigations' (2020) 14(1) *International Journal of Transitional Justice* 51.

Christian Tomuschat, *Darfur: Compensation for the Victims* (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 490-507.

Jennifer M Welsh, *The Responsibility to Protect: Norms, Laws and the Use of Force in International Politics* (Cambridge University Press, 2016).

United Nations Security Council, 'Resolution 1593 (2005)' (31 March 2005) UN Doc S/RES/1593.

---

**International Legislation.**

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951) 78 UNTS 277.

Geneva Conventions of 12 August 1949.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Protocol II) (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978).

Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 90.

## El embargo como medida cautelar del proceso penal en la Unión Europea y sus efectos en la legislación española.

*Santiago Luceño López<sup>1</sup>*

*Estudiante de Derecho y Relaciones Internacionales  
en la Universidad Loyola Andalucía*

### Resumen

Este trabajo analiza el embargo preventivo como medida cautelar en el proceso penal dentro del marco jurídico de la Unión Europea y su incorporación en la legislación española. Partiendo de la libertad de circulación y establecimiento en la UE, se examina cómo esta medida busca garantizar el pago de las responsabilidades pecuniarias en procedimientos penales transfronterizos. Se estudian la Decisión Marco 2003/577/JAI, la Directiva 2014/42/UE y el Reglamento (UE) 2018/1805, así como su transposición en España mediante la Ley 23/2014. El análisis destaca la evolución hacia una mayor cooperación judicial basada en el reconocimiento mutuo, al tiempo que señala las dificultades prácticas derivadas de las diferencias normativas y de la resistencia de los Estados a ceder soberanía. El autor concluye que el embargo preventivo constituye un instrumento eficaz para proteger los derechos de las víctimas y fortalecer el espacio de libertad, seguridad y justicia, aunque su aplicación aún requiere una mayor armonización y agilidad.

**Palabras Clave:** Embargo preventivo - Derecho penal europeo - Cooperación judicial - Reconocimiento mutuo - Ley 23/2014 - Unión Europea.

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho y Relaciones Internacionales en la Universidad Loyola Andalucía, con un profundo interés en comprender cómo el orden jurídico influye en los asuntos globales. Le motiva analizar la interacción entre el Derecho Internacional, los derechos humanos y la resolución de conflictos, así como el papel de las organizaciones multilaterales en la promoción de la paz y la justicia. La Unión Europea constituye uno de sus principales focos de interés, tanto por su evolución institucional como por su capacidad de proyectar valores democráticos y normativos en el ámbito internacional. En el terreno jurídico, se siente especialmente atraído por el Derecho Penal Internacional, el Derecho Humanitario y los mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

**Abstract**

This paper analyses preventive seizure as a precautionary measure in criminal proceedings within the legal framework of the European Union and its incorporation into Spanish legislation. Starting from the EU principles of free movement and establishment, the study examines how this measure aims to ensure the payment of pecuniary obligations in cross-border criminal cases. It explores Framework Decision 2003/577/JHA, Directive 2014/42/EU, and Regulation (EU) 2018/1805, as well as their transposition into Spanish law through Law 23/2014. The analysis highlights the evolution towards increased judicial cooperation based on mutual recognition, while also addressing the practical difficulties arising from regulatory differences and Member States' reluctance to relinquish sovereignty. The author concludes that preventive seizure is an effective tool for protecting victims' rights and strengthening the Area of Freedom, Security and Justice, although its implementation still requires further harmonisation.

**Key Words:** Preventive seizure - European criminal law - Judicial cooperation - Mutual recognition - Statute 23/2014 - European Union

## 1. Introducción

Desde la adhesión de España a la Unión Europea en el año 1986, hemos podido presenciar una armonización de la legislación nacional con respecto al resto de países miembros de la organización internacional. Uno de los mayores avances ha sido el establecimiento de las cuatro libertades fundamentales entre Estados: libre circulación de personas, mercancías, establecimiento y capitales.

Indudablemente, este espacio ha contribuido a una mayor cooperación entre Estados para lograr uno de los objetivos intrínsecos en su fundación: la seguridad. Para ello, los miembros depositan la confianza en el resto de países en la organización y vemos como el Derecho Penal ya no depende exclusivamente de los países miembros, pues al existir esta libertad de circulación, nos encontramos ante un territorio mayor en el que la competencia ya no depende solo del Estado en el que suceden, pues al existir esta libertad debe estar, de la misma forma, armonizado el proceso penal en estos Estados. Ejemplo de ello es la euroorden, la resolución judicial emitida por un tribunal de un Estado miembro de la UE con el fin de que el sospechoso sea detenido y entregado por otro Estado para que se pueda juzgar.<sup>2</sup>

En este trabajo, el foco se pondrá en el estudio de la medida cautelar real en el ámbito de la UE: el embargo preventivo de bienes. Para ello, en primer lugar, cabe destacar la definición de embargo preventivo, definido como la retención de los bienes de un individuo con el fin de asegurar una deuda pendiente, que en el caso del proceso penal, es la ausencia de pago de la fianza impuesta para asegurar las responsabilidades pecuniarias del proceso.

Una vez conocida la definición de esta medida, es menester analizar tanto la normativa española como la europea que nos permitirá ver el alcance de estas medidas y como la cooperación entre Estados supone un avance para el aseguramiento de las víctimas.

## 2. Legislación española y europea

En primer lugar, analizaremos la normativa española en la que se define el embargo como medida cautelar en el proceso penal. Lo encontramos en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone lo siguiente: *Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para*

---

<sup>2</sup> Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros.



*asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza.*<sup>3</sup>

Por tanto, se regula que la ausencia de fianza se materializa en un embargo preventivo de bienes para asegurar el pago. Sin embargo, el espacio de libertad de circulación y de establecimiento permite que, por ejemplo, un español pueda poseer todas sus propiedades en Portugal, pero que haya cometido el delito en España y deba ser juzgado por el Tribunal español. En ese caso, ¿qué sucedería si no pagase la fianza? ¿Se podrían embargar sus propiedades en Portugal?

Este tipo de conflictos son los que quería evitar la Unión Europea, y, para ello, elaboró la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.<sup>4</sup> Por medio de esta normativa, se establecieron normas para el reconocimiento y ejecución de resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales entre los Estados miembros (basándose en el principio de reconocimiento mutuo). A pesar de que ambas medidas cautelares sean reconocidas por esta normativa europea, nos centraremos únicamente en el embargo preventivo.

En la Decisión marco, se expresan los procedimientos para que se lleve a cabo esta cooperación interestatal. Según el artículo 4, el órgano que emita la resolución de ejecución debe tramitarla frente al órgano requerido, que será la entidad que tenga la competencia en la jurisdicción requerida. Sin necesidad de otro trámite, las autoridades judiciales competentes reconocerán toda resolución que provenga de otro Estado miembro. En cuanto a la duración de la medida, se establece que cada Estado puede imponer condiciones en relación a las circunstancias del caso, para limitar la duración del embargo preventivo del bien. No obstante, si quisiera dejar sin efecto la medida, debería informar y dar trámite de alegaciones al Estado que la solicitó.

Asimismo, la Decisión marco dispone de una serie de motivos por los cuales no se debería conceder la ejecución, como certificados incompletos, falsos, inmunidad o privilegios, cuando se vulnera el *non bis in idem* y cuando la infracción en el Estado que la solicita no fuere constitutiva de infracción de acuerdo con el Derecho del Estado de ejecución (aunque se exceptúan de esta disposición en materia de impuestos o de derechos, de aduana y de cambio).

---

<sup>3</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 589

<sup>4</sup> Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003.

El *dies ad quem* que se dio para que los Estados asumieran en su ordenamiento jurídico estas disposiciones fue el 2 de agosto de 2005. Tras esta decisión marco, se redactó la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.<sup>5</sup> Esta Directiva desarrolló de manera más amplia lo contenido en la Decisión Marco y para obligar a la transposición de la misma por parte de los Estados miembros, pues tiene mayor fuerza que la Decisión Marco. En esta Directiva, se añade la obligación de rendir cuentas a la UE por medio de estadísticas para contabilizar las órdenes emitidas, los bienes totales embargados y el valor de estos.

Finalmente, en el ordenamiento europeo, llegamos a la fuente más vinculante, que es el Reglamento, dictado en el ámbito del plan de lucha contra el terrorismo de la Comisión Europea. Se dictó en 2018 el Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso<sup>6</sup>. En este, se expone de forma aún más precisa y completa el alcance de la norma. Cabe destacar, frente a otras normas, que se impone un plazo de 45 días para reconocer la resolución de decomiso y, en casos urgentes, 48 horas para reconocerla y otras 48 horas adicionales para ejecutarlas. Además, hace especial énfasis a la confidencialidad de los hechos para que no perjudique a la investigación, incluso pudiendo posponer el momento de informar a las personas afectadas si estas van a obstruir en la investigación.

En el caso de España, adoptó la Decisión Marco en su momento en la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en los procesos penales<sup>7</sup>.

No obstante, en la actualidad, tras la Directiva, el contenido con respecto al embargo de bienes se encuentra en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. La Ley 23/2014 incluye varias Decisiones Marco y Directivas Europeas que están relacionadas con el proceso penal, como la euroorden o la ya analizada previamente del embargo de bienes y preservación de instrumentos del delito. Centrémonos en

---

<sup>5</sup> Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014.

<sup>6</sup> Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.

<sup>7</sup> Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en los procesos penales.

lo que nos ocupa, en los artículos 143 a 156 de la ley vemos cómo España ha desarrollado esta medida cautelar real en su ordenamiento jurídico.<sup>8</sup>

En su artículo 143.2, delimita aquello que puede embargarse, y este puede ser cualquier tipo de bien, sea material o inmaterial, mueble o inmueble, así como con los documentos acreditativos de un título o derecho sobre ese bien. En el artículo siguiente, explica que los Jueces de instrucción que conocen del procedimiento son competentes para ejecutar una resolución de embargo y para los Fiscales que dirijan las diligencias de investigación en las que se deba adoptar una medida de aseguramiento de pruebas que no sea limitativa de derechos fundamentales.

En cuanto a la documentación, se añade en un anexo un certificado que deberán rellenar y enviar junto con la resolución judicial que indica la medida cautelar. Asimismo, la resolución podrá ser transmitida simultáneamente a múltiples Estados miembros si la autoridad judicial española competente lo considerase conveniente.

Por otro lado, en su artículo 150, establece que cuando una orden o resolución emitida en otro Estado miembro de la Unión Europea sea transmitida a España con el propósito de ser reconocida y ejecutada, no deberá revisarse si los delitos tienen una tipificación asimilada en el código penal español. El listado de esos delitos se encuentra en el artículo 20 de la misma ley, e incluyen algunos como terrorismo, delitos contra el medio ambiente, trata de seres humanos o explotación sexual de menores y pornografía infantil.

En cuanto a las formas del embargo, el artículo 152 propone una serie de acciones que se podrían realizar: el depósito del bien, el bloqueo de cuentas bancarias, depósitos, valores u otros títulos valores o activos financieros, la prohibición de disponer del bien o cualquier otra medida cautelar que pueda acordarse en el proceso penal.

Finalmente, la ley también incluye que se comunicará a la autoridad de emisión la imposibilidad de ejecución de una resolución de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, en los casos que los bienes o las pruebas hayan desaparecido, hayan sido destruidos, no se hayan encontrado en el lugar indicado. Asimismo, también cabe destacar que el Juez competente podrá suspender la orden de ejecución del embargo en el caso en el que la ejecución

---

<sup>8</sup> Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

pueda obstaculizar una investigación penal en curso en España. Esta decisión de denegación se tomará sin dilaciones y motivadamente, con la necesidad de notificar a la autoridad de emisión y al Fiscal.

En definitiva, podemos ver como la Decisión Marco se ha aplicado a la perfección en nuestro país y ha incorporado sus especialidades para adecuarlo a nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, vemos en esta ley la unificación del proceso penal a nivel europeo, pues se tratan muchas otras materias en concordancia con el resto de Estados miembros.

### **3. Conclusión**

A mi juicio, la armonización del Derecho Penal en la Unión Europea es fundamental para seguir promoviendo el espacio de seguridad y justicia que tiene como objetivo la organización. Por ello, considero que el establecimiento del embargo preventivo de bienes como medida cautelar se presenta como una herramienta eficaz que permite el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas de procesos penales en todos los países miembros, sin perjuicio de dónde se encuentren los bienes del acusado.

Sin duda alguna, uno de los objetivos principales del proceso penal es la protección de la víctima, y esta iniciativa es una gran manera que tiene la víctima de ampararse frente a posibles negativas al pago de la fianza. Es, además, un paso lógico en el contexto europeo actual, pues si contamos con una libertad de circulación y de establecimiento, es lógico que también se compartan ciertas características procesales y que la cooperación se halle presente entre los Estados miembros.

No obstante, es evidente que, al ser una medida relativamente reciente, todavía no se está aplicando de la forma más efectiva posible, ya que las condiciones de los Estados miembros y sus ordenamientos jurídicos (los cuales buscan mantener parte de su soberanía) pueden generar dificultades y ralentizar los procesos de ejecución. Por ello, no podemos negar que sea un paso importante para la armonización, pero se debe continuar trabajando en la coordinación y en hacer que la aplicación de esta medida cautelar sea cada vez más homogénea, ágil y efectiva.

## **4. Bibliografía.**

### **1. Legislación de la Unión Europea**

Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.

Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.

### **2. Legislación española**

Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en los procesos penales.

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

### **3. Doctrina y bibliografía secundaria**

Magro Servet V, *La eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales* (2016).

Tinoco Pastrana Á, *El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en los procesos penales en la Unión Europea* (2015).

## CONSEJO ACADÉMICO

### MARIA JOSÉ PUYALTO FRANCO

Profesora contratada doctor del Área de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho, Economía y Turismo (Universitat de Lleida) de la que fue Decana durante el período 2013- 2019. Ha intervenido en diversos proyectos de investigación competitivos nacionales y dirigido cinco tesis doctorales. Ha publicado más de cincuenta obras científicas entre las que cabe destacar su participación en el primer y hasta ahora único comentario doctrinal sobre la Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Cataluña. En 2011 obtuvo el primer Premio Estudios Financieros (Civil-Mercantil) por el trabajo “El modelo de regulación eficiente de los contratos de distribución en el Marco Común de Referencia del Derecho Contractual Europeo”.

Entre otros temas, su investigación destaca por la identificación de los obstáculos legales para que las entidades de la economía social puedan ejercer su actividad en algunos sectores especialmente regulados, formulando propuestas de revisión del marco jurídico que les permita desplegar todo su potencial y contribuir a un crecimiento económico sostenible e integrador.



**GEMMA VARONA MARTÍNEZ**

Directora del Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua (Donostia/San Sebastián, Universidad del País Vasco), donde coordina el Laboratorio de Teoría y Práctica de Justicia Restaurativa. En 2024 fue elegida Presidenta de la World Society of Victimology, con estatus consultivo en las Naciones Unidas. Elegida miembro de Jakiunde (2023), la Academia Vasca de las Ciencias, doctora en Derecho (1997), Diplomada en Criminología (1991) y Máster en Sociología Jurídica (1994), es profesora de las asignaturas en inglés Criminal policy y Victimology, en la Facultad de Derecho (UPV/EHU), así como de Glocalization and Crime en el International Master on Sociology of Law, co-dirige el Posgrado Trabajar con víctimas (UPV/EHU) y es coeditora de la Revista de Victimología/Journal of Victimology.

Fue nombrada miembro de la Comisión asesora del Defensor del Pueblo sobre abusos sexuales en la Iglesia, es investigadora principal en diversos proyectos (entre ellos, además de algunos referidos a violencia interpersonal y política, actualmente desarrolla una investigación internacional, financiada por el Ministerio de la Ciencia sobre justicia restaurativa en daños contra los ecosistemas y los animales, así como una red internacional sobre cultura restaurativa en la universidad y otros contextos organizacionales).



**RAFAEL PALOMINO LOZANO**

Catedrático de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro ordinario de International Consortium for Law and Religion Studies (ICLARS) y del Comité Honorífico de la Asociación Internacional para la Defensa de la Libertad Religiosa. Miembro extraordinario del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa. Vicedirector de la Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Premio Internacional “Arturo Carlo Jemolo” a la mejor obra de Derecho eclesiástico del Estado en 2008 por su libro “Religión y Derecho Comparado”. Presidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho Eclesiástico del Estado.

Autor de 15 libros, de más de 50 artículos en 27 revistas académicas y de 31 capítulos de libros. Ha dirigido 7 tesis doctorales.

Sus principales áreas de investigación incluyen la libertad religiosa, la objeción de conciencia, el pluralismo jurídico de índole religiosa y los derechos educativos.





## FRANCISCO JOSÉ SANTAMARÍA RAMOS

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Informático con una consolidada trayectoria en el ámbito académico, editorial y de consultoría jurídica. Su actividad profesional se ha centrado en la intersección entre el Derecho y las nuevas tecnologías, particularmente en el campo de la protección de datos personales, el gobierno digital y la transformación jurídica de las sociedades contemporáneas.

Es autor de una tesis doctoral titulada *“El Encargado Independiente: figura clave para un nuevo derecho de protección de datos”*, calificada **cum laude** y galardonada con el **Accésit en la XV edición del Premio de Protección de Datos Personales de Investigación**, otorgado por la Agencia Española de Protección de Datos.

Licenciado en Derecho y Máster en Informática y Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (premiado por calificaciones), ha complementado su formación con estudios de postgrado en e-learning y mobile learning en la Universidad Politécnica de Madrid, así como con formación como Formador Ocupacional.

En el ámbito académico, desempeña sus labores docentes en la Universidad Complutense de Madrid y ha desempeñado funciones de coordinación del Grado en Derecho (modalidad online) en la Universidad Camilo José Cela.

A nivel internacional, forma parte del equipo investigador del **Centro de Investigación de Derecho Informático (CIDI)** de la Universidad Externado de Colombia, con quien mantiene una activa agenda de colaboración en el ámbito de la investigación.

Cuenta con una amplia producción científica, incluyendo libros, artículos y capítulos de obra colectiva centrados en Derecho digital, protección de datos, administración electrónica e inteligencia artificial. Su perfil completo puede consultarse en la base de datos académica Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=1042240>



**ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ**

Licenciado en Derecho, Doctor en Derecho y, Master en Comercio Internacional por la Universidad de Alicante. Profesor Titular de Derecho internacional privado en la Universidad Miguel Hernández de Elche.

Socio-Director de COEX International Trade, *Spin-Off* de la Universidad Miguel Hernández de Elche, que se dedica al Asesoramiento, Consultoría y Formación en Internacionalización de la Empresa y Planificación Jurídica Internacional. Reconocidos dos Sexenios de Investigación.

Doctor Honoris Causa por la Universidad de San Lorenzo (UNISAL), Universidad Autónoma San Sebastián de San Lorenzo-USAS (Paraguay) y por el Instituto Interamericano de Investigación y Docencia en Derechos Humanos (México).

Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Castellón. Director del Observatorio Provincial de la Inmigración de Alicante. Vicedecano de Grado en Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Director del Máster Universitario en Abogacía y Procura de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

Tiene reconocidos por la CNEAI tres Sexenios de Investigación. Ponente habitual en numerosos cursos organizados en España y en el extranjero; y ha participado, como autor, coautor, director y/o coordinador en más de 260 publicaciones (entre libros de investigación, de docencia, de divulgación y/o de transferencia de conocimiento).



## ÁNGEL J. SÁNCHEZ NAVARRO

Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, cuyo Departamento de Derecho Constitucional dirigió entre enero de 2018 y diciembre de 2020, fecha en que se incorporó, en situación de Servicios especiales, al Tribunal Constitucional español, como Letrado de adscripción temporal. Ha sido también Profesor Visitante en las Universidades de París 2 (Panthéon-Assas) y Grenoble-Alpes (UGA). Doctor en Derecho con Premio Extraordinario (Junio 1993) y Máster en Ciencias Sociales en el Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales (Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, 1989), ha sido en dos ocasiones Subdirector General del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (de 2002 a 2004; y desde 2012 a noviembre de 2015), y Vocal asesor en el Departamento de Parlamento e Instituciones del Gabinete del Presidente del Gobierno (2000 a 2002).

Autor de más de sesenta artículos y seis monografías como autor único, ha participado también en numerosas jornadas y seminarios científicos, tanto en España como en el extranjero (Francia, Italia, Luxemburgo, Portugal, Bélgica, Marruecos, Serbia, Georgia, México, República Dominicana...). Es miembro del Comité Científico de la Fondation Robert Schuman (París) y, desde junio de 2002 hasta 2015 participó asiduamente, como miembro suplente y como experto, en los trabajos de la Comisión para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), del Consejo de Europa.



## LÍVIA GONÇALVES BUZOLIN

Lívia Gonçalves Buzolin es investigadora en Derecho en la Facultad de Derecho de la FGV São Paulo (Brasil) y Global Fellow en el Centre on Law and Social Transformation (Universidad de Bergen y Chr. Michelsen Institute), en Bergen, Noruega. También es abogada litigante con más de una década de experiencia en despachos jurídicos en São Paulo, Brasil.

Es doctora y máster en Derecho y Desarrollo por la FGV, licenciada en Comunicación Social por la Universidad Estatal de São Paulo y licenciada en Derecho por la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Trabaja en el ámbito de los estudios sociojurídicos, y sus principales líneas de investigación incluyen los tribunales, los procesos legislativos, la regresión democrática, los derechos humanos, el género y la sexualidad.



**LUIS FERNANDO PAMPLONA NOVAES**

Luis Fernando Pamplona Novaes es abogado y socio director del despacho Nemetz & Kuhnen Advocacia, con sede en Brasil. Especializado en Derecho Deportivo Internacional, cuenta con una sólida trayectoria en el ámbito jurídico, centrando su práctica profesional en las áreas de Derecho Deportivo, Derecho Empresarial, Derecho Internacional y Derecho Fiscal.

Es licenciado en Derecho por la Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB), título que obtuvo en 2004. Posteriormente, cursó un posgrado en Derecho Contractual en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC) en 2007. Más adelante, completó un máster en Derecho Deportivo Internacional en el Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE) en Madrid.

Ha sido coordinador de la Comisión de Derecho Deportivo del Colegio de Abogados de Brasil en Blumenau (OAB/SC) durante el periodo 2019–2021 y actualmente es miembro de la Comisión de Derecho Deportivo de la OAB en el estado de Santa Catarina.

En su ejercicio profesional, asesora en materia societaria, fiscal y deportiva a jugadores, agentes, inversores y clubes de fútbol y voleibol. Además, desempeña funciones como director jurídico del equipo de voleibol APAN/ELEVA/BLUMENAU, que compite en la Superliga, y del club de fútbol Brusque Futebol Clube.

También forma parte de la Lista de Árbitros del Centro Brasileño de Mediación y Arbitraje (CBMA).





**CARLOS GARCÍA CASTAÑO**

Es Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM) desde el 1 de enero de 1985, ejerce desde entonces en despacho propio especializado en derecho penal, penitenciario y civil. Miembro del Servicio de Orientación Jurídica Penitenciario del ICAM desde 1988 hasta 1995, ejerce como Coordinador del mismo desde ese año hasta la actualidad.

Participó en el Equipo de Redacción de los *Cuadernos de Derecho Penitenciario* del ICAM entre 1995 y 2000, y desde entonces es su Coordinador. Fue Presidente de la Subcomisión de Derecho Penitenciario del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) desde su creación en 2003 hasta 2016, y continúa como vocal.

Ha sido Profesor Asociado del Área de Derecho Público en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE-ICAI) entre 2007 y 2010, y desde 2017 hasta hoy, impartiendo Derecho Penitenciario y Consecuencias Jurídicas del Delito. En la Universidad Francisco de Vitoria es Profesor Asociado en el Grado de Criminología (Derecho Penitenciario y Diligencia Juvenil) y en Trabajo Social (Derecho Aplicado). En la Universidad Complutense de Madrid imparte Ciencia Penitenciaria en el Grado de Criminología, así como diversas asignaturas en el Máster de Acceso a la Abogacía y Procura (Práctica Penal, Oratoria y Juicios Simulados).

Es Director y Ponente del Curso Especializado en Derecho Penitenciario del Centro de Estudios del ICAM. Ha publicado numerosos artículos sobre ejecución penal y derecho penitenciario, y ha intervenido como ponente en múltiples jornadas organizadas por colegios de abogados y universidades.

Ha colaborado en la redacción de la legislación penitenciaria de Chile y ha asesorado a la Defensoría de Costa Rica en materia penitenciaria, ambas iniciativas dentro del programa Euro Social.



