

Patrocinador:

Pérez-Llorca



En colaboración con:



Cornell Law
School

ESADE LAW REVIEW

VOL. 7

20 DE FEBRERO DE 2026

BARCELONA



Andrea Izaguirre Blanco
Presidenta



Verona Tió Pérez-Albert
Editora invitada



**Alessandra Angel Venzy
Ferrari**
Editora Cornell

Editores



**Alejandra
Ochoa Jiménez**



**Daniel
Caballero
Wilson**



**Daniel Sanz
Cáceres**



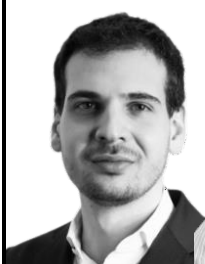
**Diego Bravo
Rivasplata**



**Eva Marcos
Gautier**



**Frederic
Insenser
Morgadas**



**Gerard Perich
Señé**



**Heidi López
Herbert**



**Marc Martínez
Valencia**



**Maria Alejandra
Gonzales Pinedo**



**Pablo Sánchez
Pérez**



**Tomás Heredia
Monclús**

Revisores



**Carlos
Cervera
Yñesta**



**Diego
Sánchez
Borjas**



**Elisabeth
de Nadal
Clanchet**



**Ernesto
Alejandro
Suárez**



**Ingrid
Campi
Laib**



**Josuan
Eguiluz
Castañeira**



**Laura Geli
Megías**



**Marc
Barroso
Cantero**



**María
Ángeles
Díaz
López**



**Oscar
Morales
García**



**Rafael
María
Pich
Barroso**

SUMARIO

MENSAJE DE LA PRESIDENTA	3
<i>GOBERNAR EL CAMBIO ANTE LOS DESAFÍOS DEL MAÑANA</i> por <i>Andrea Izaguirre Blanco</i>	
	3
ARTÍCULOS.....	6
ARTÍCULOS DE DERECHO DE CONSUMO.....	6
<i>GREENWASHING Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: EL CONTROL DE LOS CLAIMS AMBIENTALES EN LA PUBLICIDAD COMERCIAL</i> por <i>Andrea Izaguirre Blanco</i>	
	6
ARTÍCULOS DE DERECHO FISCAL.....	27
<i>DISEÑANDO LA FISCALIDAD VERDE: BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO ENTRE GRAVAMEN, ESTÍMULO Y SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL</i> por <i>Daniel Sanz Cáceres</i>	
	27
<i>TRANSPARENCIA FISCAL Y SECRETO PROFESIONAL: UN EQUILIBRIO NECESARIO EN LA ERA DE LA SOSTENIBILIDAD JURÍDICA</i> por <i>Frederic Insenser Morgadas</i>	
	44
ARTÍCULOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	64
<i>ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS: ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA ESTANDARIZACIÓN DEL “OPT OUT” POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE LA CISG Y SUS IMPLICACIONES SOBRE EL REGLAMENTO ROMA I</i> por <i>Verona Tió Pérez-Albert</i>	
	64
ARTÍCULOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	81
<i>¿HASTA QUÉ PUNTO EXISTE UN CONSENSO TRANSREGIONAL ENTRE EL TEDH Y LA CORTE IDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO? UN DIÁLOGO ENTRE ESTRASBURGO Y SAN JOSÉ</i> por	

<i>Diego Bravo Rivasplata</i>	81
ARTÍCULOS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	
.....	98
<i>BETWEEN ENERGY EFFICIENCY AND PRIVACY: SMART DATA UNDER EU LAW</i> por <i>Alejandra Ocho Jiménez</i>	98
<i>EXPORTING JURISDICTION: HOW THE CJEU IS TURNING THE EU INTO A QUASI-ARBITRAL SPACE</i> por <i>Alessandra Angel Venzy Ferrari</i>	113
<i>CONFLICTOS DE SOBERANÍA EN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760 DE DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA</i> por <i>Maria Alejandra Gonzales Pinedo</i>	128
<i>THE CRITICAL RAW MATERIALS ACT: EFFICIENCY PAID BY THE ENVIRONMENT AND OUR RIGHTS?</i> por <i>Tomás Heredia Monclús</i>	148
ARTÍCULOS DE DERECHO MERCANTIL	162
<i>SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA DE LOS MERCADOS DE CRIPTOACTIVOS</i> por <i>Eva Marcos Gautier</i>	162
<i>SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y CONTINUIDAD DEL NEGOCIO: UNA LECTURA DEL M&A EN CLAVE DE SOSTENIBILIDAD</i> por <i>Marc Martinez Valencia</i>	178
ARTÍCULOS DE DERECHO PENAL	191
<i>¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OPERACIONES DE INSIDER TRADING EJECUTADAS DE FORMA AUTÓNOMA POR UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?</i> por <i>Daniel Caballero Wilson y Heidi López Herbert</i>	191
ARTÍCULOS DE DERECHO DE LA TECNOLOGÍA....	205
<i>INTELIGENCIA ARTIFICIAL, JUSTICIA Y ESTADO DE DERECHO</i> por <i>Gerard Perich Señé y Pablo Sánchez Pérez</i>	205

MENSAJE DE LA PRESIDENTA

GOBERNAR EL CAMBIO ANTE LOS DESAFÍOS DEL MAÑANA



Andrea Izaguirre Blanco (4º GDL)

El siglo XXI plantea al Derecho desafíos que conllevan una complejidad sin precedentes. El presente séptimo volumen de la ESADE Law Review se enmarca en un contexto donde la crisis climática, la irrupción de nuevas tecnologías, la interdependencia global o la evolución y cambios en nuestra manera de producir y consumir; nos obliga a repensar los marcos jurídicos tradicionales y cuestionar la capacidad del ordenamiento jurídico para ofrecer respuestas eficaces, sostenibles y justas.

En otras palabras, en un escenario marcado por la urgencia y la incertidumbre, el Derecho se enfrenta al reto de anticiparse, acompañar y regular procesos de transformación sin renunciar a su función garantista y articulando respuestas que integren seguridad jurídica. No es un reto fácil y por ello, este volumen busca contribuir modestamente al esfuerzo colectivo que debe realizarse, ofreciendo análisis rigurosos que permitan pensar el Derecho no solo como una reacción, sino como una herramienta activa de cambio.

Por ende, la premisa es clara: la sostenibilidad no puede entenderse únicamente como un objetivo político o económico, sino como un principio jurídico estructural que influye e interpela al Derecho en su conjunto; al tiempo que exige su continuo desarrollo. La transición hacia un modelo jurídico más responsable y sostenible plantea nuevos retos normativos que afectan a todas las ramas del Derecho; siendo algunos de ellos analizados en las páginas de este volumen. Desde la protección del medio ambiente y justicia climática, sostenibilidad corporativa o fiscalidad verde hasta la garantía de los derechos humanos, innovación tecnológica y los mecanismos del cambiante orden global.

El poder liderar este volumen representa una oportunidad: el dar una perspectiva plural y transversal. El poder ofrecer explicaciones fundamentadas de cómo está respondiendo el ordenamiento a cambios a los que el legislador no puede seguirle el ritmo y los talentosos editores de este volumen lo lograron con creces. El tiempo y esfuerzo dedicado a estas páginas ofrecen una visión compleja y matizada de fenómenos que no admiten soluciones simples ni permanentes.

Sin embargo, más que dar respuestas definitivas o cerrar debates, busca abrir paso al diálogo y a la reflexión crítica sobre los límites de nuestro sistema y sobre posibles vías de evolución normativa. Leer estos artículos ofrecen la oportunidad de aprender y nutrirse de algo que a todos los que hemos participado en la creación de este volumen apasiona: el Derecho. Mi deseo es que este volumen logre transmitir ese sentimiento.

En este mensaje deseo expresar mi agradecimiento a quienes impulsaron la creación de esta revista y sentaron las bases de este proyecto académico hoy consolidado, al equipo que trabaja para que volumen tras volumen la revista siga aportando tanto valor y a quienes lo leen y ven el esfuerzo que hay detrás. Entre ellos, destaco a Pérez- Llorca, por su patrocinio, su trato y por creer en este séptimo volumen desde el primer minuto.

Mi agradecimiento se extiende con especial cariño a los editores y revisores, cuya dedicación, rigor y compromiso han sido esenciales para dar forma a este volumen. La calidad de estos artículos es el resultado de un esfuerzo colectivo exigente tanto por parte de quienes los redactaron, como los profesionales que los supervisaron y que hicieron espacios en sus agendas para hacer esto posible. Su esfuerzo y el valor intrínseco que hay detrás no debe darse por sentado. Agradezco su generosa contribución.

Asimismo, gracias a mi universidad, Esade, por su apoyo institucional y por creer siempre en este proyecto. También a Quique, presidente de la asociación, por hacer posible la colaboración con la Universidad de Cornell y a la participante de la misma. Por último, agradecer a la profesora Verona Tio Pérez-Albert por haber escrito un magnífico artículo para este volumen y por compartir sus conocimientos, además de su trato cercano, entusiasmo y deseos de participar en el mismo.

Como presidenta, uno de mis objetivos ha sido ejercer una función de continuidad del espíritu de *lege ferenda* que define a la ESADE Law Review, y al mismo tiempo, de renovación; especialmente en la elección de una temática que atravesase transversalmente todas las ramas del Derecho. Sin embargo, mi prioridad en todo el proceso, desde escoger a los editores, contactar a los revisores y junto al equipo dar forma a este volumen, era estar presente; disfrutar la oportunidad y asegurarme que los que participaban también lo hicieran. Estaba compelida no solo en asegurarme que este volumen estuviera listo en la fecha límite, sino a no fallar a aquellos que decidieron dar su tiempo, compaginar su vida con la revista y compartir su talento. Estoy muy orgullosa del resultado, pero lo estoy aún más de las personas detrás del mismo. Desde los profesionales hasta a los editores más noveles, mi más sincera enhorabuena. Todos han hecho de este proceso una de mis experiencias más gratificantes y en este mensaje no puedo dejar de agradecer a María Paula y a Martina por haberme dado la oportunidad.

Gracias a todos y de todo corazón.

Finalmente, en este séptimo volumen, se reafirma el compromiso con el estudio de los grandes desafíos jurídicos de nuestro tiempo y espero que el lector encuentre en estas páginas un espacio que le haga pensar, le haga cuestionarse y, sobre todo, que las disfrute. Que los trabajos aquí reunidos sirvan como estímulo para imaginar un Derecho capaz de responder, con responsabilidad, pero también con ambición, a los retos que tenemos y aquellos que nos vendrán.

De lege ferenda.

ARTÍCULOS

ARTÍCULOS DE DERECHO DE CONSUMO

GREENWASHING Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: EL CONTROL DE LOS CLAIMS AMBIENTALES EN LA PUBLICIDAD COMERCIAL



Andrea Izaguirre Blanco (4º GDL)

Abstract

En los últimos años, el fenómeno de *greenwashing* se ha convertido en un obstáculo para la protección efectiva del consumidor en los mercados actuales. A través de *claims* ambiguos, difícilmente verificables o identificables, numerosas empresas proyectan una imagen sostenible que no corresponde con la realidad de sus prácticas comerciales o productivas. Esto afecta directamente la capacidad del consumidor para adoptar decisiones de consumo informadas y racionales.

Por consiguiente, este artículo analiza este fenómeno desde la perspectiva del Derecho del consumidor, prestando especial atención al control jurídico de las alegaciones ambientales en la publicidad comercial.

Palabras clave

Greenwashing – Protección del consumidor – Publicidad y *claims* ambientales – Prácticas comerciales engañosas – Información al consumidor medio – Sostenibilidad – Transparencia del mercado

I. Introducción: El *greenwashing* como desafío para la protección del consumidor

En los últimos años ha habido una creciente sensibilización social hacia la protección por el medio ambiente que ha transformado los patrones de consumo y las estrategias de comunicación empresarial en los mercados actuales. En este contexto, las alegaciones o *claims* ambientales se han convertido en un elemento central de la publicidad comercial, influyendo significativamente en las decisiones de consumo de los consumidores. Sin embargo, junto a este patrón también ha emergido –y con especial intensidad– la práctica conocida como *greenwashing*, que consiste en la utilización de alegaciones ambientales

engañosas, ambiguas o carentes de respaldo suficiente, proyectando una imagen sostenible que no refleje las prácticas empresariales reales (Romanos, 2025).

Por ende, el *greenwashing* plantea un desafío jurídico para la protección del consumidor en la medida que afecta uno de los pilares del Derecho de consumo: la garantía de una información veraz, clara y suficiente que permita al consumidor adoptar decisiones económicas libres e informadas¹. En mercados cada vez más complejos y saturados de información y mensajes publicitarios, la utilización de alegaciones ecológicas imprecisas o sugestivas que carecen de fundamento, distorsiona gravemente el comportamiento del consumidor medio². Esto erosiona la transparencia de los mercados y puede generar situaciones de competencia desleal con efectos perjudiciales no solo para los consumidores, sino también para los operadores económicos que sí actúan de manera diligente. Por consiguiente, el fenómeno del *greenwashing* incide simultáneamente en distintos ámbitos del ordenamiento jurídico como la protección de los consumidores, la competencia desleal, la regulación de la publicidad comercial y, en los supuestos más graves, el Derecho penal corporativo y ambiental. Ante esta diversidad de enfoques y marcos normativos, este artículo se centrará en el ámbito del Derecho del consumidor, a través del régimen de prácticas comerciales desleales. En tanto, el impacto que se busca analizar es aquel existente entre el empresario y el consumidor y sobre la capacidad de este último para evaluar correctamente la sostenibilidad de los bienes y servicios ofertados. Por ende, busca responder a las preguntas: *¿Es suficiente el actual marco jurídico de protección del consumidor –particularmente la Directiva 2005/29/CE y su transposición al ordenamiento español– para controlar eficazmente los claims ambientales en la publicidad comercial y prevenir el greenwashing?* Este trabajo demostrará que el régimen jurídico actual de protección del consumidor frente a la publicidad engañosa resulta esencialmente reactivo y presenta limitaciones estructurales para afrontar eficazmente el *greenwashing*. Por ende, resulta necesario reforzar los mecanismos preventivos y de verificación de los claims ambientales sin comprometer la seguridad jurídica.

¹ Artículo 8. 1. d) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU): “Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables (...) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios en formatos que garanticen su accesibilidad y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute, así como la toma de decisiones óptimas para sus intereses”.

² Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2024 (Asunto C-646/22): El tribunal establece que el “consumidor medio” en relación con la Directiva 2005/29/CE debe definirse como uno informado, razonablemente atento y perspicaz. No obstante, se debe reconocer la existencia de sesgos cognitivos que son limitaciones que pueden alterar su capacidad de decisión. Sin embargo, para que estos sean considerados realmente relevantes debe demostrarse que efectivamente pueden afectar a una persona informada, razonablemente atenta y perspicaz de manera sustancial. Por ende, todas las prácticas comerciales deberán analizarse teniendo en cuenta esta definición: un consumidor medio que puede estar afectado por sesgos cognitivos.

La elección de este objeto de estudio responde, además, a una motivación personal vinculada a los mecanismos jurídicos de tutela del consumidor en contextos de complejidad informativa y a la convicción de que la sostenibilidad, como valor social y económico, no puede construirse sobre prácticas comunicativas engañosas. Por ende, este artículo permitirá reflexionar críticamente sobre los límites de la publicidad ambiental y sobre la necesidad de reforzar instrumentos jurídicos que garanticen una transición fluida hacia mercados más transparentes, respetuosos y responsables con los derechos del consumidor.

Finalmente, el artículo se estructura en cuatro partes: (I) una delimitación conceptual del greenwashing y de las principales tipologías de claims ambientales, con referencia a casos paradigmáticos; (II) su encaje en el marco normativo europeo sobre prácticas comerciales desleales y su aplicación en el ordenamiento jurídico español; (III) un análisis crítico de los principales problemas jurídicos que plantea su control, incluyendo la verificabilidad de los claims y la carga de la prueba; y (IV) una conclusión centrada en la necesidad de reforzar la protección preventiva del consumidor sin menoscabar la seguridad jurídica ni la libertad de comunicación comercial.

II. Definición del concepto *greenwashing* y los tipos de *claims* ambientales en la publicidad comercial

El *greenwashing* (cuyo concepto traducido al español vendría a ser ecoblanqueamiento o blanqueo ecológico) se define, desde una perspectiva jurídica, en “*la práctica de obtener una ventaja competitiva desleal comercializando un producto financiero como respetuoso con el medio ambiente cuando, en realidad, no cumple los requisitos medioambientales básicos*”³. En otras palabras, es una práctica comercial consistente en la utilización de declaraciones, mensajes o representaciones de carácter ambiental que inducen o pueden llegar a inducir a error al consumidor medio sobre las características ecológicas reales de un producto, servicio o de la propia empresa (Suanzes & Vendrell, 2022). No se limita a afirmaciones manifiestamente falsas, sino que se incluyen también aquellas que sean ambiguas, incompletas, descontextualizadas o no verificables, que sean capaces de generar una percepción errónea de sostenibilidad. Desde un punto de vista doctrinal, tal fenómeno es descrito como una distorsión de la capacidad de elección del consumidor respecto al impacto ambiental real generado por las actividades empresariales, con efectos no únicamente jurídicos sino también económicos y reputacionales; afectando al correcto funcionamiento del mercado y competencia basada en méritos sostenibles reales (Hallama et al., 2011; IL3-UB, 2025).

³ Concepto definido en el **Reglamento (UE) 2020/852 (Fundamento (11))** relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el **Reglamento (UE) 2019/2088**.

Detectarlo no siempre resulta fácil, ya que las empresas emplean estrategias comunicativas destinadas a generar confianza en los consumidores sin necesidad de aportar pruebas objetivas –de aquí la necesidad de un ordenamiento jurídico que garantice la protección de los mismos–. Para evitar ser inducidos a error, resulta esencial tratar de identificar alguna de las siguientes señales que se utilicen de manera recurrente: lenguaje ambiental ambiguo o genérico sin respaldo verificable, falta de transparencia y de datos o informes públicos, promoción aislada de productos o servicios “verdes” dentro de actividades empresariales calificadas como altamente contaminantes; uso simbólico de imágenes de naturaleza sin base fundamentada y la ausencia de certificaciones reconocida o auditorías independientes (IL3-UB, 2025; Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, 2024). Por consiguiente, se concluye que el pensamiento crítico y la vigilancia activa por parte de los consumidores y el ordenamiento son herramientas esenciales para evitar campañas meramente reputacionales que no contribuyen a una sostenibilidad efectiva.

Por otra parte, tal y como se ha mencionado previamente, los claims ambientales son el principal vehículo del *greenwashing*. Desde la óptica jurídica, la doctrina y la práctica regulatoria distingue tres categorías (MacLennan et al., 2025):

1. **Explícitos:** Son afirmaciones directas y concretas que atribuyen al producto o servicio unas determinadas características ambientales como por ejemplo, “neutral en carbono”, “producto sostenible” o “respetuoso con el medio ambiente”. Este tipo de afirmaciones requiere una base que cumpla con los siguientes requisitos: objetiva, actualizada y verificable (si es posible, apoyada por certificaciones independientes) (Olmos et al., 2024). La Directiva 2024/825⁴ refuerza esta exigencia al considerar engañosas las declaraciones ambientales que no puedan demostrarse mediante pruebas claras y accesibles, ampliando de esta manera el concepto de “información relevante” para el consumidor (Arthur Marín Law, 2025).
2. **Implícitos:** No contienen una afirmación ambiental expresa pero sugieren características, objetivos o esencia de sostenibilidad mediante elementos visuales, simbólicos o contextuales. Por ejemplo, el uso del color verde, expresiones genéricas como “comprometidos con el planeta” o imágenes de naturaleza. Estos claims pueden ser más difíciles de identificar por el hecho de que no son expresos. Sin embargo, el TJUE ha establecido que la ausencia de literalidad no excluye el posible carácter engañoso de la misma (MacLennan et al., 2025; Hallama et al.,

⁴ **Fundamento (1):** “(...) los comerciantes tienen la responsabilidad de proporcionar información clara, pertinente y fiable” y **fundamento (13)** “estos nuevos requisitos contribuirán al objetivo de la Comunicación de la Comisión, de 11 de diciembre de 2019, sobre el Pacto Verde Europeo de permitir a los compradores tomar decisiones más sostenibles y reducir el riesgo de blanqueo ecológico mediante información fiable, comparable y verificable”.

2011). Por ejemplo, el TJUE establece en el asunto *C-435/11, CHS Tour Services*⁵ que una práctica puede ser considerada engañosa en su conjunto, incluso si no es explícita, cuando sea susceptible de inducir a error al consumidor medio sobre características esenciales del producto o servicio y aunque la información no sea objetivamente falsa.

3. *Aspiracionales o corporativos*: Hacen referencia a objetivos futuros o compromisos generales de sostenibilidad empresarial, como por ejemplo: “estrategia de transición verde” o “camino hacia el net zero”. Aunque no son ilícitos per se, pueden resultar engañosos cuando el consumidor medio interpreta que dichos compromisos reflejan un impacto ambiental real y actual del producto o servicio que ofrece la empresa (Arthur Marín Law, 2025; Suanzes et al., 2022). Tal y como el TJUE insistió en el asunto *C-371/20, Peek & Cloppenburg*⁶, la evaluación del carácter engañoso debe realizarse atendiendo al contexto del mensaje y percepción del consumidor, lo que resulta especialmente relevante en declaraciones no cuantificadas o vagas como estas.

Tal y como se ha establecido previamente, el greenwashing afecta directamente a la capacidad del consumidor medio de tomar decisiones de compra informadas al introducir información ambiental que aparenta ser relevante y fiable, pero que carece de una base objetiva y verificable. Esto se debe a que tal y como han establecido diversos estudios⁷, los consumidores tienen a otorgar el valor añadido a los productos o servicios que son percibidos como sostenibles, lo que convierte a los claims ambientales en un elemento decisivo en la toma de decisiones o elecciones de consumo (Junciel Domínguez, 2021).

⁵ Caso en el que una agencia de viajes (CHS Tour Services) distribuía folletos afirmando que tenían derechos exclusivos de reserva en determinados hoteles. Esa información no era correcta y podía inducir a error al consumidor medio sobre una característica esencial del servicio. El TJUE estableció en su **fundamento (42) de la sentencia**: “*el carácter engañoso de una práctica comercial depende únicamente del hecho de que carezca de veracidad, por contener información falsa, o de que, de modo general, pueda inducir a error al consumidor medio, en particular, sobre la naturaleza o características principales de un producto o servicio y que, por ello, pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que no hubiera tomado sin tal práctica*”.

⁶ La empresa acusada (Peek & Cloppenburg) proporcionó ventajas económicas a un medio de comunicación para que publicara contenido editorial favorable sobre sus productos sin identificar claramente como publicidad. El TJUE estableció en sus **fundamentos (39) y (41)**: “*el objetivo que persigue la Directiva es entre otras cosas alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores contra las prácticas comerciales desleales y se basa en la circunstancia de que, frente a un comerciante, el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad, particularmente en lo que al nivel de información se refiere, dado que no puede negarse que existe una importante asimetría de información y de competencias entre una y otra parte (...)*” y “*se desprende que el punto 11, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29 se concibió, en particular, para garantizar que cualquier publicación en la que el comerciante en cuestión ejerció una influencia por interés comercial propio sea identificada claramente y conocida así por el consumidor*”.

⁷ Un ejemplo, sería el realizado en conjunto por McKinsey y NielsenIQ, que examina el crecimiento de las ventas de productos que afirman ser ambiental y socialmente responsables (McKinsey & Company, 2023). También, según un informe de Amazon y Kantar, cuatro de cada cinco españoles prefiere comprar productos caracterizados como sostenibles (Aragón Media Lab, 2024).

La proliferación de mensajes ambientales genéricos o no verificables ha generado, además, una crisis de confianza. Esto se debe a que el exceso de afirmaciones “verdes” conduce a una deslegitimación de la comunicación ambiental en su conjunto, perjudicando así tanto a los consumidores como a las empresas que son verdaderamente sostenibles (Ruiz, 2024).

Desde una perspectiva jurídica, se justifica la intervención normativa por la siguiente distorsión: el consumidor medio no dispone de los conocimientos técnicos necesarios para evaluar por sí mismo la veracidad de los claims ambientales (Poncibò et al., 2007), lo que refuerza la necesidad de tener estándares estrictos de transparencia, verificabilidad y sobre todo, un control administrativo *ex ante* y *ex post*.

III. El marco jurídico europeo de protección del consumidor frente al *greenwashing*

La Directiva 2024/825 es la normativa actualmente aplicable y es el resultado de la evolución normativa reciente en el contexto del Pacto Verde Europeo (*European Green Deal*⁸). Esta modifica las Directivas 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (también conocida como “*The Unfair Commercial practices Directive (UCPD)*”) (Suanzes et al., 2022) y la 2011/83/UE; con el objetivo de empoderar a los consumidores durante la transición ecológica y constatar los límites del marco tradicional de la anterior normativa.

De esta manera, la Unión Europea está reforzando de forma expresa la protección del consumidor frente al *greenwashing*. Esta nueva Directiva incorpora de manera explícita el *greenwashing* al régimen de prácticas de comerciales desleales, prohibiendo, entre otros supuestos: claims ambientales genéricos no fundamentados⁹, afirmaciones sobre el desempeño ambiental futuro sin compromisos verificables, claros y vinculantes¹⁰ o el uso engañoso de etiquetas o sellos de sostenibilidad no verificados con certificados, por ejemplo¹¹. Por ende, la Directiva 2024/825 no introduce obligaciones radicalmente

⁸ Es la estrategia de crecimiento sostenible de la Unión Europea. Adoptada en el año 2019, su objetivo es alcanzar la neutralidad climática en 2050 mediante la integración de criterios ambientales en todas las políticas de la UE y el desarrollo normativo en materias de clima, energía, protección al consumidor, etc.. (Conseil de l'Union européenne, 2025).

⁹ **Fundamento (9):** “El anexo I de la Directiva 2005/29/CE también debe modificarse para prohibir que se hagan afirmaciones medioambientales genéricas sin un comportamiento medioambiental excelente reconocido que sea relevante para la afirmación”.

¹⁰ **Fundamento (4):** “(...) debe modificarse el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2005/29/CE para prohibir tales afirmaciones, tras un análisis caso por caso, cuando no estén respaldadas por compromisos y metas claros, objetivos, disponibles públicamente y verificables asumidos por el comerciante y recogidos en un plan de ejecución detallado y realista que muestre cómo se van a lograr dichos compromisos y metas y que destine recursos a tal fin”.

¹¹ **Fundamento (7):** “(...) debe prohibirse la exhibición de distintivos de sostenibilidad que no se basen en un sistema de certificación o que no hayan sido establecidos por las autoridades públicas, mediante la inclusión de tales prácticas en la lista del anexo I de la Directiva 2005/29/CE”.

nuevas, sino que clarifica, sistematiza y amplía el control jurídico que existía sobre los *claims* ambientales. De esta manera, se refuerza la seguridad jurídica y la eficacia de una posible ejecución (Calvo Carmona et al., 2025; García et al., 2024; Arthur Marín Law, 2025). Junto a la Directiva 2024/825, previamente mencionada, la Comisión Europea ha impulsado un instrumento clave en esta materia y que vale la pena destacar su relevancia: la Directiva sobre Alegaciones Ecológicas (*Green Claims Directive*)¹² destinada a exigir que los *claims* ambientales explícitos estén respaldados científicamente.

Todas estas iniciativas sostenibles suponen un cambio de paradigma al pasar de un control *ex post* centrado en la publicidad engañosa a un sistema *ex ante*, preventivo y basado en la verificabilidad y trazabilidad de las alegaciones ambientales. No obstante, parte de la doctrina cuestiona si el actual contexto político, económico y social europeo puede llegar a implicar una ralentización del impulso regulatorio del *Green Deal*. Deberá observarse la fase de transposición y aplicación efectiva de estas iniciativas (MacLennan et al., 2025).

Esta nueva Directiva, además, busca solventar las deficiencias estructurales de la anterior Directiva 2005/29/CE. Entre ellas, que el término de *greenwashing* inicialmente no se encontraba explícitamente. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia¹³ ha destacado que el fenómeno encajaba conceptualmente en las siguientes categorías de prácticas comerciales desleales:

1. *Prácticas engañosas por acción*: Cuando se atribuye al producto o a la empresa cualidades ambientales inexistentes o exageradas.
2. *Prácticas engañosas por omisión*: Cuando se destacan determinados aspectos “verdes” del producto o servicio pero se oculta información relevante sobre impactos ambientales negativos significativos que quizás están presentes en otras fases de su ciclo de producción o consumo.

Tal y como se ha hecho alusión previamente, estas prácticas generan una distorsión sistemática de la percepción del consumidor que carece los conocimientos técnicos

¹² Hubo un momento que la Comisión Europea parecía retirar la propuesta de la Directiva, pero finalmente en junio del año 2025 confirmó que no era el caso. La directiva, propuesta en marzo de 2023 como parte del European Green Deal, sigue en negociación, aunque la falta de apoyo político, especialmente sobre la inclusión de microempresas, ha generado retrasos y cancelaciones en el proceso legislativo, dejando su adopción final pendiente de consenso entre Parlamento y Consejo (ESG News, 2025).

¹³ Por ejemplo, las **sentencias del Tribunal de justicia de la Unión Europea C-435/11, CHS Tour Services y C-371/20, Peek & Cloppenburg** permiten afirmar que los *claims* ambientales vagos o incompletos ya eran sancionables bajo la Directiva 2005/29/EC, incluso antes de una regulación más específica como la Directiva 2024/825. En el caso de la primera, el Tribunal afirma que una práctica es engañosa cuando puede inducir a error al consumidor medio sobre características esenciales, incluso si la información no es literalmente falsa. Por otra parte, la segunda reitera que debe valorarse la información omitida y el contexto del mensaje publicitario para determinar si se afecta la toma de decisiones del consumidor.

necesarios para evaluar la veracidad de los *claims* ambientales, lo que justifica la intervención normativa y administrativa (Hallama et al., 2011; Junciel Domínguez, 2021).

Ambas manifestaciones afectan a información material relevante para la toma de decisiones de consumo; reforzando así la protección del consumidor frente a mensajes sostenibles ambiguos que resultan engañosos. Esta interpretación se fundamenta en los **artículos 6¹⁴ y 7¹⁵ de la Directiva**, que califican como engañosas tanto prácticas que contienen información falsa como aquellas que, aún siendo formalmente veraces, inducen o pueden inducir a error por su presentación u omisión de información relevante. Por consiguiente, el *greenwashing* constituye un supuesto paradigmático de práctica engañosa, pues distorsiona la percepción del consumidor sobre atributos ambientales que cada vez más influyen en las decisiones de los consumidores (Suanzes et al., 2022).

Por otra parte, la Directiva 2005/29/CE fue diseñada en un contexto previo a la generalización de la sostenibilidad como elemento esencial de la comunicación comercial y antes de la proliferación de los *claims* ambientales. Como consecuencia, la regulación, conformada por términos amplios y neutros, resultaba insuficiente para abordar las nuevas prácticas ambientales engañosas y cada vez más sofisticadas. Además, la evolución del *greenwashing* ha sido impulsada por el uso de las nuevas tecnologías, redes sociales, estrategias reputacionales corporativas basadas en compromisos climáticos futuros y *green branding* corporativo¹⁶. Esta situación ha puesto de manifiesto los límites de un sistema que estaba únicamente centrado en un control *ex post* de la publicidad engañosa. Tal y como se explicó previamente, la veracidad de las alegaciones ambientales dependía de evaluaciones técnicas avanzadas e incluso de los criterios del poder judicial. De esta manera, se generaba incertidumbre jurídica y una aplicación desigual entre los Estados miembros (Cueto et al., 2024).

A continuación, dado el carácter global del *greenwashing* resulta relevante incorporar un enfoque comparado con algunos estados miembros y terceros estados que han desarrollado instrumentos de *soft law*¹⁷ y guías administrativas especialmente avanzadas como, por ejemplo: las Guías de la Autoridad de Consumidores y Mercados de los Países

¹⁴ “Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa por tal motivo carezca de veracidad información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aún cuando la información sea correcta en cuanto los hechos (...)”.

¹⁵ “Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio (...)”.

¹⁶ Prácticas habituales en las que la empresa utiliza técnicas de marketing para crear a los consumidores la percepción de que sus productos son más sostenibles de lo que en realidad son (Grupo Silvoturismo, 2023).

¹⁷ “Normas de conducta que, en principio, no tienen fuerza legalmente vinculante pero que, no obstante, pueden tener efectos prácticos” (Snyder, 1995).

Bajos (ACM)¹⁸ –similar a la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia en España– o los *Green Claims Codes*¹⁹ y las decisiones de la *Advertising Standard Authority* (ASA)²⁰, ambas del Reino Unido. Estos instrumentos son eficaces para complementar la normativa europea mediante criterios interpretativos claros y mecanismos de aplicación que permiten plantear la conveniencia de adoptar instrumentos similares en España. De esta manera, se iría más allá del marco sancionador clásico (Olmos et al., 2024).

En este caso, la proliferación de *soft law* en determinados Estados miembros y terceros, responde en gran medida a una problemática establecida previamente: limitaciones estructurales del marco normativo europeo vigente y de su transposición al derecho nacional. Pues si bien, las Directivas establecen principios generales comunes y formulación amplia, unido a la ausencia de criterios interpretativos específicos sobre alegaciones ambientales, ha generado muchas dificultades de aplicación práctica y lagunas interpretativas. Así, este recurso jurídico no sustituye a la normativa europea, sino que complementa allí donde las directivas y su transposición nacional se han mostrado incapaces de responder con la agilidad suficiente para igualar el ritmo de la rápida evolución del *greenwashing* y las cada vez más sofisticadas estrategias comunicativas empresariales. Todo ello justifica su creciente relevancia y su potencial valor como referencia para el ordenamiento español (Olmos et al., 2024).

Finalmente, a nivel europeo hay determinados litigios de alto perfil han contribuido de manera indirecta a visibilizar los riesgos del *greenwashing* y sus efectos sobre la confianza de los consumidores en las comunicaciones ambientales. Por ejemplo, el caso

¹⁸ Es la autoridad neerlandesa independiente encargada de supervisar la competencia y proteger los intereses de los consumidores. Vigilan que las empresas compitan de forma justa, que no se produzcan prácticas comerciales engañosas y que se respeten las normas de mercado y derechos de los consumidores en sectores clave (Authority for Consumers & Markets (ACM), s. f.).

¹⁹ Guía publicada por la Competition and Markets Authority del Reino Unido para ayudar a las empresas a entender y cumplir sus obligaciones legales al hacer environmental claims. Establece principios para que las declaraciones sean claras, verificables, transparentes y que no induzcan a error al consumidor (Competition and Markets Authority, 2021).

²⁰ Organismo independiente del Reino Unido encargado de regular la publicidad, vetando anuncios que sean engañosos, injustos u ofensivos, incluyendo claims ambientales. Se encarga de supervisar que sean veraces, claros y que no induzcan a error al consumidor medio (Advertising Standards Authority, s. f.). Ha hecho diversos pronunciamientos relevantes incluyendo **Petroliaam Nasional Berhad - ASA | CAP** (la empresa realizó un anuncio de televisión que decía “*Nuestra historia comenzó con un sueño, para ver si podíamos enfrentarnos a una industria. No fue fácil, pero poco a poco, el bien comenzó a suceder*” y “*conectemos los puntos y creemos un futuro más sostenible para todos para que nuestra próxima generación siempre tenga algo que esperar*” mostrando escenas de hielo flotando en el mar, basura en los ríos, etc.). ASA consideró que el anuncio inducía a error al presentar a Petronas como una empresa ya comprometida y en transición efectiva hacia la sostenibilidad y el cero neto en 2050. Sin embargo, los consumidores no podían comprender, a partir del anuncio, el alcance real de su contribución a las emisiones de gases de efecto invernadero (Olmos et al., 2024).

*Shell*²¹ (Sentencia de la Corte de Distrito de la Haya de 26 de mayo de 2021), en el contexto de una acción de responsabilidad civil basada en el deber de diligencia del Derecho neerlandés, puso de relieve la discrepancia existente entre los compromisos públicos de sostenibilidad y la estrategia real de negocio de la compañía en el marco de la responsabilidad civil y el deber de diligencia climática de la empresa. Este contraste resulta relevante desde la perspectiva del Derecho del consumo en la medida en que tales compromisos climáticos forman parte de la comunicación corporativa que puede influir en la percepción y decisiones de los consumidores.

A diferencia de los litigios en materia de prácticas comerciales desleales, el caso *Shell* no se fundamentó en el Derecho de la Unión en materia de consumo, sino en una acción de responsabilidad civil basada en el deber general de diligencia del Derecho neerlandés²². Ello pone de manifiesto la coexistencia de diversas vías jurídicas para abordar conductas empresariales engañosas relacionadas con el *greenwashing*.

Ambos precedentes, aún no siendo estrictamente casos de protección del consumidor, han sido citados por la doctrina como ejemplos paradigmáticos del fenómeno del *greenwashing*, en la medida en que evidencian cómo el uso de *claims* aspiracionales y selectivos sobre la transición energética o compromisos climáticos, sin reflejar adecuadamente el impacto ambiental real de la actividad, pueden inducir a error al consumidor y erosionar la confianza del mercado. Estas dos controversias han servido para ejemplificar y argumentar la necesidad de una regulación más estricta (MacLennan et al., 2025).

IV. El marco jurídico europeo de protección del consumidor frente al *greenwashing*

En el ordenamiento jurídico español, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“LCD”) regula las conductas empresariales que resultan contrarias a la buena fe y que distorsionan el comportamiento de los consumidores o de otros operadores en el mercado (Martínez Sanz Abogados, 2025). Por ello, se ha convertido en el instrumento central de tutela de los consumidores frente a las prácticas de *greenwashing*. La LCD transpone y desarrolla la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales;

²¹ El Tribunal de Apelación de La Haya revocó en 2024 la sentencia de primera instancia que obligaba a Shell a cumplir objetivos específicos de reducción de emisiones de CO₂, manteniendo únicamente un deber general de diligencia climática, lo que ha sido interpretado como un retroceso en la exigibilidad judicial directa de compromisos climáticos corporativos (Sustenomics, 2024). Además, pone en relieve las limitaciones del control judicial cuando los mensajes ambientales se apoyan en compromisos genéricos y proyecciones futuras (Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, 2021).

²² Se aplicó la Ley Holandesa en base al artículo 7 del Tratado de Roma II sobre obligaciones extracontractuales (normativa de derecho internacional privado) (RETEMA, 2021).

incorporando los principios y definiciones por acción u omisión (Ministerio de Justicia, 2006).

En particular, los *claims* ambientales engañosos pueden subsumirse en varias tipologías de ilícitos desleales establecidos en la LCD, más específicamente en los siguientes:

- (I) Actos de engaño (**art. 5**)²³: Toda conducta basada en información falsa o que siendo verídica, pueda ser engañosa por la manera de ser presentada e induzca a error a los destinatarios y condicione sus decisiones económicas.
- (II) Omisiones engañosas (**art. 7**)²⁴: Que consisten en ocultar u omitir información necesaria y relevante para la toma de decisiones de los consumidores.
- (III) Prácticas comerciales desleales con los consumidores (por ejemplo, el **art. 21**)²⁵: Todas aquellas que se desvían de una buena conducta comercial y son contrarias a los principios de buena fe y comercio justo (Gualde Capó, 2022).

La LCD no menciona expresamente el concepto de *greenwashing*, pero al igual que ocurría con la Directiva, la doctrina ha señalado que su estructura y articulado –los artículos previamente mencionados– permite un control efectivo de los *claims* ambientales al proteger la libertad de toma de decisiones del consumidor frente a mensajes que distorsionan su percepción, incluyendo en materia de sostenibilidad en relación con un producto o servicio. Por ende, este diseño normativo abarca la regulación de los *claims* ambientales incluso si no los menciona expresamente, pues esta ley se centra en la estructura del mensaje y su impacto económico real en el consumidor medio. Por consiguiente, la habilidad de una empresa de generar confianza mediante alegaciones sostenibles que no se corresponden con la realidad medioambiental constituye precisamente el tipo de distorsión que la LCD pretende reprimir (aquella que es errónea y que puede alterar las decisiones de consumo). Por lo tanto, la naturaleza sistemática de las prácticas engañosas por acción u omisión permite integrar los *claims* ambientales dentro del esquema de protección general del consumidor al tratarse de información

²³ “Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico (...)”.

²⁴ “Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”.

²⁵ “Se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: (...) 1. Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización. 2. La exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización, es igualmente, en todo caso, una práctica comercial desleal por engañosa”.

susceptible de inducir a error y alterar el comportamiento del consumidor medio (Suanzes et al., 2022; Hallama et al., 2011).

Por otra parte, su aplicación se ha visto complementada por criterios interpretativos que se relacionan y alinean con los desarrollados a nivel europeo, por ejemplo, aquellos expuestos en la Directiva 2024/825 ya explicada previamente; y con otros instrumentos comparados, como por ejemplo, el *Green Claims Code* británico. Estos han surgido por la ausencia de una regulación específica sobre los claims ambientales. Entre otros, algunos que se han consolidado son: veracidad, exactitud, claridad y comprensibilidad desde la perspectiva del consumidor medio, verificabilidad y relevancia –este último consistiendo en evitar destacar aspectos marginales del producto buscando ocultar la ausencia de impactos ambientales significativos–²⁶ (Hallama et al., 2011; Junciel Domínguez, 2021; Competition and Markets Authority, 2021).

En lo que respecta a su aplicación práctica en España, esta se articula a través de una pluralidad de autoridades administrativas, entre ellas el Ministerio de Consumo así como las autoridades autonómicas de consumo competentes para inspeccionar, sancionar y retirar publicidad engañosa²⁷. En el ámbito judicial, las Secciones de lo Mercantil de los Tribunales de Instancia²⁸ –a través de las acciones de cesación, rectificación y resarcimiento²⁹ (Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, s. f.).

²⁶ Estos principios han sido recogidos tanto en la doctrina como por documentos oficiales de orientación al consumidor, entre los cuales destaca: *La Guía del Ministerio de Consumo para Identificar el Greenwashing, que vincula explícitamente este fenómeno con la publicidad engañosa y el régimen sancionador previsto en el ordenamiento español* (Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, 2024).

²⁷ **Artículo 52 bis. 1 y 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU):** “Las Administraciones españolas que en cada caso resulten competentes sancionarán las infracciones de consumo cometidas en territorio español cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos del responsable” y “(...) a efectos de lo previsto en el apartado anterior, corresponderá a los órganos administrativos de las comunidades autónomas la tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores derivados de la aplicación de las infracciones previstas en la presente Ley cometidas, aunque parcialmente, en sus respectivos territorios”. En este caso, las infracciones de consumo reflejadas literalmente en el precepto y que pueden ser aplicables ante el fenómeno del greenwashing son las sancionables por el **artículo 47.m)** que establece: “El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios”. Tal y como se ha explicado a lo largo del artículo, las prácticas relativas al greenwashing pueden tener cabida en el marco de las prácticas desleales en virtud del **artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal**.

²⁸ **Artículo 87.6. a) y b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial:** “Las Secciones de lo Mercantil conocerán de las siguientes materias: (...) competencia desleal y publicidad (...) de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como de las pretensiones de resarcimiento del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia”. Según este precepto, serán competentes para conocer de todas las cuestiones relativas a competencia desleal y publicidad engañosa, incluyendo las acciones derivadas de greenwashing.

²⁹ **Artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal:** “Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: (...) Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura (...) Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (...) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente”.

Hubo recientemente un caso de *greenwashing* ante los tribunales españoles (**Sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Santander, de 21 de febrero de 2025** (*Iberdrola v. Repsol*))-, en el que la compañía energética Iberdrola presentó en 2024 una demanda contra Repsol alegando competencia desleal y publicidad engañosa por *greenwashing* en sus comunicaciones y campañas corporativas sobre sostenibilidad. La demanda se basaba en la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad. El tribunal desestimó la demanda al no acreditar que sus comunicaciones pudieran inducir a error al consumidor medio sobre su compromiso ambiental y que es la primera sentencia *firme* sobre *greenwashing* en España (De Trinidad & Asociados, 2025)³⁰.

No obstante, la doctrina ha señalado que la ejecución en España ha sido limitada y fragmentada en comparación a otros estados europeos debido a la dispersión competencial entre distintas autoridades de consumo autonómicas y la ausencia, hasta la fecha actual, de criterios claros y armonizados sobre los *claims* ambientales para valorar la veracidad y suficiencia de los *claims* ambientales. Por consiguiente, en la práctica ello se traduce a una aplicación desigual del control del *greenwashing*, con diferencias en la intensidad de la actividad inspectora y en el uso de mecanismos sancionadores *ex post* frente a enfoques de naturaleza preventiva. Esta falta de homogeneidad ha generado incertidumbre jurídica para los operadores económicos y una protección desigual de los consumidores según su territorio, en contraste con otros ordenamientos europeos, que han desarrollado instrumentos administrativos específicos y orientaciones públicas detalladas (Olmos et al., 2024).

Por consiguiente, la transposición de la Directiva 2024/825 obligará a reforzar la actuación de estas autoridades, ampliando los supuestos de prácticas desleales con los consumidores y dando herramientas más claras para impugnar el *greenwashing*. En este contexto, en los últimos años, España ha adoptado un enfoque más proactivo frente al *greenwashing*, especialmente mediante la Guía de Comunicación Sostenible creada en marzo de 2024, que establece buenas prácticas para las alegaciones ambientales y advierte de posibles sanciones conforme al Real Decreto Legislativo 1/2007. Asimismo, se está tramitando una futura Ley de Consumo Sostenible para incorporar la Directiva de Transición Ecológica (Alonso et al., 2025). Por otra parte, en cuanto a autoridades extranjeras como la *Authority for Consumers & Markets (ACM)* de los Países Bajos y la *Advertising Standards Authority (ASA)* del Reino Unido, mencionados previamente, han

³⁰ El tribunal apreció en primer lugar, la falta de legitimación activa de la actora respecto de dos de las campañas impugnadas, al no acreditarse una afectación individualizada y cualificada en los términos exigidos por el **artículo 33 de la Ley de Competencia Desleal**. En relación con la tercera campaña, el juzgado concluye que los mensajes publicitarios controvertidos no contienen alegaciones medioambientales engañosas ni omisiones relevantes, descartando así la infracción de los **artículos 5 y 7 de la Ley de Competencia Desleal**, al tratarse de meros reclamos comerciales centrados en el ahorro económico (García Vidal, 2025).

desarrollado criterios específicos y guías prácticas para el control de los claims ambientales que ayudan a una aplicación más efectiva del Derecho de consumo nacional (Competition and Markets Authority, 2021; Advertising Standards Authority, s. f.).

V. Problemas jurídicos en el control del *greenwashing*

Uno de los principales problemas en la regulación del *greenwashing* es la vaguedad intrínseca de muchos claims ambientales. Expresiones como “sostenible”, “verde”, “neutral en carbono” carecen de definición técnica clara y sin criterios precisos, pueden haber un problema de interpretación, pues son conceptos que pueden ser entendidos de manera distinta entre las distintas empresas, autoridades e incluso consumidores (Hallama et al., 2011; Junciel Domínguez, 2021). La Directiva 2024/825 intenta afrontar esta adversidad reduciendo la ambigüedad bajo la prohibición de expresiones genéricas que no sean verificables o contextualizadas. Sin embargo, falta una definición legal homogénea en la normativa, debido a que la persistencia de mensajes comerciales vagos sigue generando incertidumbre jurídica y dificultades en la aplicación de la normativa.

Un segundo problema que se hace presente es la verificabilidad de los *claims* ambientales y en la distribución de la carga de la prueba. El control efectivo del *greenwashing* exige que las afirmaciones medioambientales estén basadas en pruebas científicas sólidas, actualizadas y verificables, pero eso no siempre ocurre en la práctica. La complejidad técnica de muchos mensajes ambientales verídicos, por ejemplo, los relativos a las emisiones indirectas, huellas de carbono o análisis de los ciclos de contaminación, dificulta tanto su evaluación por las autoridades como su comprensión por los consumidores (Suanzes et al., 2022). En este contexto, son los instrumentos de *soft law* como el *Green Claims Code* –mencionado previamente–, los que han insistido en que corresponde al empresario disponer de pruebas suficientes antes de realizar una alegación medioambiental, reforzando así una lógica basada en la responsabilidad *ex ante* (Competition and Markets Authority, 2021). En el caso de España, existe la Guía de Comunicación Sostenible del Ministerio de Consumo que sigue una línea similar y destaca que la ausencia de evidencia verificable convierte el mensaje ambiental en potencialmente engañoso (Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, 2024).

Otra dificultad proviene de la proliferación de certificaciones ambientales privadas y sellos de sostenibilidad. Esto constituye otro foco de inseguridad jurídica, pues la falta de criterios armonizados genera que sea extremadamente complicado saber qué certificaciones pueden considerarse fiables y esto facilita la aparición de sellos poco rigurosos o creados *ad hoc* por las propias empresas, contribuyendo así a la confusión del consumidor. La Directiva 2024/825 aborda este problema limitando el uso de etiquetas

ambientales no basadas en sistemas de certificación oficiales o reconocidos. Además de exigir más transparencia sobre su alcance y significado (Arthur Marín Law, 2025). Asimismo, las alegaciones comparativas, como por ejemplo, “más sostenible que...” plantean dificultades adicionales puesto que no únicamente requieren pruebas verificables, sino también criterios de comparación y que estos sean homogéneos. Tal dificultad se resume en que ante la ausencia de estándares comunes, este tipo de mensajes incrementa el riesgo de prácticas engañosas por acción u omisión (Suanzes et al., 2022).

Por otra parte, a pesar del refuerzo normativo reciente, la ejecución de medidas contra el *greenwashing* sigue sufriendo importantes obstáculos. Algunos de ellos ya han sido mencionados previamente como por ejemplo, la fragmentación competencial entre las distintas autoridades de consumo pero también hay otros. Entre ellos, la escasez de recursos técnicos especializados y la limitada existencia de precedentes jurisprudenciales consolidados, especialmente nacionales. En el caso español, el control se reparte entre autoridades estatales y autonómicas, lo que puede generar respuestas desiguales frente a prácticas similares (Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, s. f.; Olmos et al., 2024).

Finalmente, además del caso *Shell* previamente discutido, otros litigios y decisiones judiciales recientes muestran las dificultades prácticas del control jurídico del *greenwashing* tanto en Europa como internacionalmente. Por ejemplo, en el 2024, un tribunal neerlandés consideró que las campañas publicitarias de *KLM* sobre vuelos “sostenibles” eran engañosas al presentar beneficios ambientales vagos o exagerados – como el uso de combustible sostenible y proyectos de reforestación³¹. Estos mensajes generaron la impresión de que volar con la aerolínea era ambientalmente responsable sin evidencia concreta que respaldara dichas afirmaciones. A pesar de esto, el tribunal no impuso sanciones económicas ni correcciones inmediatas, sólo obligó a la empresa a ser más clara en futuras ocasiones, mostrando que incluso cuando se reconoce el *greenwashing*, la aplicación práctica de medidas correctivas puede ser limitada debido a la ausencia de estándares técnicos claros y la limitación de sanciones efectivas (Fernández-Concheso, 2025).

VI. Valoración crítica y perspectivas de evolución

Desde una perspectiva crítica, el régimen jurídico actual de control del *greenwashing* se caracteriza por su carácter reactivo. La normativa europea, especialmente las Directivas 2005/29/CE y 2024/825 se centran en sancionar (MacLennan et al., 2025; Suanzes et al., 2022). No obstante, la aplicación práctica de estos casos muestra que las intervenciones

³¹ Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 7 de junio de 2023 (*FossielVrij NL et al v KLM*, C/13/719848/HA ZA 22-524).

se producen cuando ya se ha difundido información que puede inducir a error al consumidor, lo que limita la capacidad de protección temprana (Fernández-Concheso, 2025; Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, 2021). A ello, se añade la complejidad probatoria inherente a este tipo de litigios —especialmente en controversias entre competidores, como evidenció el caso Iberdrola— donde la acreditación del carácter engañoso de alegaciones ambientales requiere análisis técnicos y económicos sofisticados. Desde esta óptica, el modelo actual parece responder más a una lógica reparadora y por consiguiente, este diseño normativo resulta insuficiente para garantizar una protección efectiva y temprana de los consumidores frente a las dinámicas actuales del *greenwashing*.

En consecuencia, surge la necesidad de reforzar mecanismos preventivos que complementen la acción correctiva, sin comprometer la seguridad jurídica de las empresas. En consecuencia, resulta necesario avanzar hacia un modelo de control más proactivo que complemente la acción correctiva sin menoscabar la seguridad jurídica de los operadores económicos. Algunos de los instrumentos que podrían introducirse son:

1. ***Establecimiento de criterios técnicos claros y verificables para los green claims:*** De esta manera, los operadores podrán conocer de antemano qué tipo de declaraciones son permisibles (MacLennan et al., 2025; Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, 2024).
2. ***Certificaciones independientes y auditadas como requisito previo a ciertas alegaciones ambientales:*** Así, se reduciría la discrecionalidad y el riesgo de arbitrariedad en sanciones posteriores (Fernández-Concheso, 2025; Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, 2021).
3. ***Coordinación entre autoridades nacionales y europeas:*** Desde una perspectiva comparada, se considera relevante reforzar la coordinación entre autoridades nacionales y europeas, siguiendo modelos como la *Authority for Consumers & Markets* y *Advertising Standards Authority*, que combinan supervisión preventiva con ejecuciones activas del marco normativo en caso de incumplimiento (Competition and Markets Authority, 2021; Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, 2024). De esta manera, se favorece un equilibrio entre la protección al consumidor y la certeza jurídica para las empresas.

En resumen, haciendo una valoración crítica del marco actual se concluye que, si bien el régimen de publicidad engañosa europeo ha logrado clarificar obligaciones y reforzar sanciones, su enfoque predominantemente reactivo limita la eficacia preventiva frente al *greenwashing*. Por consiguiente, la evolución futura debería ser orientada hacia instrumentos combinados entre reglas claras, estándares técnicos verificables y supervisión preventiva que garantice tanto la protección del consumidor como la

seguridad jurídica de las empresas (MacLennan et al., 2025; Suanzes et al., 2022; Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, 2024).

VII. Conclusiones

El análisis realizado a lo largo de este artículo permite afirmar que el *greenwashing* constituye actualmente uno de los principales retos para la protección efectiva del consumidor en mercados cada vez más orientados hacia la sostenibilidad. La abundante cantidad de *claims* ambientales ambiguos, insuficientemente fundamentados o aspiracionales ha puesto de manifiesto las limitaciones del marco tradicional de control de la publicidad engañosa para garantizar información veraz, verificable y clara desde la perspectiva del consumidor medio.

Desde el punto de vista jurídico, se ha constatado que si bien, el fenómeno del *greenwashing* encaja conceptualmente en las categorías de prácticas engañosas por acción u omisión previstas en la Directiva 2005/29/CE y en su transposición al ordenamiento español a través de la Ley de Competencia Desleal, el régimen vigente presenta un carácter eminentemente reactivo. La tutela del consumidor se activa cuando el daño ya se ha producido, lo que limita la capacidad del Derecho de consumo para prevenir eficazmente la distorsión de las decisiones de los consumidores y erosiona la confianza en la comunicación ambiental.

La reciente evolución normativa impulsada por el *European Green Deal*, en particular mediante la Directiva 2024/825 y la propuesta *Green Claims Directive*, supone un avance relevante al reforzar la exigencia de verificabilidad y fundamentación de los *claims* ambientales. A pesar de esto, los problemas identificados como la vaguedad conceptual, dificultades probatorias, obstáculos en la ejecución o la proliferación de certificaciones privadas, evidencian que este esfuerzo normativo no es suficiente por sí solo. Por consiguiente, requeriría ir acompañado de mecanismos preventivos claros y homogéneos.

En este contexto, resulta de utilidad comparar el panorama español con el de otros países y sus instituciones, entre ellas la *Authority for Consumers & Markets de Países Bajos* y *Advertising Standards Authority* de Reino Unido, que demuestran la utilidad de combinar normas jurídicas vinculantes con guías interpretativas, supervisión administrativa proactiva y criterios técnicos claros. Estos instrumentos permiten anticipar el daño y en la medida en que sea posible, evitarlo. Tales medidas reducirían la inseguridad jurídica y garantizarían una aplicación más uniforme y efectiva de los derechos del consumidor sin menoscabar la libertad de comunicación e innovación empresarial.

Definitivamente, la protección del consumidor frente al *greenwashing* exige una reconfiguración del enfoque utilizado en la actual regulación, que esté orientada a equilibrar entre un control *ex ante* y *ex post*, al tiempo que refuerza la verificabilidad, transparencia y coherencia del sistema. Únicamente será un marco preventivo técnicamente fundamentado, sólido y coordinado entre las autoridades de distintos niveles, el que garantice que la sostenibilidad deje de ser un mero recurso retórico y publicitario; permitiendo que se consolide como un valor real y sobre todo, fiable en el mercado. Sería un cambio que sin duda beneficiaría tanto a los consumidores como a los operadores económicos del mercado que actúan de manera responsable.

Referencias

Jurisprudencia

Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2024 (C-646/22)

Sentencia del TJUE (C-435/11, *CHS Tour Services*)

Sentencia del TJUE (C-371/20, *Peek & Cloppenburg*)

Sentencia de la Corte de Distrito de la Haya de 26 de mayo de 2021 (*Caso Shell*)

Sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 7 de junio de 2023 (C/13/719848/HA ZA 22-524, *FossielVrij NL et al v KLM*).

Sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Santander, de 21 de febrero de 2025 (*Iberdrola v. Repsol*)

Bibliografía

Hallama, M., Montlló Ribo, M., Rofas Tudela, S., & Ciutat Vendrell, G. (2011). *El fenómeno del greenwashing y su impacto sobre los consumidores: Propuesta metodológica para su evaluación*. Aposta. Revista de Ciencias Sociales, (50), 1-38. Disponible en: <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/moritz.pdf>

Suanzes Díez, C., & Vendrell Cervantes, C. (2022). *Greenwashing y prácticas desleales con los consumidores: La propuesta de Directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el derecho comparado*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, (60), 161–173. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8200/documento>

Olmos, N., & Fernández, M. Ángel. (2024). Normativa europea y nacional, vigente y en desarrollo, sobre las prácticas de blanqueo ecológico o greenwashing: una breve aproximación. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, (10), 17. Disponible en: <https://ojs.perezllorca.com/index.php/revista-juridica>

MacLennan, J., & De Catelle, W. (2025). The Revision of EU Greenwashing Laws: A New Framework of Analysis. *Business and Human Rights Journal*, 10(2–3), 456–462. doi:10.1017/bhj.2025.14. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/>

- Poncibò, C., & Incardona, R. (2007). *The average consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the cognitive revolution*. *Journal of Consumer Policy*, 30(1), 21–38. SSRN Electronic Journal. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm>
- MacLennan, J., & De Catelle, W. (2025). *The revision of EU greenwashing laws: A new framework of analysis*. *Business and Human Rights Journal*, 10(2–3), 456–462. <https://doi.org/10.1017/bhj.2025.14>. Disponible en: <https://www.cambridge.org>
- Calvo Carmona, M., & Suanzes Díez, C. (2025). *A vueltas con el greenwashing: la nueva Propuesta de Directiva sobre alegaciones medioambientales*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 62. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/>
- García, B., Centeno, S., Santabaya, I., Olmos, N., Gras, J., & de Paz, J. M. (2024). *Directiva (UE) 2024/825: empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información*. Pérez-Llorca. Disponible en: <https://www.perezllorca.com>
- Snyder, F. (1995). *Soft Law and Institutional Practice in the European Community* en *The Construction of Europe*, pp 197-225.
- Ministerio de Justicia. (2006). *La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales*. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 60(2013), 1925–1963. Disponible en: <https://rebiun.baratz.es/OpacDiscovery/>
- García Sanz, J., Gómez Pomar, F., González Ruiz, J. I., Paredes, C., & Sedano, J. A. (2021). *Novedosa sentencia de la Corte de Distrito de La Haya sobre emisiones de gases de efecto invernadero: “Caso Shell”*. *Elementos fundamentales y valoración desde el Derecho español* (Circular n.º 1421). Uría Menéndez. Disponible en: <https://www.uria.com>
- Massaguer Fuentes, J. (2021). *Treinta años de Ley de Competencia Desleal*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (55), 64–94. Disponible en: <https://www.uria.com/>
- García Vidal, Á. (2025). *El uso publicitario de declaraciones medioambientales: el caso Iberdrola contra Repsol* (Sentencia núm. 12/2025, Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Santander). Gómez-Acebo & Pombo / GA-P. Disponible en: <https://ga-p.com/wp-content/>

Webgrafía

- Romanos, A. (2025). *Hacia un futuro verde: las tendencias en sostenibilidad que marcarán el 2025*. Blog d’Economia i Empresa, Universitat Oberta de Catalunya. Disponible en: <https://blogs.uoc.edu/economia-empresa/es/>
- IL3-UB. (2025). *Greenwashing: qué es y cómo afecta a la sostenibilidad*. IL3-Universitat de Barcelona. Disponible en: <https://www.il3.ub.edu/blog/greenwashing>
- Arthur Marin Law. (2025). *Directiva (UE) 2024/825 | Normativa europea contra el greenwashing*. *ArthurMarin.com*. Disponible en: <https://arthurmarin.com/es/directiva>
- Junciel Domínguez, E. (2021). *La influencia del greenwashing en los consumidores* (Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales). Universidad de Valladolid. Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/handle>
- Ruiz, C. (2024). *Si todo es sostenible, la percepción es que nada lo es realmente*. Consejo General de la Abogacía Española. Disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones>

- Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030. (2024). *Guía de comunicación sostenible: Cómo incluir información medioambiental en tus estrategias y campañas* (Guía para evitar el greenwashing). Gobierno de España. Disponible en: <https://portal-cec.consumo.gob.es/>
- Sustenomics. (2024). *Shell gana apelación contra sentencia climática que le imponía reducciones específicas de CO₂*. Disponible en: <https://sustenomics.com/shell>
- Conseil de l'Union européenne. (2025). *Pacto Verde Europeo*. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-green-deal/>
- ESG News. (2025). *EU Commission confirms Green Claims Directive not withdrawn*. Disponible en: <https://esgnews.com/eu-commission-confirms-green-claims-directive>
- Authority for Consumers & Markets (ACM). (s. f.). *Autoriteit Consument & Markt (ACM) — Independent regulator for competition and consumer protection in the Netherlands*. Disponible en: <https://www.acm.nl/en>
- Competition and Markets Authority. (2021). *Green claims code: Making environmental claims*. GOV.UK. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/green>
- Advertising Standards Authority. (s. f.). *Advertising Standards Authority (ASA)*. Disponible en: <https://www.asa.org.uk/>
- Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030. (2024). *Guía de comunicación sostenible: Cómo incluir información medioambiental en tus estrategias y campañas* (Guía para evitar el greenwashing). Gobierno de España. Disponible en: <https://portal-cec.consumo.gob.es/en/comunicacion/noticias/2024/government-spain>
- Competition and Markets Authority. (2021). *Green claims code: Making environmental claims*. UK Government. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications>
- Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030. (s. f.). *Autoridades de vigilancia del mercado en consumo*. Disponible en: <https://www.dsca.gob.es/es>
- Fernández-Concheso, A. (2025). *Primera sentencia sobre el blanqueo ecológico o “greenwashing” dictada contra una aerolínea en los Países Bajos*. AurelioFernandezConcheso.com. Disponible en: <https://aureliofernandezconcheso.com/>
- Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa. (2021). *Una sentencia histórica: el caso Royal Dutch Shell*. Disponible en: <https://observatoriorsc.org/una-sentencia>
- McKinsey & Company. (2023). *Los consumidores se preocupan por la sostenibilidad y lo respaldan con sus billeteras*. McKinsey & Company. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/featured>
- Aragón Media Lab. (2024). *Más consumidores preocupados por el planeta*. Heraldo. Disponible en: <https://www.heraldo.es/branded/>
- RETEMA. (2021). *Resumen de la pionera sentencia holandesa que condena a Shell a reducir sus emisiones de CO₂ en un 45 %*. Disponible en: <https://www.retema.es/>
- Grupo Silvoturismo. (2023). *Green Marketing versus Green Washing*. Disponible en: <https://silvoturismo.com/como-hacer-green-marketing/>
- Cueto, A., & Gutiérrez, M. (2024). *Las directivas sobre Greenwashing: Retos para la normativa española sobre prácticas desleales y sostenibilidad*. Bird & Bird. Disponible en: <https://www.twobirds.com/es/insights/2024/spain/greenwashing>
- Gualde Capó, P. (2022). *Nuevas prácticas comerciales desleales*. *Actualidad Jurídica Broseta*, (325), 1–2. Disponible en: <https://www.broseta.com/wp-content/uploads>

GREENWASHING Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

- Martínez Sanz Abogados. (2025). *¿Qué es la competencia desleal?* Disponible en: <https://martinezsanzabogados.com/que-es-la-competencia-desleal/>
- De Trinidad & Asociados. (2025). *Primera sentencia firme en España por “ecopostureo” o greenwashing.* De Trinidad y Asociados Abogados. Disponible en: <https://detrinidadyasociados.com>
- Alonso, J. M., Crocco, L., Green, M. D., Grützner, T., Little, D., Bartz, S., Bee, J., Dictus, T., et al. (2025). *EU Sustainability: State of Play — Greenwashing and Consumer Protection.* Latham & Watkins LLP. Disponible en: <https://www.lw.com/en/insights/eu-sustainability-state-of-play>

ARTÍCULOS DE DERECHO FISCAL**DISEÑANDO LA FISCALIDAD****VERDE: BÚSQUEDA DEL
EQUILIBRIO ENTRE
GRAVAMEN, ESTÍMULO Y
SOSTENIBILIDAD
EMPRESARIAL***Daniel Sanz Cáceres (5º GBD)***Introducción**

La crisis ambiental global, la degradación de ecosistemas y el agotamiento de recursos naturales exigen respuestas estructurales desde las políticas públicas. En este contexto, la fiscalidad verde emerge como un instrumento esencial para reorientar las actividades económicas hacia modelos compatibles con la sostenibilidad.

Por “fiscalidad verde” se entiende un conjunto de tributos e incentivos diseñados para internalizar las externalidades negativas derivadas de la contaminación, incentivando conductas responsables desde el punto de vista ecológico (European Environment Agency, 2022).

La aplicación de impuestos ambientales se fundamenta en el principio de “quien contamina paga”, que permite que quienes generan daño ambiental asuman los costes que su actividad impone a la sociedad. Este principio ha sido identificado como clave en la normativa medioambiental de la Unión Europea. Desde la perspectiva económica, dicha medida corrige las distorsiones del mercado provocadas por externalidades negativas, al incorporar en el precio de bienes y servicios los costes reales de su impacto ambiental (Pigou, 1920; citado en Silva, 2010).

Pero la fiscalidad verde no se limita exclusivamente a gravámenes. Los incentivos fiscales, tales como deducciones, bonificaciones o ayudas a inversiones sostenibles, constituyen un complemento necesario para estimular la innovación ecológica, la eficiencia energética, y la transición hacia tecnologías limpias, todo ello sin imponer un coste inmediato excesivo a las empresas (Mottershead *et al.*, 2021). Este trabajo sostiene que un diseño eficaz de fiscalidad verde en España exige un modelo híbrido que combine gravámenes correctivos e incentivos orientados a resultados, con salvaguardas frente a regresividad, deslocalización y oportunismo.

1- Marco conceptual de la fiscalidad verde*1.1 Dos vías de intervención: impuestos ambientales y beneficios fiscales*

En primer lugar, los impuestos ambientales, también denominados ecotasas o *green taxes*, gravan actividades, bienes o consumos que generan efectos negativos sobre el medio ambiente.

Su justificación económica radica en la corrección de fallos de mercado: cuando una actividad impone costes sociales que no se reflejan en su precio, el mercado produce o consume en exceso respecto del nivel socialmente óptimo; los impuestos pigouvianos pretenden internalizar esos costes, de modo que el precio privado se aproxime al coste social real (Pigouvian tax, s. f.). Por su parte, desde la perspectiva institucional y normativa, estos tributos recogen el principio de “quien contamina paga”, que asigna la responsabilidad del daño ambiental al agente contaminador, legitimando la imposición de cargas fiscales como mecanismo de reparación o prevención ambiental.

La segunda vía, los beneficios fiscales o incentivos verdes, actúa en sentido inverso: en lugar de penalizar conductas negativas, premia e impulsa iniciativas sostenibles. A través de deducciones, exenciones, reducciones de cargas fiscales, amortizaciones aceleradas u otros incentivos, se busca favorecer inversiones en eficiencia energética, energías renovables, tecnologías limpias, gestión sostenible de residuos o economía circular.

Este tipo de incentivos resulta especialmente útil cuando la imposición pura podría afectar la competitividad empresarial o generar costes elevados de transición.

2- Los impuestos ambientales como mecanismo de corrección

2.1 Tributos actuales y su funcionamiento

El sistema tributario español incorpora diversas figuras impositivas con finalidad ambiental, cuya estructura y funcionamiento responden tanto a directrices europeas como a necesidades específicas del contexto nacional. La estadística oficial más reciente muestra que los impuestos con finalidad medioambiental alcanzaron en 2024 26.830 millones de euros, lo que representó el 7,0 % del total de impuestos recaudados en la economía española. Esta proporción refleja el peso creciente de estos tributos dentro del conjunto del sistema fiscal nacional y su importancia como instrumento de política ambiental y económica (INE, 2025).

Así pues, estos tributos se clasifican en varias categorías principales. En primer lugar, los impuestos sobre la energía, que representan la mayor parte de la recaudación ambiental, gravan el consumo de hidrocarburos, electricidad y otros combustibles fósiles que, por su uso intensivo de energía, están estrechamente vinculados a emisiones de gases de efecto invernadero. En 2024, los impuestos sobre la energía representaron cerca del 79,5 % del total de la recaudación ambiental. Un ejemplo sería el Impuesto sobre el valor de la producción de energía eléctrica, que grava la generación de electricidad producida (INE, 2025; Bankinter, 2021).

Otra categoría relevante son los impuestos sobre el transporte y vehículos, que incluyen el Impuesto especial sobre determinados medios de transporte, que grava la matriculación de determinados medios de transporte y que representó parte del 12,5 % del total de

recaudación ambiental en 2024 relacionada con impuestos sobre el transporte. Estos tributos buscan incentivar el uso de vehículos más eficientes o menos contaminantes y, en algunos casos, desincentivar aquellos de alta emisión (INE, 2025).

Además, la normativa española reciente ha creado nuevos tributos de carácter medioambiental con fines específicos, entre los que destacan el Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables, que grava la utilización en territorio español de envases no reutilizables que contengan plástico, y cuyo tipo impositivo actual es de 0,45 €/kg, así como el Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la co-incineración de residuos, que grava precisamente la deposición, incineración y co-incineración de residuos en instalaciones autorizadas, tanto públicas como privadas. Ambos tributos se adecuan a los objetivos establecidos en la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para la economía circular, instaurados con el fin de penalizar el uso de envases de un solo uso y la gestión ineficiente de residuos, internalizando los costes ambientales asociados.

Asimismo, existen tributos ambientales específicos, como el Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero, que grava la posesión o uso de sustancias con potencial de calentamiento global. Los gases de efecto invernadero, como los hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆), tienen un alto potencial de calentamiento atmosférico. Asimismo, se han desarrollado impuestos sobre la producción de energía eléctrica o sobre residuos nucleares y combustibles gastados, cuya finalidad es incentivar una gestión más responsable de los recursos y reducir impactos ambientales negativos a largo plazo.

A nivel local, las comunidades autónomas y los municipios pueden aplicar impuestos y tasas relacionados con la gestión de residuos, el uso de agua o la contaminación acústica, cuyos criterios y cuantías varían según la jurisdicción y responden a objetivos ambientales concretos del territorio.

2.2 Influencia en la reducción de emisiones y modificación de conductas empresariales

En relación con la reducción de emisiones, la evidencia sugiere que mecanismos fiscales ambientales logran, en general, reducciones significativas de emisiones cuando son implementados de forma adecuada y con niveles de gravamen suficientemente sustanciales. Por ejemplo, estudios comparativos entre países del G7 muestran que la imposición de tributos ambientales se asocia con una reducción de emisiones de dióxido de carbono (CO₂), especialmente cuando estos tributos se combinan con políticas adicionales de eficiencia energética y promoción de energías renovables (Doğan *et al.*, 2022).

Además de los efectos macroambientales, existe evidencia microeconómica desde un estudio realizado en China que establece que los impuestos ambientales modifican la conducta empresarial. En diversos contextos regulatorios, la introducción o fortalecimiento de tributos medioambientales ha impulsado a las empresas a aumentar su inversión en tecnologías limpias, mejorar sus prácticas de gestión ambiental e incluso fortalecer su gobernanza interna en materia de sostenibilidad. Esta respuesta se explica porque los tributos elevan los costes asociados a emisiones o prácticas contaminantes, lo que genera un incentivo para adoptar procesos menos intensivos en emisiones y menos dañinos para el entorno (Cui, 2024).

En la misma dirección, otro estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre reformas fiscales ambientales implementadas en ciertos países revela que, además de reducir las emisiones directamente, estos instrumentos fiscales estimulan la innovación verde. Cuando las empresas enfrentan costes externos más altos relacionados con la contaminación, tienden a redirigir recursos hacia soluciones tecnológicas que permitan cumplir con los nuevos requisitos regulatorios sin sacrificar competitividad. La inversión en innovación, en este sentido, no solo mejora la eficiencia ambiental de los procesos productivos, sino que también puede traducirse en ganancias de productividad a largo plazo (OCDE, 2013).

En particular, la evidencia sugiere que cuando las autoridades fiscales y ambientales fortalecen conjuntamente la supervisión, los tributos ambientales inducen cambios de comportamiento más profundos en la gestión empresarial, lo que se traduce en inversiones ambientales mayores y en una reducción sostenida de contaminantes (Peng *et al.*, 2023).

No obstante, también se han documentado efectos negativos potenciales, especialmente en sectores con altos costes de adaptación o en empresas con limitaciones financieras. Algunos estudios realizados en China muestran que impuestos ambientales pueden imponer cargas adicionales a empresas con márgenes estrechos, lo que podría limitar su capacidad de invertir en mejoras tecnológicas sin apoyos complementarios como incentivos fiscales, acceso a financiación verde o asistencia técnica especializada (Zhao *et al.*, 2022).

2.3 Efectos económicos colaterales: regresividad, impacto en la inversión y riesgo de deslocalización

A pesar de la apariencia positiva de estos impuestos, también se pueden generar efectos adversos. El primero es la posible regresividad de algunos tributos ambientales. En particular, los impuestos sobre la energía, los combustibles o el consumo general pueden gravar en mayor proporción a los hogares de menores ingresos, ya que estos destinan una parte más elevada de su presupuesto a bienes básicos que incorporan dichos tributos. Esta característica puede agudizar desigualdades preexistentes si no se acompañan medidas compensatorias o políticas de redistribución de ingresos (Sing *et al.*, 2025).

El impacto sobre la inversión privada es otro efecto colateral que merece atención. Un aumento de tributos ambientales puede elevar los costes de producción en sectores intensivos en energía o recursos, lo que puede reducir la rentabilidad de inversiones convencionales y, en consecuencia, limitar la inversión privada si no se establecen mecanismos de apoyo a inversiones verdes o financiación específica (Williams, 2016).

El riesgo de deslocalización de actividades productivas constituye un tercer efecto colateral. Este fenómeno se produce cuando empresas trasladan parte de su producción a jurisdicciones con estándares fiscales y ambientales menos estrictos para evitar los mayores costes asociados a impuestos ambientales, reduciendo así la eficacia ambiental global de la política fiscal.

2.4 Situación comparada en la Unión Europea y fuera de ella

En el conjunto de la Unión Europea (UE), los impuestos relacionados con el medio ambiente representan ingresos que en 2023 ascendieron a más de 341.500 millones de euros, equivalente aproximadamente al 2 % del PIB de la Unión (Eurostat, 2025). La UE ha desarrollado instrumentos específicos que combinan impuestos ambientales con mecanismos de ajuste comercial. Un ejemplo reciente es el Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (CBAM), diseñado para gravar las emisiones incorporadas en bienes importados al mercado europeo, evitando así la deslocalización de producción intensiva en carbono y protegiendo la competitividad de industrias comunitarias que están sujetas a una fiscalidad más exigente (Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, s. f.). Además, los países nórdicos y algunos Estados de Europa occidental han implementado tasas de carbono y gravámenes sobre energía más amplios.

Fuera de la UE, la implantación de impuestos ambientales es también significativa pero heterogénea. Datos de la OCDE muestran que más de 50 países han introducido mecanismos de fijación de precios de carbono, ya sea mediante impuestos específicos sobre emisiones o mediante sistemas de comercio de emisiones, y que la proporción de emisiones cubiertas por estos precios ha aumentado sustancialmente en los últimos años. Esta tendencia incluye economías avanzadas como Canadá y Japón, así como iniciativas emergentes en América Latina y Asia (OCDE, 2025).

Sin embargo, en ciertos países, en particular en Estados Unidos, la recaudación de impuestos ambientales es comparativamente baja. Por ejemplo, en 2021 los ingresos por impuestos medioambientales representaron solo cerca del 0,7 % de la recaudación total en Estados Unidos, muy por debajo de países de la UE como Grecia, donde estos tributos superan el 4 % del total (Johnson, 2024).

3- Los incentivos fiscales como herramienta de estímulo

3.1 Modalidades existentes y objetivos

Por otro lado, los incentivos fiscales constituyen otra herramienta relevante para contribuir a la mitigación del cambio climático. En términos generales, los incentivos fiscales pueden clasificarse según su objetivo y diseño en varias modalidades que tienen un impacto directo en la conducta empresarial y en la transición ecológica.

Una modalidad de incentivo se basa en créditos fiscales, reducciones de bases imponibles u otros beneficios fiscales vinculados al cumplimiento de objetivos ambientales. Estos incentivos, que pueden adoptar formas como amortización acelerada, exención temporal o tasas reducidas, tienen como objetivo principal disminuir las barreras financieras para la adopción de prácticas sostenibles y atraer capital hacia sectores verdes (Kronfol *et al.*, 2025). En España, un ejemplo es la libre amortización de instalaciones de autoconsumo energético en el Impuesto sobre Sociedades, que permite a las empresas amortizar con mayor rapidez determinadas inversiones en sistemas de energía renovable hasta un límite de inversión de 500.000 €.

Asimismo, otra forma de incentivo fiscal son las exenciones o bonificaciones específicas. Las bonificaciones para empresas que adoptan tecnologías limpias, migran hacia fuentes renovables o alcanzan ciertos estándares de eficiencia energética actúan como estímulos para que la innovación ambiental se traduzca en una mejora de la posición fiscal de la empresa (Gov. UK, s. f.). En España, un ejemplo es la bonificación en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles en caso de instalar sistemas de aprovechamiento de energía solar, medida que puede reducir la cuota municipal hasta en un 50 % durante varios ejercicios según la ordenanza fiscal correspondiente. De similar forma sucede con el Impuesto sobre Actividades Económicas en algunos municipios, como Barcelona, premiando con una menor carga fiscal las prácticas que contribuyen a la eficiencia energética.

En algunos casos, los incentivos fiscales se orientan directamente a productos o comportamientos de consumo sostenibles, como incentivos para vehículos eléctricos, deducciones por instalaciones de energías renovables en viviendas o empresas, o beneficios fiscales ligados a certificaciones de sostenibilidad. Tales incentivos buscan modificar tanto la oferta como la demanda, reduciendo el coste de adoptar opciones de menor impacto ambiental. Por ejemplo, en diversas economías, como la india o la española, los gobiernos ofrecen exenciones o rebajas de impuestos para vehículos de bajas emisiones con el objetivo de acelerar la transición hacia un transporte más limpio (Faradina, 2025).

Los incentivos fiscales, de esta forma, buscan impulsar la inversión privada en tecnologías y procesos verdes, reduciendo los costes netos de adopción y, por tanto, facilitando la modernización productiva hacia estándares ambientales superiores. Ahondando más, su función es estimular la innovación empresarial en sectores emergentes, en particular en áreas como energías renovables, eficiencia energética y gestión avanzada de recursos. Además, se facilita el cumplimiento de compromisos internacionales y comunitarios, vinculados a la economía circular o la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

3.2 Situación comparada en la Unión Europea y fuera de ella

En el contexto europeo, estos incentivos fiscales se integran además en un marco de objetivos de sostenibilidad ambiciosos, como los vinculados a la neutralidad climática para 2050, que requieren movilizar tanto inversión pública como privada, especialmente en sectores como energías renovables y eficiencia energética (Bray *et al.*, 2023).

Fuera de la UE, en varios países de Asia y América Latina, como Filipinas, Vietnam o Guatemala, se utilizan incentivos fiscales como exenciones de Impuesto sobre la renta, depreciación acelerada o alivios arancelarios para atraer inversión en energías renovables y tecnologías limpias, adaptados a contextos de desarrollo específicos (Mataba, 2025). En otras grandes economías desarrolladas, como Estados Unidos, existen incentivos fiscales significativos para proyectos de energía limpia, aunque con distintos marcos regulatorios y sin la misma coordinación supranacional que caracteriza a la UE.

4- Comparación entre impuestos e incentivos

4.1 Diferencias en objetivos, efectos y eficiencia ambiental

Por un lado, los impuestos ambientales se diseñan principalmente para internalizar externalidades negativas generadas por actividades contaminantes, de modo que los agentes económicos asuman, a través de la carga fiscal, el coste social de sus impactos sobre el medio ambiente. Este enfoque se basa en la lógica del principio de “quien contamina paga”, por la cual los tributos corrigen fallos del mercado y crean señales de precio que desincentivan comportamientos perjudiciales para el entorno. En términos de efectos, los impuestos ambientales tienden a elevar el precio de actividades intensivas en emisiones o en el uso de recursos, incentivando tanto la reducción del consumo de bienes contaminantes como la búsqueda de procesos productivos más limpios.

Por otro lado, los incentivos fiscales no se centran en penalizar comportamientos negativos, sino en estimular inversiones y actividades que generen beneficios ambientales o tecnológicos. Su objetivo es reducir el coste efectivo de adoptar tecnologías limpias, sistemas de eficiencia energética o procesos innovadores, ofreciendo deducciones, amortizaciones aceleradas o beneficios fiscales condicionados a la consecución de resultados ambientales. Esta lógica se aproxima más a la idea de premiar comportamientos deseables que a la de castigar los indeseables. Los incentivos pueden ser especialmente eficaces para movilizar capital privado hacia sectores emergentes donde los costes de entrada y de innovación son elevados.

En cuanto a los efectos sobre la eficiencia ambiental, los impuestos ambientales pueden alcanzar resultados directos en la reducción de emisiones cuando los gravámenes son suficientemente elevados y estables en el tiempo, generando una señal de precio clara para toda la economía. No obstante, si los precios impuestos son bajos o si están mal diseñados, su capacidad de inducir cambios sustanciales en el comportamiento puede verse reducida, limitando su eficiencia en términos ambientales y económicos.

Los incentivos fiscales, por su parte, pueden inducir una respuesta más positiva en inversión y adopción de tecnologías verdes, ya que reducen barreras financieras y de riesgo para las empresas y los hogares. Esto es particularmente importante en sectores donde la innovación tecnológica es crucial para reducir impactos ambientales, como en energías renovables o gestión de residuos. La evidencia empírica sugiere que los incentivos pueden facilitar un cambio estructural más rápido en la asignación de capital hacia inversiones verdes, generando efectos multiplicadores cuando actúan junto con marcos regulatorios claros y previsibles. Desde una perspectiva de eficiencia económica, los impuestos ambientales pueden generar ingresos adicionales que, si se reciclan adecuadamente (por ejemplo, reduciendo tributos distorsionadores como los impuestos al trabajo), pueden mejorar la eficiencia global del sistema tributario.

Este efecto, estudiado bajo la hipótesis del “doble dividendo”, plantea que la recaudación de impuestos ambientales no solo logra beneficios ambientales sino que también puede mejorar la eficiencia económica si se acompaña de reformas fiscales integrales (Noubissi *et al.*, 2023). Sin embargo, este resultado no siempre se verifica en todos los contextos debido a interacciones complejas entre mercados, estructura económica y política fiscal.

4.2 Impacto sobre la inversión y la competitividad en España

Según análisis empíricos basados en datos de empresas industriales españolas, niveles bajos de impuestos ambientales no inducen significativamente la adopción de tecnologías verdes, mientras que niveles más altos pueden estimular la inversión en tecnologías de producción más limpias, aunque esto requiere un impulso fiscal considerable para que las empresas se comprometan con cambios estructurales en sus procesos productivos (Tchorzewska, 2022). En términos de competitividad, la fiscalidad verde puede representar tanto una oportunidad como un desafío para las empresas españolas.

En este sentido, una política fiscal coherente y estable en materia ambiental puede incentivar modernización, eficiencia energética y posicionamiento en mercados verdes, lo que puede traducirse en ventajas competitivas a largo plazo. De hecho, en España, la recaudación por impuestos ambientales representa una proporción relativamente reducida del PIB comparada con otros países europeos, lo que plantea preguntas sobre su efectividad recaudatoria y distributiva (BBVA, 2022; Durán *et al.*, 2023). Asimismo, la expansión de finanzas sostenibles, como bonos verdes o mecanismos que alineen criterios ambientales, sociales y de buena gobernanza en decisiones de inversión, puede mejorar el acceso al capital y fomentar una asignación equitativa de recursos hacia actividades con impacto ambiental positivo.

5- Propuesta de modelo híbrido de fiscalidad verde y su aplicación en España

5.1 Argumentos para combinar gravamen y estímulo

La adopción conjunta de instrumentos de gravamen y estímulo en un modelo híbrido de fiscalidad verde responde a la necesidad de superar las limitaciones que presenta cada herramienta si se aplica de forma aislada. Los impuestos ambientales son eficaces para internalizar externalidades negativas, corrigiendo fallos de mercado y desincentivando conductas contaminantes mediante señales de precio que reflejan el coste social de la contaminación (OCDE, s. f.).

Por su parte, los incentivos fiscales reducen el coste efectivo de inversiones sostenibles, estimulando la adopción de tecnologías limpias, la eficiencia energética o la economía circular. Esta capacidad de promover el desarrollo tecnológico y la inversión verde se ha observado en estudios que muestran que los incentivos fiscales pueden ser determinantes para la innovación y la aplicación de tecnologías medioambientales, especialmente en contextos donde las barreras financieras y de riesgo son elevadas (Shi *et al.*, 2025; Mataba, 2025).

Esta combinación permite aprovechar las ventajas de ambos enfoques. Mientras el gravamen corrige el coste externo de la contaminación y crea un entorno donde la actividad perjudicial es más cara, los estímulos fiscales reducen el coste de transición hacia alternativas sostenibles, facilitando que las empresas acometan inversiones que de otro modo serían demasiado costosas o arriesgadas para su estructura financiera. Esta lógica no solo responde a necesidades ambientales, sino que también puede mejorar la eficiencia económica al reducir barreras tanto de la oferta como de la demanda de tecnologías verdes (Zheng *et al.*, 2023).

Además, un modelo híbrido de fiscalidad verde contribuye a mejorar la aceptabilidad social y política de las medidas ambientales, un aspecto especialmente relevante en economías donde los impuestos ambientales suelen percibirse como regresivos o penalizadores para determinados sectores productivos y colectivos sociales. La existencia de incentivos fiscales asociados permite compensar, al menos parcialmente, el impacto económico de los gravámenes, reforzando la percepción de equidad del sistema y facilitando su implementación. En este sentido, la recaudación obtenida a través de impuestos ambientales puede destinarse de forma finalista a financiar ayudas, deducciones o subvenciones vinculadas a la transición ecológica, cerrando el ciclo del modelo híbrido y reforzando su coherencia interna. Este enfoque favorece una redistribución más eficiente de los recursos, alineando los objetivos ambientales con criterios de justicia económica y social, y reduciendo la resistencia de los agentes económicos a los cambios regulatorios.

Por otro lado, la combinación de gravamen y estímulo permite una mayor flexibilidad y capacidad de adaptación del sistema fiscal a las características específicas de cada sector y territorio. No todos los sectores presentan el mismo grado de madurez tecnológica ni las mismas posibilidades de sustitución de procesos contaminantes, por lo que un diseño híbrido facilita la aplicación de impuestos más estrictos allí donde existen alternativas viables, al tiempo que se refuerzan los incentivos en aquellos ámbitos donde la transición

requiere mayores esfuerzos de inversión y aprendizaje. De este modo, la fiscalidad verde deja de ser un instrumento uniforme y pasa a configurarse como una herramienta estratégica de política económica.

De esta forma, un “criterio de diseño” para un modelo híbrido debería cumplir cinco condiciones:

1. Señal de precio efectiva y estable.
2. Equidad y mecanismos compensatorios.
3. Protección frente a deslocalización y coherencia con el marco UE.
4. Incentivos condicionados a resultados verificables.
5. Evaluación y revisión periódica.

5.2 Arquitectura de un sistema mixto aplicable al caso español: impuestos correctivos e incentivos orientados a resultados

La propuesta de un modelo híbrido de fiscalidad verde para España implica la articulación coherente de herramientas de gravamen correctivo y de incentivos fiscales orientados a resultados, de modo que ambos conjuntos de instrumentos actúen de forma sinérgica para promover la transición ecológica sin sacrificar competitividad ni equidad. En este sentido, la arquitectura del sistema mixto debe integrar, por una parte, instrumentos que penalicen las externalidades ambientales negativas, principalmente impuestos ambientales, y, por otra, mecanismos que estimulen la inversión en tecnologías y prácticas sostenibles.

Los impuestos correctivos dentro de este esquema se orientan a internalizar los costes ambientales de actividades nocivas, tal como postula el principio de “quien contamina paga”, estableciendo cargas fiscales proporcionales al impacto ambiental generado por emisiones, uso de recursos o contaminación (Labandeira, 2022). En España, la introducción de un impuesto al carbono o la ampliación de tributos ambientales existentes sobre productos energéticos y emisiones industriales puede actuar como señal de precio para desincentivar conductas contaminantes, al tiempo que genera recursos destinados a financiar la transición ecológica. La generación de ingresos fiscales provenientes de estos gravámenes puede, además, ser diseñada para nutrir fondos específicos que apoyen la innovación ecológica o programas de eficiencia energética, contribuyendo así a un mecanismo de retroalimentación positiva entre gravamen e inversión sostenible.

Por otra parte, los incentivos fiscales orientados a resultados deben articularse no solo como reducciones arbitrarias de carga fiscal, sino condicionados a la entrega de resultados medibles en términos ambientales o de eficiencia energética. Entre estos incentivos se pueden incluir deducciones por inversión en activos verdes, créditos fiscales para la adopción de energías renovables, amortizaciones aceleradas para tecnologías limpias o ventajas fiscales ligadas a certificaciones de sostenibilidad empresarial. Este tipo de incentivos facilita que las empresas reduzcan el coste neto de inversiones verdes,

especialmente en sectores intensivos en capital, fomentando la innovación y la adopción de tecnologías que contribuyan a la reducción de emisiones y al uso eficiente de recursos.

La coordinación de ambos instrumentos requiere un marco regulatorio claro que fije metas ambientales precisas (por ejemplo, reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, eficiencia energética en industrias clave o niveles objetivos de reciclaje), de modo que tanto los gravámenes como los beneficios fiscales estén alineados con indicadores de desempeño ambiental. Así, los incentivos pueden condicionarse a la consecución de estos objetivos mediante una lógica de remuneración por resultados, lo que evita que los beneficios fiscales se conviertan en simples reducciones de carga sin impacto real. En un modelo híbrido eficaz, la recaudación de impuestos ambientales se canaliza parcialmente a apoyar estos incentivos, generando un círculo virtuoso donde la penalización de externalidades negativas financia el estímulo a soluciones sostenibles.

Asimismo, la coordinación con mecanismos europeos, como la directiva marco sobre fiscalidad energética³², que establece marcos mínimos para la tributación de productos energéticos en la UE, puede ofrecer un contexto normativo más estable y coherente para las empresas que operan en múltiples jurisdicciones.

Además, como se comentará próximamente, la arquitectura de este sistema mixto debe incorporar mecanismos de evaluación y revisión periódica que permitan ajustar tanto los niveles impositivos como el diseño de los incentivos en función de su efectividad real. La fiscalidad verde no puede concebirse como un esquema estático, sino como un instrumento dinámico de política pública que responda a la evolución tecnológica, a los cambios en los costes de las soluciones sostenibles y al grado de cumplimiento de los objetivos ambientales fijados.

En este sentido, la introducción de cláusulas de revisión vinculadas a indicadores verificables permitiría reforzar la credibilidad del sistema y evitar situaciones de sobrerregulación o, por el contrario, de insuficiente presión fiscal sobre actividades altamente contaminantes. Este enfoque favorece una asignación más eficiente de los recursos públicos y reduce el riesgo de distorsiones competitivas entre sectores o empresas con distintos niveles de capacidad de adaptación.

Por otro lado, la aplicación del modelo híbrido en el caso español requiere una especial atención a la estructura productiva y al peso de las pequeñas y medianas empresas, que constituyen una parte significativa del tejido empresarial. Para estas empresas, los costes iniciales de la transición ecológica pueden resultar especialmente elevados, lo que justifica un diseño de incentivos fiscales accesible, sencillo y predecible. La combinación de impuestos correctivos con incentivos orientados a resultados permite modular el impacto de la fiscalidad verde sobre la competitividad, evitando efectos adversos sobre el empleo o la inversión.

³² Energy Taxation Directive 2003/96/EC.

De este modo, el sistema mixto no solo actúa como herramienta de corrección ambiental, sino también como instrumento de política industrial y de modernización económica, alineando los objetivos climáticos con una estrategia de crecimiento sostenible y de largo plazo en el contexto español.

5.3 Salvaguardas regulatorias: evitar deslocalización, asegurar efectividad y controlar conductas oportunistas

Una implementación eficaz del modelo híbrido presentado exige salvaguardas regulatorias que mitiguen los riesgos de deslocalización de actividades contaminantes, aseguren la efectividad de las políticas y prevengan prácticas oportunistas como el *greenwashing*. El riesgo de deslocalización, también denominado *carbon leakage*, se produce cuando las empresas trasladan su producción a jurisdicciones con estándares ambientales más laxos para evitar mayores costes regulatorios o fiscales, contrarrestando así los objetivos ambientales de la política (Olasehinde-Williams *et al.*, 2024). Una salvaguarda importante frente a este riesgo es la adopción de mecanismos como el Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (CBAM) de la Unión Europea, diseñado para imponer un arancel climático a productos importados intensivos en emisiones de carbono y así nivelar las condiciones competitivas entre productores locales y foráneos.

Para asegurar la efectividad de los instrumentos fiscales ambientales, la regulación también debe incluir sistemas de seguimiento y verificación que permitan evaluar si las empresas realmente reducen emisiones o mejoran su desempeño ambiental. Esto implica la obligación de presentar datos de emisiones y resultados ambientales auditados, así como la imposición de sanciones claras cuando se detecten incumplimientos. Sin mecanismos de supervisión sólidos, los incentivos y gravámenes pueden perder eficacia y convertirse en meros procedimientos burocráticos sin impacto significativo.

Adicionalmente, para controlar conductas oportunistas, los marcos reguladores pueden incorporar normas que eviten declaraciones ambientales engañosas. Por ejemplo, la Directiva (UE) 2024/825 introduce obligaciones para que las empresas proporcionen información clara y verificable sobre las características medioambientales de sus productos, reduciendo la posibilidad de comunicar beneficios ambientales inexistentes (*greenwashing*) y mejorando la transparencia para los consumidores (Pacto Mundial, s. f.).

La combinación de mecanismos como aranceles ambientales (para abordar el *carbon leakage*), sistemas de control de emisiones auditables y normas contra prácticas engañosas contribuye a un entorno regulatorio robusto, que protege tanto la competitividad como la integridad ambiental de las políticas fiscales verdes, asegurando que los objetivos de sostenibilidad no se vean comprometidos por prácticas regulatorias evasivas o deslocalización de industrias con mayores impactos ambientales.

5.4 Mecanismos de seguimiento y evaluación

Un componente esencial para garantizar que un modelo híbrido de fiscalidad verde alcance sus objetivos ambientales y económicos es la incorporación de mecanismos sólidos de seguimiento y evaluación. Estos mecanismos permiten medir de manera sistemática no solo la recaudación y aplicación formal de tributos e incentivos, sino también su impacto real sobre las emisiones, la adopción de tecnologías sostenibles y el comportamiento de los agentes económicos. La OCDE destaca la importancia de asegurar la implementación y cumplimiento de las políticas ambientales mediante marcos institucionales que integren seguimiento y evaluación dentro del ciclo de políticas públicas, ajustando las medidas en función de sus resultados empíricos (OCDE, s. f.).

En la práctica, los mecanismos de seguimiento pueden incluir indicadores cuantitativos de desempeño, como niveles de emisiones sectoriales, índices de eficiencia energética, volumen de inversiones verdes o tasa de adopción de tecnologías limpias. Estos indicadores deben recogerse de forma periódica y compararse con *benchmarks* o metas predefinidas para identificar desviaciones y tendencias. La evaluación *ex ante*, antes de la aplicación de un instrumento, y *ex post*, tras su periodo de aplicación, constituyen herramientas complementarias que aportan claridad sobre la eficacia y eficiencia de las políticas, permitiendo ajustes oportunos en tasas, bases imponibles o condiciones de incentivos según los resultados observados.

Adicionalmente, la auditoría ambiental y evaluaciones de desempeño pueden servir como mecanismos de verificación independiente, aportando datos consistentes sobre el cumplimiento de metas ambientales en empresas o sectores específicos, y facilitando una base objetiva para la toma de decisiones regulatorias futuras. Las auditorías ambientales, entendidas como revisiones sistemáticas de prácticas y resultados, ayudan a detectar desviaciones, identificar áreas de mejora y verificar si las obligaciones ambientales se traducen en avances medibles.

Los informes periódicos de seguimiento, combinados con evaluaciones de impacto, no solo alimentan la rendición de cuentas ante la sociedad y las cámaras legislativas, sino que también permiten comparar el desempeño de un país con estándares internacionales o con experiencias de otros Estados miembros de la Unión Europea. Herramientas como las evaluaciones de desempeño ambiental promovidas por organismos internacionales ofrecen modelos de análisis integrados que abarcan dimensiones normativas, económicas y de resultados ambientales (Pojar, 2022).

Por último, la consolidación de datos y análisis a través de portales públicos, observatorios ambientales y plataformas de transparencia fortalece la participación ciudadana y empresarial, generando confianza en el sistema y mejorando la calidad de la información disponible para investigadores, hacedores de políticas y actores económicos. Estos procesos de seguimiento y evaluación son indispensables para asegurar que la fiscalidad verde no solo se aplique de forma formal, sino que produzca efectos ambientales reales y contribuya de forma verificable a la transición ecológica.

Conclusiones

El análisis de la fiscalidad verde muestra que los impuestos ambientales y los incentivos fiscales no solo son herramientas tributarias, sino instrumentos de política pública que, bien articulados, pueden contribuir de forma significativa a la transición hacia una economía sostenible. Los impuestos ambientales permiten internalizar externalidades negativas al incorporar los costes ambientales en los precios de mercado, creando señales económicas que desincentivan actividades contaminantes y fomentan la adopción de tecnologías más limpias. Por su parte, los incentivos fiscales reducen las barreras financieras para la inversión en tecnologías verdes, estímulo que puede ser determinante para que empresas y agentes económicos acometan transformaciones productivas de alto impacto ambiental.

La literatura analizada coincide en que un modelo híbrido, que combine gravámenes correctivos e incentivos orientados a resultados, tiene mayor probabilidad de generar efectos sinérgicos: los impuestos penalizan externalidades y generan recursos, mientras que los incentivos fomentan la innovación, la inversión en eficiencia energética y la adopción de energías renovables. En el caso español, aunque la fiscalidad ambiental ha avanzado, su peso relativo en la recaudación total y en la estructura tributaria sigue siendo relativamente limitado, lo que sugiere margen para reforzar tanto la intensidad como la coherencia de estos instrumentos con las políticas climáticas y económicas.

Al mismo tiempo, la implementación de estos instrumentos plantea desafíos de diseño y equidad: es preciso calibrar los tributos para evitar efectos regresivos relevantes y apoyar a sectores vulnerables, así como articular incentivos que no se conviertan en meras exenciones sin impacto real en la sostenibilidad. La experiencia comparada indica que las políticas verdes más eficaces combinan señales de precio con incentivos bien estructurados y marcos de seguimiento y evaluación que permitan ajustar los instrumentos en función de sus resultados empíricos.

Finalmente, una fiscalidad verde eficaz y justa en España depende de una visión integrada, que no solo penalice conductas perjudiciales, sino que también premie la innovación ambiental, garantice la competitividad empresarial y asegure una redistribución que satisfaga criterios de justicia económica.

Bibliografía

Agencia Estatal de Administración Tributaria. (s. f.). Impuestos medioambientales. <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/impuestos-tasas/impuestos-medioambientales.html>

Bankinter. (2021, 6 de febrero). Impuestos ambientales España: ¿Qué son? ¿Quién los paga? <https://www.bankinter.com/blog/finanzas-personales/impuestos-ambientales-espaa-quien-paga>

BBVA Research. (2022, 17 de enero). Spain green taxation to fight climate change. <https://www.bbvaresearch.com/en/publicaciones/spain-green-taxation-to-fight-climate-change/>

Bray, R., *et al.* (2023, 4 de mayo). The Role of Pro-Growth Tax Policy and Private Investment in the European Union's Green Transition. <https://taxfoundation.org/research/all/eu/eu-green-transition-tax-policy/>

Cui, G. (2024, noviembre). How do environmental taxes affect the environmental investment of high-emission enterprises: Evidence from China. *Journal of Environmental Management*.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S030147972402615X>

Doğan, B., Shahzad, U., Ghosh, S., & Hoang, D. P. (2022, 1 de febrero). Are environmental taxes effective? Evidence from G7 economies. *Renewable Energy*.
<https://ruidera.uclm.es/server/api/core/bitstreams/5735387a-3be3-4f2e-a8f3-7c605f102c6e/content>

Durán *et al.* (2023, mayo). Fiscalidad ambiental en España. Consejo General de Economistas de España, Servicio de Estudios.
https://www.economistas.es/Contenido/Consejo/Estudios%20y%20trabajos/2024/Estudio%20CGE_Fiscalidad%20ambiental%20en%20Espana%20C3%B1a.pdf

Mottershead, D., *et al.* (2021, septiembre). Green taxation and other economic instruments – Internalising environmental costs to make the polluter pay. https://environment.ec.europa.eu/system/files/2021-11/Green%20taxation%20and%20other%20economic%20instruments%20-%20Internalising%20environmental%20costs%20to%20make%20the%20polluter%20pay_Study_10.11.2021.pdf

European Environment Agency. (2022, 7 de febrero). The role of environmental taxation in supporting sustainability transitions. <https://www.eea.europa.eu/en/analysis/publications/the-role-of-environmental-taxation-in-supporting-sustainability-transitions>

Eurostat. (2025, julio). Environmental tax statistics. Statistics Explained. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?action=statexp-seat&lang=es&title=Environmental_tax_statistics

Faradina, F. (2025, 16 de julio). 2025 EV tax incentives: Greener future. Directorate General of Taxes. <https://www.pajak.go.id/en/artikel/2025-ev-tax-incentives-greener-future>

Gov. UK. (s. f.). Environmental taxes, reliefs and schemes for businesses. <https://www.gov.uk/green-taxes-and-reliefs>

Instituto Nacional de Estadística. (2025, 18 de noviembre). Cuentas medioambientales: Cuenta de Impuestos ambientales. <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/en/CIA2024.htm>

Johnson, N. (2024, septiembre). Environmental taxes need consensus. *AB Magazine*. <https://abmagazine.accaglobal.com/global/articles/2024/sep/business/environmental-taxes-need-consensus.html>

Kronfol, N., *et al.* (2025, 13 de febrero). Corporate tax incentives for green growth: Where, when and how? World Bank Blogs. <https://blogs.worldbank.org/en/psd/corporate-tax-incentives-for-green-growth--where--when--and-how->

Labandeira, X. (2022, 30 de diciembre). Taxation and ecological transition during climate and energy crises: The main conclusions of the 2022 Spanish White Book on tax reform (Working Paper). Real Instituto Elcano. <https://www.realinstitutoelcano.org/en/work-document/taxation-and-ecological-transition-during-climate-and-energy-crises/>

Mataba, L. (2025, septiembre). Green tax incentives and renewable energy. International Institute for Sustainable Development. <https://www.iisd.org/system/files/2025-09/green-tax-incentives-renewable-energy.pdf>

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. (s. f.). ¿Qué es el CBAM? <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/cbam/que-es-el-cbam.html>

Noubissi Domguia, E. (2023, noviembre). Taxing for a better life? The impact of environmental taxes on income distribution and inclusive education. Heliyon. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405844023086516>

OCDE. (2013, 10 de diciembre). El sistema tributario, la innovación y el medio ambiente. https://www.oecd.org/es/publications/el-sistema-tributario-la-innovacion-y-el-medio-ambiente_9789264208193-es.html

OCDE. (2025, 13 de noviembre). Carbon pricing mechanisms are evolving to meet a broader range of policy objectives. <https://www.oecd.org/en/about/news/press-releases/2025/11/carbon-pricing-mechanisms-are-evolving-to-meet-a-broader-range-of-policy-objectives.html>

OCDE. (s. f.). Environmental policies and evaluation. <https://www.oecd.org/en/topics/policy-issues/environmental-policies-and-evaluation.html>

OCDE. (s. f.). Tax and the environment. <https://www.oecd.org/en/topics/policy-issues/tax-and-the-environment.html>

Olasehinde-Williams, G., *et al.* (2024, 2 de mayo). Environment, Development and Sustainability. <https://link.springer.com/article/10.1007/s10668-024-04941-7>

Peng, *et al.* (2023). Sustainability. <https://ideas.repec.org/a/gam/jsusta/v15y2023i10p8023-d1147328.html>

Pigouvian tax. (s. f.). SDG Glossary. UNESCWA. <https://www.unescwa.org/sd-glossary/pigouvian-tax>

Pojar, S. (2022, diciembre). European Commission. https://economy-finance.ec.europa.eu/system/files/2022-11/dp175_en.pdf

Pacto Mundial. (s. f.). Directiva “ecoblanqueo” (greenwashing): claves y obligaciones. <https://pactomundial.org/leyes-directivas-normativas-sostenibilidad/directiva-ecoblanqueo-greenwashing/>

Williams, R. (2016, junio). Resources for the Future. <https://media.rff.org/documents/RFF-DP-16-24.pdf>

Shi, *et al.* (2025, 8 de enero). The role of government fiscal and tax incentives in green technology innovation and enterprise development: implications for human health and hygiene. <https://www.frontiersin.org/journals/public-health/articles/10.3389/fpubh.2024.1502856/full>

Silva, V. (2010, junio). Las teorías de Pigou y Coase, base para la propuesta de gestión e innovación de un impuesto ambiental en México. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7306141.pdf>

Sing, H. K., *et al.* (2025). Impacts of Environmental Taxes on Sustainable Development Goals: Balancing Environment and Equity. https://taxreform.ru/fileadmin/user_upload/site_15907/2025/09-Sing_et_al.pdf

Tchorzewska, K. B., *et al.* (2022, 31 de agosto). Environmental taxes and green technology adoption: evidence from Spain. https://greenfiscalspolicy.org/policy_briefs/environmental-taxes-and-green-technology-adoption-evidence-from-spain/

Zhao, *et al.* (2022, 27 de diciembre). Impact of Environmental Tax on Corporate Sustainable Performance: Insights from High-Tech Firms in China. <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC9819375/>

Zheng, Q., *et al.* (2023, 27 de abril). The impact of environmental tax and R&D tax incentives on green innovation. <https://www.mdpi.com/2071-1050/15/9/7303>

**TRANSPARENCIA FISCAL Y
SECRETO PROFESIONAL: UN
EQUILIBRIO NECESARIO EN LA
ERA DE LA SOSTENIBILIDAD
JURÍDICA**



*Frederic Insenser Morgadas (MUAP +
AGT, 26°)*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el concepto de sostenibilidad ha experimentado una notable expansión en el ámbito jurídico. Tradicionalmente vinculado a la protección del medio ambiente y al desarrollo económico responsable, hoy se reconoce que la sostenibilidad también posee una dimensión institucional y jurídica, estrechamente relacionada con la calidad del Estado de Derecho, la protección de los derechos fundamentales y la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas³³. Desde esta perspectiva, la sostenibilidad jurídica del ordenamiento no se limita a la consecución de determinados fines materiales, sino que exige la capacidad del sistema para articular de manera equilibrada los derechos y libertades individuales con las obligaciones y deberes constitucionales que recaen sobre los ciudadanos, preservando el núcleo esencial de las garantías que estructuran un Estado social y democrático de Derecho.

En este contexto, el Derecho tributario se erige como un espacio especialmente sensible a dichas tensiones, al situarse en el punto de encuentro de una tensión estructural entre derechos fundamentales y deberes constitucionales. En efecto, el deber de todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos conforme a su capacidad económica (art. 31.1 CE) coexiste con derechos como el derecho a la intimidad y a la protección de la vida privada (art. 18 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa (art. 24 CE). La legitimidad y sostenibilidad del sistema tributario dependen, por tanto, no solo de su eficacia recaudatoria, sino también de su compatibilidad con estos derechos, cuya preservación resulta indispensable para mantener la confianza de los ciudadanos en la actuación de los poderes públicos.

En este escenario de tensiones estructurales y de creciente interdependencia económica internacional, la intensificación de la cooperación administrativa entre Estados y el

³³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución A/RES/70/1, 25 de septiembre de 2015, especialmente ODS 16, que vincula el desarrollo sostenible con el fortalecimiento del Estado de Derecho, el acceso a la justicia y las instituciones eficaces y responsables. También, Vid. Díaz-Galán, E. (2022). *El valor jurídico de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible: ¿una nueva tendencia normativa?* *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, 11(2), 30-52.

fortalecimiento de los mecanismos de transparencia fiscal responden, en gran medida, al impulso del Proyecto BEPS de la OCDE y el G20. Dicho proyecto parte del diagnóstico de que una parte significativa de la pérdida de recaudación no deriva de conductas ilícitas en sentido estricto, sino de la utilización estratégica de mecanismos jurídicos formalmente lícitos que permiten una desimposición efectiva, el traslado artificial de beneficios y la tributación en jurisdicciones de baja o nula imposición, desconectadas del territorio en el que se generan realmente el valor económico y los beneficios empresariales.

Es precisamente en este marco donde debe situarse la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018 que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, conocida como DAC 6. Esta Directiva no se orienta a la persecución directa de la evasión fiscal, entendida como conducta ilícita y sancionable, sino que se centra en la identificación temprana de mecanismos transfronterizos potencialmente elusivos, que pueden ser lícitos o llegar a serlo desde una perspectiva estrictamente formal. Su finalidad es proporcionar a las Administraciones tributarias de los Estados miembros de la UE información suficiente para que, conforme a los criterios desarrollados en BEPS, puedan evaluar si dichas estructuras resultan contrarias al principio de tributación allí donde se generan los beneficios y si contribuyen a la erosión de las bases imponibles.

Desde esta óptica, la DAC 6 responde a una lógica de prevención y disuasión, más que de represión, y se configura como un instrumento destinado a facilitar que los Estados identifiquen y reaccionen frente a esquemas que, aun respetando formalmente la legalidad, desnaturalizan la finalidad del sistema tributario. La distinción entre evasión y elusión fiscal resulta aquí determinante: mientras que la evasión no plantea, en términos generales, dudas de legitimidad constitucional en su persecución, la elusión fiscal se desarrolla dentro de los márgenes del Derecho, lo que sitúa su control en un terreno jurídicamente más delicado y especialmente sensible desde la perspectiva de los derechos fundamentales, ya que la colisión se produce entre derechos constitucionales concurrentes, cuya ponderación exige soluciones normativas proporcionadas y respetuosas con el contenido esencial de las garantías afectadas.

Esta circunstancia explica la intensidad del debate jurídico suscitado por la DAC 6, en la medida en que la imposición de amplios deberes de información respecto de prácticas lícitas o potencialmente lícitas implica una anticipación del control administrativo que incide directamente en derechos como la intimidad y en garantías esenciales del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva. La afectación resulta aún más significativa cuando dichas obligaciones recaen sobre intermediarios jurídicos y, en particular, sobre los abogados, cuya actuación se encuentra amparada por el secreto profesional, concebido como una garantía institucional indisociable del correcto funcionamiento de la justicia y del propio Estado de Derecho. La imposición de deberes de información que afectan directamente a la relación abogado-cliente plantea, por tanto, una cuestión de especial

relevancia: si la búsqueda de una mayor transparencia fiscal puede justificar la restricción de derechos fundamentales y, en su caso, cuáles son los límites constitucionales de dicha restricción. Esta problemática adquiere una dimensión particularmente relevante en el ámbito del asesoramiento tributario, donde la frontera entre la planificación fiscal legítima y las prácticas abusivas no siempre resulta nítida. Todo ello pone de relieve la función institucional de la abogacía como pilar de la sostenibilidad jurídica del Estado de Derecho, al actuar como garante del derecho a la tutela judicial efectiva y de la confianza legítima en el sistema de justicia.

Desde esta perspectiva, el presente artículo se propone analizar la DAC 6 como un caso paradigmático de tensión estructural entre transparencia fiscal y garantías fundamentales, poniendo el foco en el secreto profesional del abogado tributario. El objetivo no es cuestionar la legitimidad de la lucha contra la elusión fiscal ni del marco conceptual de BEPS, sino examinar si el diseño normativo y su interpretación jurisprudencial permiten alcanzar un equilibrio compatible con una concepción jurídicamente sostenible del Estado de Derecho, en línea con el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 16, relativo a la promoción de instituciones eficaces, responsables y justas. A tal fin, el artículo combinará el análisis normativo y jurisprudencial con una reflexión crítica orientada a identificar criterios interpretativos y propuestas que contribuyan a reforzar la confianza en el sistema tributario y en la función institucional de la abogacía.

II. LA DAC 6 Y EL REFORZAMIENTO DE LA TRANSPARENCIA FISCAL EN LA UE

El desarrollo normativo de la cooperación fiscal en la Unión Europea ha seguido una evolución progresiva. En concreto, según Arrasate (2021)³⁴, *“cada una de estas DAC ha supuesto un paso adelante en el incremento del nivel de transparencia en el ámbito de la fiscalidad comunitaria, lo que entronca por otro lado con uno de los mandatos fundamentales que emanaron del Plan BEPS de la OCDE.”*

En especial, la DAC 6 representa un paso cualitativo en la estrategia europea de transparencia fiscal, al introducir un sistema de comunicación obligatoria de determinados mecanismos transfronterizos potencialmente elusivos. Las finalidades declaradas de esta Directiva son dotar a las autoridades tributarias de los Estados miembros de información para reaccionar ante prácticas fiscales perjudiciales a través de la modificación de las normas o la iniciación de inspecciones fiscales y desincentivar y frenar la elusión y la evasión fiscal mediante el intercambio de información temprana entre intermediarios y autoridades fiscales, así como entre las autoridades de los distintos Estados Miembros para proteger sus bases imponibles frente a esquemas de planificación fiscal internacional.

³⁴ Vid. Merino Jara, I., *El control de los riesgos en la empresa a través del compliance tributario*, Editorial CISS, Madrid, 2021, Capítulo II. La directiva DAC 6, Patxi Arrasate.

La DAC 6 establece un régimen de información obligatoria respecto de aquellos mecanismos transfronterizos que presenten determinados elementos indicativos de riesgo fiscal, conocidos como señas distintivas. Estas constituyen indicadores o elementos objetivos que permiten presumir, al menos indiciariamente, la existencia de una posible estrategia de elusión fiscal³⁵. A tal efecto, el anexo IV de la Directiva enumera cinco categorías diferenciadas de señas distintivas, que han sido reconocidas como los elementos esenciales para delimitar las operaciones que deben ser objeto de información obligatoria. En primer lugar, identifica las señas distintivas generales, basadas no en la estructura del mecanismo en sí, sino en elementos accesorios vinculados a la obtención de una ventaja fiscal, como la confidencialidad, la remuneración del intermediario ligada al ahorro fiscal o la estandarización del esquema, todas ellas condicionadas al cumplimiento del criterio del beneficio principal³⁶. En segundo lugar, agrupa las señas distintivas específicas que también requieren dicho criterio y que responden a técnicas clásicas de planificación fiscal agresiva, como la utilización artificiosa de pérdidas, la conversión de rentas en categorías fiscalmente más favorables o el empleo de operaciones circulares carentes de sustancia económica. En tercer lugar, distingue las señas distintivas específicamente asociadas a operaciones transfronterizas, centradas en situaciones de desimposición internacional, como la deducibilidad de pagos hacia jurisdicciones de baja o nula tributación, la doble utilización de depreciaciones o deducciones por doble imposición, y las divergencias valorativas en transferencias de activos. En cuarto lugar, incluye las señas distintivas relativas al intercambio automático de información y a la titularidad real, orientadas a detectar mecanismos que eluden o menoscaban la transparencia fiscal mediante estructuras opacas o carentes de actividad económica sustantiva. Por último, recoge las señas distintivas vinculadas a los precios de transferencia, que abarcan, entre otros supuestos, el uso de regímenes de protección unilateral, la transmisión de intangibles difíciles de valorar y la reasignación transfronteriza de funciones, riesgos o activos con un impacto significativo en la base imponible futura.

Esta obligación de comunicación, recae sobre los denominados intermediarios siempre y cuando cumpla al menos uno de los criterios de vinculación territorial con la Unión Europea, recae sobre los denominados intermediarios dado que estos gozan de una posición privilegiada de conocimiento y por razones de eficacia y prevención temprana del riesgo de elusión fiscal, es decir, dicha motivación se articula desde una lógica eminentemente funcional y administrativa. No obstante, la Directiva establece una cláusula de cierre que prevé que el propio contribuyente interesado podrá quedar sujeto a

³⁵ El art. 3.20 de la Directiva 2011/16/UE (introducido por el art. 1.b) de la DAC 6), define una señal distintiva como «una característica o particularidad de un mecanismo transfronterizo que supone una indicación de un riesgo potencial de elusión fiscal».

³⁶ El Anexo IV de la DAC 6 establece que: “El criterio del beneficio principal se tendrá por satisfecho cuando se pueda determinar que el beneficio principal o uno de los beneficios principales que una persona puede esperar razonablemente de un determinado mecanismo, teniendo en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, es la obtención de un beneficio fiscal.”

la obligación de información cuando no haya intermediarios obligados o cuando los intermediarios puedan alegar la dispensa de la obligación de comunicación de acuerdo con la cláusula de secreto profesional.

En cuanto a la cláusula del secreto profesional reconocida en la Directiva, se faculta a los Estados miembros para exonerar a ciertos intermediarios del deber de comunicación cuando esta obligación vulnere el secreto profesional, según lo definido en sus respectivas legislaciones nacionales. Al tratarse de una exención de configuración eminentemente interna, los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación para delimitar sus alcances y condiciones de aplicación, siempre que el intermediario actúe dentro del marco legal de su profesión. Es importante subrayar que el hecho de que un intermediario esté amparado por esta dispensa no elimina la obligación de información en sí misma, sino que desplaza el deber de comunicar hacia otros sujetos. En este sentido, la DAC 6 impone a los Estados miembros la obligación de establecer procedimientos eficaces para garantizar que, en los supuestos mencionados, la información sea finalmente comunicada por el intermediario no exento que haya sido notificado o, en su defecto, por el contribuyente interesado.

Esta heterogeneidad en la aplicación práctica de la exención por secreto profesional pone de relieve la necesidad de comprender cómo se configura la protección de la confidencialidad en los distintos sistemas jurídicos europeos.

El análisis comparado del secreto profesional en el ámbito europeo parte de la distinción fundamental entre el *legal professional privilege* (LPP) propio de los sistemas de *common law* y el secreto profesional característico de los ordenamientos de tradición romano-germánica. Ambos modelos responden a concepciones jurídico-procesales distintas para preservar la confidencialidad del cliente y el derecho de defensa frente a las exigencias de aportación de información. Mientras que el LPP se configura como un derecho del cliente de carácter objetivo, centrado en el contenido de las comunicaciones y estrechamente vinculado a los mecanismos de *disclosure*³⁷, el secreto profesional continental se articula como una obligación del abogado de carácter subjetivo, derivada del interés general y sancionable en caso de incumplimiento. Esta divergencia conceptual resulta determinante en el contexto de la obligación de comunicación de mecanismos transfronterizos prevista en la DAC 6, en la medida en que la posibilidad de invocar la exención por secreto profesional depende del modelo nacional aplicable y del alcance que cada ordenamiento reconozca a dicha garantía.

En efecto, dado que la DAC 6 no armoniza el contenido del secreto profesional ni del *legal professional privilege*, sino que se limita a reconocer una exención condicionada a

³⁷ El término *disclosure* hace referencia al procedimiento procesal típico de los sistemas de *common law* mediante el cual las partes deben poner a disposición del tribunal y de la contraparte todos los documentos o comunicaciones relevantes para el proceso. Su finalidad es garantizar la transparencia probatoria y el acceso equitativo a la información, salvo en aquellos casos en que opere el *legal professional privilege*, que excluye determinados documentos vinculados a la defensa legal del cliente.

la normativa interna de los Estados miembros, la aplicación práctica de la obligación de comunicación presenta notables diferencias entre jurisdicciones. En los sistemas de *common law*, donde el privilegio opera como un derecho del cliente susceptible de renuncia y se define por el contenido de la comunicación, la exención puede desplegar un alcance más amplio; por el contrario, en los ordenamientos continentales, donde el secreto se concibe como una obligación indisponible del abogado y circunscrita a un colectivo profesional determinado, la exención puede resultar más restringida. Esta heterogeneidad normativa incide directamente en la delimitación de los sujetos obligados a comunicar, en el reparto de responsabilidades entre intermediarios y contribuyentes y, en última instancia, en la intensidad de la afectación a derechos fundamentales, poniendo de relieve una de las principales tensiones estructurales de la DAC 6 entre transparencia fiscal y garantías propias del Estado de Derecho.

III. LA TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA DE LA DAC 6 Y LAS TENSIONES CON EL SECRETO PROFESIONAL

El anteproyecto que transponía la normativa de la DAC 6 acotaba la referida dispensa al ámbito del artículo 93.5 de la Ley 58/2023, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) a los datos privados no patrimoniales, así como a los datos confidenciales del obligado tributario interesado que conozca el intermediario en el ejercicio de las funciones de asesoramiento y defensa³⁸. De este modo, la *ratio legis* de esta previsión era evitar un trato desigual entre los distintos tipos de intermediarios en función que nos encontráramos ante abogados u otros profesionales, permitiendo que todos ellos pudieran acogerse a la exoneración cuando se tratara de información confidencial no relacionada con el patrimonio o de carácter privado.

Ahora bien, esta equiparación funcional plantea serias objeciones cuando el intermediario es un abogado. Si bien la normativa española limita el asesoramiento y la defensa jurídica a los abogados, en particular la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), art. 542.1, y el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, en su art. 5, reduciendo así el impacto práctico de las obligaciones impuestas a los intermediarios fiscales, resulta pertinente preguntarse si, cuando dicho intermediario es abogado, la redacción del Anteproyecto protege realmente su secreto profesional o, por el contrario, lo vacía de contenido al subordinarlo de facto a los deberes de información tributaria, generando una tensión estructural incompatible con la función constitucional de la abogacía.

Desde una interpretación sistemática del ordenamiento es evidente que esta reserva del art. 93.5 LGT no constituye propiamente una verdadera cláusula de secreto profesional ni parece plenamente compatible con las exigencias establecidas en la DAC 6, máxime si

³⁸ Vid. Consejo General del Poder Judicial, 2019, Informe sobre el Anteproyecto de Ley de transposición de Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, párrafo 30

se tiene en cuenta que el secreto profesional de la abogacía constituye una materia reservada a Ley Orgánica, lo que plantea serias dudas sobre la capacidad de una ley ordinaria de transposición para incidir válidamente en su ámbito material. Desde esta perspectiva, la apelación al citado precepto como fundamento de la dispensa resulta especialmente problemática, en la medida en que parte de la doctrina excluye su aplicación cuando no se está ante profesiones reguladas en los términos exigidos por la Directiva (García Prats, 2019, pp. 55-59).

Precisamente porque el secreto profesional no se agota en la protección de datos o informaciones concretas, sino que salvaguarda la propia relación abogado-cliente con independencia del mayor o menor grado de confidencialidad de los datos intercambiados, su debilitamiento normativo adquiere una especial relevancia constitucional. En efecto, el secreto profesional protege derechos fundamentales del cliente, entre los que destacan el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y los derechos vinculados a la esfera de la privacidad. En este sentido, el secreto profesional se erige en una garantía esencial para el ejercicio de la abogacía, razón por la cual merece la máxima protección en el sistema jurídico.

El Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) entendía que la transposición no respetaba el secreto profesional de la abogacía, porque éste debe estar vinculado al derecho a defensa y al derecho a la tutela judicial efectiva, y eso debe quedar protegido en la transposición. En sintonía con esta postura, Jiménez-Valladolid de L’Hotellerie-Fallois (2021) sostiene que: *“para que opere el secreto profesional es necesario que las funciones realizadas como intermediarios a efectos de lo previsto en la obligación de comunicación de información se encontraran cubiertas dentro de las labores propias del ejercicio de la abogacía, ya que son aquellas las únicas que están cubiertas por el secreto profesional en sentido estricto”*.

Sobre esta base, el CGPJ introduce una distinción conceptual de especial relevancia al señalar que no todo asesoramiento jurídico merece idéntico nivel de protección, acuñando la expresión “asesoramiento neutral”, posteriormente también asumida por el Consejo de Estado en su Dictamen 1072/2019. Este asesoramiento neutral, que puede definirse como un asesoramiento estrictamente jurídico, desvinculado de la implementación o ejecución del mecanismo, es el que, a juicio del CGPJ, resulta compatible con la protección dispensada por la Directiva. De ello se desprende que los abogados que actúen como intermediarios no podrán invocar el secreto profesional cuando diseñen, comercialicen, organicen o pongan a disposición para su ejecución un mecanismo transfronterizo —los denominados *intermediarios de primer nivel*—, ni tampoco cuando asistan o asesoren en dichas tareas como *intermediarios de segundo nivel*, en la medida en que la obligación de comunicación surge con anterioridad al inicio de cualquier procedimiento jurisdiccional o administrativo. Concretamente, en el primer supuesto, el Informe explica que el abogado que participa en la creación de un mecanismo transfronterizo actúa más bien como un gestor de intereses ajenos que como un profesional de la abogacía que realiza las tareas mencionadas anteriormente, descritas en el art. 542.1 LOPJ. En estos

supuestos, el CGPJ considera que los intereses públicos asociados a la obtención de información sobre mecanismos fiscales transfronterizos justifican la imposición de la obligación de información.

De este modo, el CGPJ propone distinguir entre un asesoramiento participativo, consistente en el diseño, organización o ejecución del mecanismo, no amparado por el secreto, y un asesoramiento neutral, orientado a la valoración jurídica del mecanismo, que sí permite invocar el secreto profesional.

En coherencia con lo anterior, la transposición finalmente adoptó la solución propuesta por el CGPJ, incorporando una exoneración expresa para los abogados cuando desempeñen las funciones previstas en el artículo 542 LOPJ, garantizando que la labor esencial de la abogacía quedara protegida por el secreto profesional. Dado que se trata de un deber de rango constitucional, cuyo incumplimiento tiene relevantes consecuencias penales y disciplinarias, resulta crucial establecer límites claros que permitan a los abogados que actúan como intermediarios conocer con exactitud cuándo su actuación está cubierta por dicho secreto. Sin embargo, incluso aceptando esta delimitación y la distinción entre asesoramiento neutral y participativo, la regulación finalmente adoptada introduce elementos adicionales que merecen una valoración crítica desde la óptica del secreto profesional.

En particular, resulta especialmente cuestionable la incorporación de una obligación autónoma para el abogado intermediario consistente en notificar al obligado tributario o a otro intermediario la existencia de la obligación de declarar el mecanismo transfronterizo, obligación cuyo incumplimiento se encuentra, además, tipificado como infracción sancionable. Tal exigencia no constituye un mero deber formal accesorio, sino que incide directamente en el núcleo de la relación abogado-cliente, al imponer una actuación comunicativa cuya trazabilidad puede ser objeto de verificación por parte de la Administración tributaria.

Esta problemática se acentúa si se atiende al distinto tratamiento dispensado a abogados y a otros intermediarios no jurídicos. En efecto, la Administración tributaria se encuentra históricamente habituada a recibir información de terceros ajenos al ámbito del secreto profesional (entidades financieras, notarios, asesores no abogados) que, en el desarrollo ordinario de su actividad, ya soportan obligaciones de suministro de información relevantes sobre particulares, por ejemplo, la comunicación de movimientos de efectivo superiores a determinados umbrales o la comunicación de operaciones sospechosas o relevantes en materia de prevención de blanqueo de capitales. Estas obligaciones han sido pacíficamente aceptadas por el sistema, precisamente porque no inciden sobre una relación jurídicamente protegida por un deber constitucional de confidencialidad.

El desplazamiento del foco de la DAC 6 hacia los abogados introduce, sin embargo, un cambio cualitativo sustancial. Mientras que los intermediarios no abogados ya se

encuentran plenamente integrados en los circuitos de información tributaria, la imposición de deberes de comunicación a los abogados plantea una tensión inédita: la obligación de informar deja de recaer sobre un tercero funcionalmente neutro y se proyecta directamente sobre el garante del secreto profesional. Es en este punto donde la exención prevista por la Directiva adquiere una relevancia central, pues actúa como válvula de equilibrio entre los objetivos de transparencia fiscal y la preservación de una garantía estructural del Estado de Derecho.

Como ha advertido el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE, 2018)³⁹, la imposición de un deber de notificación susceptible de control administrativo permite, siquiera de manera indirecta, fiscalizar la existencia y el contenido de las comunicaciones entre abogado y cliente, lo que supone una injerencia difícilmente conciliable con el secreto profesional. En efecto, la amenaza de sanción asociada al incumplimiento de este deber proyecta un efecto disuasorio que, en la práctica, vacía de contenido la dispensa basada en el secreto profesional que la propia Directiva reconoce, transformando una garantía en una excepción de alcance meramente retórico.

Desde una perspectiva práctica, esta tensión se ve intensificada por la lógica sancionadora del sistema. Si el abogado no comunica y el mecanismo resulta fraudulento, es razonable pensar que el contribuyente tampoco cumplirá voluntariamente con la obligación de declaración, máxime cuando las sanciones previstas para este último pueden resultar, en términos económicos, poco disuasorias. La arquitectura normativa de la DAC 6 parece, así, trasladar de facto el peso del cumplimiento hacia aquellos sujetos para los que la sanción ya sea económica, reputacional o profesional resulta verdaderamente relevante: los abogados intermediarios. Este desplazamiento plantea serias dudas desde la óptica de la proporcionalidad y de la correcta distribución de responsabilidades, aunque se articule desde una lógica principalmente funcional y administrativa del acceso privilegiado de los intermediarios a la información sobre los mecanismos y por motivos de eficiencia y prevención temprana de la elusión fiscal.

Precisamente por ello, la situación se torna aún más problemática si se atiende a la posible concurrencia de responsabilidades de distinta naturaleza. Mientras que el incumplimiento de la obligación de comunicación en el ámbito tributario puede sancionarse sobre la base de la mera culpa, una eventual vulneración del secreto profesional puede dar lugar a responsabilidades disciplinarias e incluso penales, para las que se exige, al menos, la concurrencia de dolo. El abogado queda así atrapado en una encrucijada normativa en la que el cumplimiento de una obligación administrativa puede implicar la infracción de un deber profesional esencial, generando un riesgo jurídico que excede claramente el asumido por otros intermediarios. Esta asimetría refuerza la necesidad de criterios claros, previsibles y restrictivos a la hora de delimitar cuándo el abogado puede ser legítimamente obligado a comunicar sin traicionar su función institucional.

³⁹ Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE). (2018). *Guía CCBE sobre determinados aspectos de la Directiva sobre intermediarios fiscales*.

Desde la perspectiva del ejercicio profesional, la obligación de notificar plantea además problemas sustanciales en relación con la naturaleza del asesoramiento jurídico. El acto mediante el cual el abogado informa a su cliente sobre la existencia de la DAC 6, analiza su aplicabilidad al supuesto concreto y le orienta acerca de las obligaciones que de ella se derivan constituye, sin duda, una actividad típica de asesoramiento jurídico, plenamente amparada por el secreto profesional. Exigir al abogado que conserve evidencias de haber realizado dicha notificación o que declare frente a la Administración que ha informado al contribuyente supone forzar la documentación, y potencial revelación, de una actividad que, por su propia naturaleza, debería permanecer confidencial.

En este contexto, resulta imprescindible profundizar en la delimitación material entre asesoramiento neutral y asesoramiento participativo, no solo desde una perspectiva teórica, sino también desde una óptica eminentemente práctica. La cuestión central no es si el abogado interviene o no en relación con un mecanismo transfronterizo, sino en qué medida su actuación contribuye causalmente a la configuración, implementación o ejecución del mismo. Así, una respuesta jurídica emitida a instancia del cliente, orientada a valorar la licitud o las consecuencias fiscales de una determinada operación, debería quedar inequívocamente subsumida en el ámbito del asesoramiento neutral y, por tanto, amparada por el secreto profesional. Por el contrario, cuando el abogado diseña un *step plan*, coordina desplazamientos internacionales, articula estructuras contractuales o interviene activamente en la ejecución del mecanismo, su actuación se aproxima funcionalmente a la de un partícipe necesario, lo que justificaría, en su caso, la activación de la obligación de comunicación. No obstante, forzar esta frontera hasta el extremo de erosionar cualquier forma de asesoramiento previo supondría vaciar de contenido la exención reconocida por la Directiva y desnaturalizar el núcleo mismo de la función de la abogacía. Esta circunstancia conduce inevitablemente a una cuestión de fondo: ¿hasta dónde puede legítimamente obligarse al abogado a comunicar sin vaciar de contenido el secreto profesional?

La determinación de esta delimitación no puede resolverse a partir de criterios meramente formales. Por el contrario, exige una aproximación material y funcional que permita ponderar, en cada caso concreto, si la intervención profesional se inscribe en el ámbito del asesoramiento jurídico protegido por el secreto profesional o si, por el contrario, excede de dicho núcleo y justifica la activación del deber de comunicación. En este contexto, considero que resulta posible —y necesario— articular un test jurídico de carácter orientativo, basado en una serie de juicios sucesivos, que permita determinar de forma razonablemente previsible cuándo la intervención del intermediario se sitúa dentro del ámbito del asesoramiento jurídico amparado por el secreto profesional y cuándo, por el contrario, lo trasciende y legitima la activación del deber de comunicación. Un enfoque de esta naturaleza contribuye a reducir la actual incertidumbre interpretativa, dotando de mayor seguridad jurídica tanto a los profesionales afectados como a la propia

Administración tributaria, sin menoscabar los objetivos de transparencia fiscal perseguidos por el legislador europeo.

A partir de esta premisa, el primer criterio de análisis debe centrarse en la naturaleza de la actuación profesional desplegada por el abogado. Así pues, en primer lugar, debe atenderse a la naturaleza de la actuación profesional desplegada por el abogado. Cuando su intervención se limita a interpretar el Derecho, valorar la licitud de una operación o analizar sus consecuencias fiscales, nos hallamos ante un asesoramiento jurídicamente neutral, plenamente amparado por el secreto profesional. En cambio, si el abogado asume un rol activo en la construcción del mecanismo, diseñando su arquitectura jurídica o proponiendo activamente esquemas con una finalidad fiscal predominante, su actuación deja de ser meramente interpretativa y se aproxima a una función constructiva, susceptible de generar obligación de comunicación.

En segundo término, resulta relevante el grado de implicación causal del abogado en la existencia del mecanismo. Si la operación hubiese existido en términos sustanciales con independencia de su intervención, limitándose esta a un análisis jurídico de una estructura previamente concebida por el cliente o por terceros, la implicación causal es reducida y refuerza la operatividad de la exención por secreto profesional. Por el contrario, cuando el mecanismo nace, se articula o se hace jurídicamente viable como consecuencia directa de la intervención del abogado, este adquiere una posición funcionalmente determinante que puede justificar su consideración como intermediario obligado a comunicar.

Un tercer elemento decisivo es el momento temporal de la intervención profesional. El asesoramiento prestado en una fase previa, exploratoria o preventiva, incluso cuando se proyecta sobre escenarios futuros, se integra en el núcleo esencial de la función jurídica y queda protegido por el secreto profesional. En cambio, la intervención durante la fase de ejecución o implementación del mecanismo, mediante una asistencia activa en operaciones materiales o contractuales, desborda el ámbito del asesoramiento neutral y aproxima la actuación del abogado a la de un partícipe activo en el esquema transfronterizo. Asimismo, debe distinguirse entre el tipo de actuaciones realizadas. Las actuaciones estrictamente jurídicas, como la interpretación normativa, la calificación jurídica de hechos o la formulación de advertencias sobre riesgos de elusión o abuso, permanecen dentro del perímetro protegido. Por el contrario, las actuaciones de carácter instrumental u organizativo, tales como la coordinación de estructuras, la preparación de vehículos societarios con finalidad fiscal o la interlocución operativa con terceros para ejecutar el mecanismo, pueden justificar la activación del deber de comunicación.

Un cuarto criterio viene dado por la conexión de la actuación con el derecho de defensa y la tutela de la posición jurídica del cliente. Cuando el asesoramiento se orienta a proteger dicha posición, a prevenir contingencias sancionadoras o a preparar una eventual estrategia administrativa o judicial, la exención por secreto profesional debe operar de forma especialmente intensa. En ausencia de esta conexión, particularmente en contextos de asesoramiento meramente transaccional u organizativo, la protección se debilita.

En último término, la delimitación de la obligación de comunicación debe someterse a un juicio de proporcionalidad. La exigencia de comunicar será desproporcionada cuando los objetivos de transparencia perseguidos por la DAC 6 puedan alcanzarse razonablemente mediante otros intermediarios o directamente a través del contribuyente. Solo cuando el abogado sea el único sujeto con conocimiento estructural relevante y su intervención exceda claramente del ámbito del asesoramiento jurídico protegido podrá considerarse proporcionada la imposición del deber de comunicación.

En resumen, de la aplicación conjunta de estos criterios se desprende una regla de cierre fundamental: el abogado solo puede ser legítimamente obligado a comunicar cuando su actuación deje de ser jurídicamente neutral y se convierta en funcionalmente determinante para la creación o ejecución del mecanismo transfronterizo. En caso de duda razonable, debe prevalecer la exención por secreto profesional, en cuanto garantía estructural del Estado de Derecho y límite material a la expansión de los deberes de colaboración tributaria en el marco de la DAC 6.

En este sentido, puede resultar convincente la posición del CCBE cuando sostiene que la solución más respetuosa con el secreto profesional en la transposición nacional habría consistido en atribuir directamente al contribuyente la obligación de declarar el mecanismo transfronterizo cuando el intermediario sea un abogado, sin imponer a este último deberes formales adicionales de comunicación o acreditación. Esta alternativa permitiría alcanzar los objetivos de transparencia perseguidos por la Directiva sin erosionar una garantía esencial del Estado de Derecho. No obstante, esta postura va en contra de la propia lógica de la DAC 6, que asigna la obligación de informar al intermediario precisamente porque el contribuyente, al carecer de incentivos efectivos, podría no declarar un esquema susceptible de elusión. Adoptar la propuesta del CCBE equivaldría, en la práctica, a vaciar de contenido la Directiva, comprometiendo sus fines de detección temprana y prevención de la evasión fiscal. Aunque la DAC 6 genera tensión con el secreto profesional de los abogados, su diseño reconoce la necesidad de trasladar la responsabilidad a quien dispone de la información y de un incentivo real para comunicarla, asegurando así la eficacia del sistema sin depender de la buena fe del contribuyente.

La comparación con el régimen de prevención del blanqueo de capitales refuerza esta crítica. Aunque en dicho ámbito se han introducido limitaciones al secreto profesional, estas responden a la persecución de conductas de especial gravedad y elevado reproche social. Pretender extender o incluso intensificar tales excepciones en el marco de la DAC 6, relativa a mecanismos de planificación fiscal potencialmente agresiva, supone, como ha señalado el CCBE, una quiebra del principio de proporcionalidad. No resulta jurídicamente sostenible equiparar, ni en términos de lesividad ni de política legislativa, el blanqueo de capitales con la planificación fiscal transfronteriza, ya que la DAC 6 opera sobre mecanismos transfronterizos que no son necesariamente ilícitos, ya que pueden ser

perfectamente lícitos, sino que pueden llegar a ser potencialmente elusivos o declarables. En consecuencia, aplicar restricciones al secreto profesional propias del derecho penal o del blanqueo a una materia puramente administrativa constituye una quiebra de la proporcionalidad normativa.

Finalmente, la arquitectura normativa actual sitúa al abogado en un escenario de riesgo de autoincriminación, forzándolo a una encrucijada jurídica donde el cumplimiento de la norma fiscal puede derivar en una vulneración de su lealtad profesional y responsabilidad deontológica, mientras que el silencio conlleva infracciones tributarias. Esta tensión permanente entre deberes profesionales esenciales y obligaciones de colaboración tributaria constituye una carga jurídica excesiva que amenaza con desnaturalizar la función social de la abogacía bajo el paradigma de la transparencia y, además, con vulnerar el principio de seguridad jurídica al conferir a la sanción administrativa un matiz materialmente penal. En coherencia con lo anterior, el punto de equilibrio no puede situarse en la mera participación del abogado en la génesis intelectual del mecanismo, sino en su implicación directa y funcional en la creación o ejecución de este. Solo así puede preservarse un modelo de transparencia fiscal compatible con una concepción sostenible del Estado de Derecho, en la que la lucha contra la elusión no se lleve a cabo a costa de convertir al abogado en un sujeto estructuralmente incompatible con su propio estatuto constitucional.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL TJUE

La transposición y aplicación de la DAC 6 ha generado importantes dudas jurídicas, especialmente en lo que respecta a su compatibilidad con los derechos fundamentales, lo que ha motivado la presentación de varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). La primera y más importante dio lugar a la Sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2022 (Asunto C-694/20).

4.1 Sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2022 (Asunto C-694/20)

Esta cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional belga se somete a control de compatibilidad el artículo 8 bis ter, en concreto los apartados 5 y 6, con el derecho a la vida privada (art. 7 de la CDFUE y art. 8 del CEDH) y con el derecho a un proceso equitativo (art. 47 CDFUE y art. 6 CEDH), en la medida en que impone a los abogados amparados por el secreto profesional la obligación de comunicar a otros intermediarios tanto la existencia de la obligación de información como su propia dispensa.

4.1.1. La invalidez del apartado 5 del artículo 8 bis ter de la DAC 6 a la luz del artículo 7 de la Carta relativo al derecho a la vida privada

El TJUE parte de la premisa de que la obligación de notificación impuesta a los abogados intermediarios constituye una injerencia en el derecho al respeto de las comunicaciones

entre abogado y cliente, protegido por el artículo 7 de la Carta, ya que destaca que las comunicaciones entre abogado y cliente gozan de una protección reforzada debido al secreto profesional. Así pues, el tribunal considera que se trata de una injerencia cualificada que no se limita a una revelación puntual de información, sino que afecta estructuralmente a la confidencialidad de la relación profesional, al permitir que terceros intermediarios conozcan la identidad del abogado, su intervención en el diseño o análisis del mecanismo y su apreciación jurídica sobre la concurrencia de una obligación de comunicación. Además, esta información puede transmitirse ulteriormente a la Administración tributaria, amplificando el efecto sobre el núcleo del secreto profesional, cuya protección reforzada resulta esencial para garantizar la función institucional de la abogacía en una sociedad democrática.

A partir de esta constatación, el Tribunal concluye que la injerencia no se encuentra justificada al amparo del artículo 52.1 de la Carta, ya que, aunque cumple el requisito de legalidad y no afecta el contenido esencial del derecho protegido por el artículo 7, no resulta estrictamente necesaria ni proporcionada para alcanzar los objetivos de interés general de la Unión (lucha contra la planificación fiscal agresiva y prevención del riesgo de elusión y evasión fiscales). El Tribunal subraya que existen medios alternativos para que la Administración acceda a la información, sin vulnerar el secreto profesional, y que la divulgación de la identidad del abogado y el contenido de su asesoramiento no aporta valor añadido significativo. Por ello, la obligación es desproporcionada y jurídicamente no justificada, evidenciando que la norma no responde a una necesidad estructural del sistema de cooperación administrativa, sino a una opción legislativa que sacrifica garantías fundamentales sin aportar un valor añadido real en términos de eficacia.

4.1.2 La validez del apartado 5 del artículo 8 bis ter de la DAC 6 a la luz del artículo 47 de la Carta relativo al derecho a un proceso equitativo

Por lo que se refiere a la validez del artículo 8 bis ter, apartado 5, de la DAC 6 a la luz del artículo 47 de la Carta, el TJUE descarta que esta disposición afecte al derecho a la tutela judicial efectiva y a la imparcialidad del juez, al no existir un vínculo directo entre las obligaciones previstas en la DAC 6 y un eventual proceso judicial.

En este sentido, el TJUE⁴⁰ entiende que la obligación de notificación nace en una fase temprana, a más tardar cuando el mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información acaba de ser finalizado y ya está listo para ser aplicado, y por lo tanto, fuera del marco de un procedimiento judicial o de su preparación, por lo que la obligación de notificación viene a sustituir, para el abogado intermediario obligado al secreto profesional, a la obligación de comunicación de información establecida en el artículo 8 bis ter, apartado 1 de la DAC 6, no supone una injerencia en el derecho a un proceso justo

⁴⁰ En remisión a su sentencia STJUE de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros contra *Conseil des ministres*, asunto C-305/05.

garantizado en un artículo 47 de la carta, dado que de las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo implican, por definición, que exista una relación con algún procedimiento judicial.

Esta interpretación delimita el marco jurídico del conflicto, circunscribiéndolo al derecho a la vida privada y la confidencialidad de las comunicaciones, sin implicar la tutela judicial efectiva. La negativa del Tribunal a apreciar vulneración del artículo 47 refuerza así la centralidad del artículo 7 de la Carta como criterio decisivo para evaluar la DAC 6, confirmando que la protección del secreto profesional opera de manera autónoma respecto de la existencia de un proceso judicial.

4.1.3 El alcance del secreto profesional en el asesoramiento jurídico y su repercusión en la normativa española de transposición

El TJUE reafirma que el secreto profesional protege no solo el contenido del asesoramiento jurídico, sino también la existencia misma de la relación abogado-cliente, constituyendo un nivel mínimo de protección previsto en el artículo 7 CDFUE y reforzado por la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 8.1 CEDH. Este principio encuentra reflejo en el artículo 542 LOPJ español, aunque la transposición de la DAC 6 ha introducido limitaciones que parecen exceder los márgenes fijados por el Tribunal, al restringir la cobertura del secreto profesional más allá de lo estrictamente necesario.

La utilización del concepto de “asesoramiento neutral” como criterio delimitador del ámbito del secreto profesional plantea serias dificultades desde un punto de vista dogmático y práctico, como se ha mencionado anteriormente, ya que el asesoramiento tributario raramente es puramente abstracto y suele implicar orientación estratégica sobre la conducta del cliente. Imponer al abogado la obligación de determinar *ex ante* si su actuación queda protegida por el secreto profesional, con consecuencias jurídicas potencialmente sancionadoras, introduce un riesgo de autocontrol incompatible con la independencia del juicio jurídico, erosionando la confidencialidad y condicionando el contenido del asesoramiento.

A la luz de lo anterior, cabe cuestionar la adecuación de la restricción introducida por la normativa española de transposición, que limita la protección del secreto profesional únicamente al asesoramiento que tenga por objeto “*evaluar la adecuación de dicho mecanismo a la normativa aplicable y sin procurar ni facilitar la implantación del mismo*”. Esta limitación no parece encontrar respaldo en el texto ni en el espíritu de la Directiva, al menos cuando el intermediario fiscal es un abogado.

Desde esta perspectiva, resulta difícil conciliar la noción de asesoramiento neutral con el estándar de protección fijado por el Tribunal de Justicia, que extiende el secreto profesional no solo al contenido del asesoramiento jurídico, sino también a la propia existencia de la relación profesional y de la consulta realizada. Si incluso la revelación de

que el abogado ha sido consultado constituye una injerencia en el derecho garantizado por el artículo 7 CDFUE, la exigencia de que el abogado determine administrativamente si su actuación queda o no amparada por el secreto profesional aparece como una contradicción lógica, en la medida en que presupone una exteriorización de la actividad de asesoramiento que el propio Tribunal considera protegida.

Desde la perspectiva del ejercicio profesional, resulta problemático el enfoque que subyace a la normativa de transposición, en la medida en que tiende a instrumentalizar a los abogados como colaboradores necesarios de la Administración tributaria, generando un potencial conflicto de intereses con sus clientes. Dado que los mecanismos transfronterizos contemplados en la DAC 6 no son, por su propia naturaleza, delitos, el contribuyente puede cumplir perfectamente por sí mismo la obligación de declarar, de modo que se alcancen los objetivos de la Directiva, como bien ya se ha comentado que propuso el CCBE.

De hecho, el TJUE rechaza la proporcionalidad de la injerencia en el derecho a la privacidad en la medida en que dicha injerencia no puede considerarse estrictamente necesaria para alcanzar los fines de la Directiva, especialmente teniendo en cuenta que la obligación de informar se impone a todos los intermediarios, estén o no sujetos a secreto profesional. A partir de este razonamiento, podría plantearse si cabe extrapolar el razonamiento de la sentencia a todo intermediario secundario que, sin ser abogados, estén vinculados por un deber de secreto profesional en virtud de su normativa sectorial. No obstante, ya la sentencia de 29 de julio de 2024 del TJUE (Asunto C-623/22) aclara que la protección del secreto profesional en el marco de la DAC 6 se restringe exclusivamente a los abogados conforme a la Directiva 98/5. Otros intermediarios habilitados para actuar ante tribunales, pero que no cumplen los requisitos de la abogacía, no pueden invocar la dispensa del artículo 8 bis ter, apartado 5. Esto implica que dichos profesionales deben cumplir la obligación de comunicación a la Administración tributaria. Esta decisión posterior refuerza el carácter institucional del secreto profesional del abogado, vinculándolo directamente al derecho de defensa y al correcto funcionamiento del sistema judicial. Así, se consolida una distinción clara entre abogados y otros intermediarios respecto a la confidencialidad y la cooperación administrativa.

En conclusión, la limitación interpuesta por la normativa española genera un efecto disuasorio incompatible con la función institucional de la abogacía, al incentivar conductas de sobrerreporte o autocensura por parte de los abogados. La incertidumbre sobre si una determinada actuación será considerada “neutral” o “participativa” compromete la confianza del cliente en la confidencialidad de la relación profesional y resulta difícilmente compatible con una concepción sostenible del Estado de Derecho, en la que el abogado debe poder ejercer su función de asesoramiento y defensa con plena independencia frente a los poderes públicos.

V. CONCLUSIONES

El recorrido argumental efectuado permite concluir que la sostenibilidad jurídica del ordenamiento tributario se articula necesariamente sobre un balance continuo entre derechos y libertades fundamentales y las obligaciones y deberes que el Estado impone a los ciudadanos en la persecución de fines legítimos, como la transparencia fiscal y la lucha contra la elusión tributaria.

En este contexto, la extensión de obligaciones informativas a supuestos de planificación lícita o potencialmente lícita proyecta efectos inmediatos sobre derechos constitucionalmente protegidos. Dentro de este marco, la protección del secreto profesional se erige en una pieza clave para la salvaguarda del derecho de defensa y la confidencialidad de la relación profesional. La proyección de estos deberes de comunicación sobre el ámbito del asesoramiento tributario plantea, así, la cuestión central de si la restricción de derechos constitucionales que tales deberes comportan resulta efectivamente justificada y proporcionada en atención al objetivo de una mayor transparencia fiscal, especialmente en un ámbito en el que la delimitación entre conductas lícitas, elusivas o agresivas presenta contornos particularmente difusos.

La función institucional de la abogacía se revela, en este escenario, como un elemento clave del análisis. La intervención del abogado trasciende la mera función de intermediación, al integrarse en la arquitectura de garantías del sistema jurídico. La opción adoptada por la DAC 6 de hacer recaer sobre el abogado la obligación de comunicación de mecanismos transfronterizos, aun cuando se acompañe de una dispensa basada en el secreto profesional, genera una tensión estructural difícilmente conciliable. Esta tensión se intensifica de forma particular en el régimen sancionador asociado al incumplimiento de las obligaciones de comunicación. En la práctica, el profesional se ve colocado en una encrucijada normativa: cumplir con las obligaciones administrativas derivadas de la DAC 6 o respetar las exigencias deontológicas inherentes a su profesión. Esta situación no solo compromete la seguridad jurídica del abogado, sino que traslada al profesional una responsabilidad interpretativa que no le corresponde y que produce un efecto disuasorio que se traduce en conductas de sobrerreporte o de autocensura, con efectos perjudiciales para la calidad del asesoramiento jurídico y para la confianza del contribuyente en el sistema, y, por ende, en la calidad institucional del ordenamiento tributario.

Asimismo, la distinción entre asesoramiento “neutral” y “participativo”, sobre la que pivota la delimitación del deber de comunicación, exige una concreción mucho más precisa. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados, sin criterios normativos claros, traslada al profesional una carga interpretativa excesiva y genera un elevado grado de incertidumbre. Frente a ello, el enfoque funcional propuesto en este artículo basado en la naturaleza de la actuación, el grado de implicación causal del abogado en el diseño o implementación del mecanismo, el momento temporal de la intervención y su conexión con el ejercicio del derecho de defensa ofrece una vía más respetuosa con el equilibrio

entre transparencia fiscal y garantías fundamentales. Este planteamiento permite delimitar de manera más objetiva y previsible los supuestos en los que resulta legítima la obligación de comunicación, preservando al mismo tiempo el núcleo esencial del secreto profesional de manera que contribuye de forma decisiva a reforzar la seguridad jurídica.

Finalmente, la jurisprudencia del TJUE ha introducido un elemento de especial relevancia al afirmar que la protección del secreto profesional del abogado opera de manera autónoma respecto de la existencia de un proceso judicial, es decir, se refuerza la idea de que el secreto profesional no puede quedar subordinado a una concepción restrictiva vinculada exclusivamente al derecho de defensa en sentido estricto. Esta interpretación pone de manifiesto que cualquier obligación de comunicación que incida directa o indirectamente sobre la relación abogado-cliente debe superar un estricto juicio de necesidad y proporcionalidad. No obstante, esta interpretación acentúa la dificultad de conciliar el concepto de asesoramiento neutral con los estándares de protección fijados por el TJUE, poniendo de relieve las tensiones internas del modelo actual.

En definitiva, la lucha contra la elusión fiscal, por legítima y necesaria que sea, no puede desarrollarse a costa de debilitar aquellos pilares que sostienen la confianza en el ordenamiento jurídico. Solo un modelo que articule de forma clara, proporcionada y respetuosa las obligaciones de información podrá garantizar, al mismo tiempo, la eficacia del control tributario y la preservación de los principios que sostienen la calidad institucional del ordenamiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Libros, revistas y artículos

ARRASATE ROLDAN, P. “Obligaciones de información en el marco de la DAC 6 y secreto profesional”. En *El control de los riesgos fiscales en la empresa a través del compliance tributario*. Madrid: Editorial Ciss, 2021. 598 págs. ISBN: 9788499546933.

CALVO VÉRGEZ, J. “La trasposición de la DAC 6 al ordenamiento tributario español. Análisis de las principales cuestiones suscitadas”. En *El control de los riesgos fiscales en la empresa a través del compliance tributario*. Madrid: Editorial Ciss, 2021. 598 págs. ISBN: 9788499546933.

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. “Regulación comparada en Europa sobre confidencialidad y secreto profesional (Informe 15/2019)”. En *Informes 2019. Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2020. 508 págs. ISBN: 9788413559032.

COUNCIL OF THE BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE. *Guía CCBE sobre determinados aspectos de la Directiva sobre intermediarios fiscales*. 2018, 19 de octubre.

DELGADO PACHECO, A. *El secreto profesional de los abogados en el ámbito tributario en la reciente jurisprudencia del TJUE*. En Blog Tributario Garrigues. Madrid: 24 de septiembre de 2024. [en línea] <<https://blogtributario.garrigues.com/doctrina-jurisprudencia/el-secreto-profesional-de-los-abogados-en-el-ambito-tributario-en-la-reciente-jurisprudencia-del-tjue>>.

GARCÍA PRATS, F. A. *La transposición en España de la Directiva sobre Intermediarios Tributarios (DAC 6)*. Paper nº 14. Madrid: AEDAF, 2019. 157 págs. ISBN: 9788489025370.

JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE FALLOIS, J. "El deber de secreto de abogados y otros profesionales y la transposición de la DAC 6: ¿Una única solución frente a interferencias de distintos derechos?". En *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario*. 1ª edición. Madrid: Editorial La Ley, 2021. 784 págs. ISBN: 9788418662065.

Legislación y normativa

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (DOUE C 202 de 7 de junio de 2016).

Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título. (DOCE [en línea], 14 de marzo 1998, núm. 77, <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1998-80461>>.

Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información. (DOUE [en línea], 5 de junio 2018, núm. 139, <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-80963>>.

España. Constitución española de 1978. (BOE [en línea], 29 de diciembre de 1978, núm. 311, <[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)>.

España. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. (BOE [en línea], 10 de octubre 1979, núm. 243, <[https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/(1))>.

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE [en línea], 2 de julio de 1985, núm. 157, <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>>.

España. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (BOE [en línea], 18 de diciembre 2003, núm. 302, <<https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58/con>>.

España. Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. (BOE [en línea], 24 de marzo 2021, núm. 71, <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/03/02/135/con>>.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de junio de 2007, asunto C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros contra *Conseil des ministres*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 8 de diciembre de 2022, asunto C-694/20, *Orde van Vlaamse Balies* y otros contra el Gobierno flamenco.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de julio de 2024, asunto C-623/22, *Belgian Association of Tax Lawyers and Others v Premier ministre / Eerste Minister*.

ARTÍCULOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**ESCAPAR A LA APLICACIÓN
DE LA CONVENCIÓN DE
VIENA DE 1980 SOBRE LOS
CONTRATOS DE
COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE
MERCADERÍAS: ALGUNAS
REFLEXIONES EN TORNO A LA
ESTANDARIZACIÓN DEL “OPT
OUT” POR EL CONSEJO
CONSULTIVO DE LA CISG Y
SUS IMPLICACIONES SOBRE EL
REGLAMENTO ROMA I⁴¹**

*Verona Tió Pérez-Albert (Teaching
Fellow del Departamento de Derecho
Internacional, Comparado y de la Unión
Europea de ESADE Law School)*

Abstract

El presente trabajo aborda la facultad reconocida a las partes de excluir la aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías prevista en su art. 6 (“*opt out*”). Su regulación vaga y parcial deriva en una jurisprudencia y doctrina divergentes. Con el fin de promover una interpretación y aplicación uniforme del instrumento entre los tribunales nacionales y arbitrales, el Consejo Consultivo de la CISG adoptó en 2014 su Opinión No. 16 en la que propone un estándar estricto y uniforme hacia el “*opt out*” que las partes ejercen a través de elecciones de ley aplicable al contrato, expresas y tácitas. Aunque las Opiniones que emite esta institución privada e integrada por académicos no sean vinculantes, algunas son citadas y seguidas por los tribunales. Con todo, cuando el tribunal competente es el de un Estado miembro de la Unión Europea, parte de la Convención de Viena 1980 y obligado a aplicar el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, es preciso reflexionar acerca de las implicaciones que tienen las “*black letter rules*” de la Opinión No. 16 sobre el régimen de la libertad de elección de la ley aplicable al contrato del art. 3 del Roma I.

Palabras clave

Convención de Viena de 1980 - Reglamento Roma I - Consejo Consultivo de la CISG - *opt out* – acuerdos de ley aplicable.

⁴¹ Mis más sinceros agradecimientos a los estudiantes de ESADE Law School por su generosa invitación a publicar en su revista, muy especialmente, a Quique Ortiz Rodríguez y a Andrea Izaguirre Blanco.

1. Introducción

La *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980* (“CV”)⁴², es el convenio más relevante en materia de contratos comerciales internacionales. Adoptada bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), contiene normas uniformes relativas a la formación del contrato de compraventa, los derechos y obligaciones de vendedor y comprador, así como a los remedios para el supuesto de incumplimiento.

La CV está en vigor en 96 Estados⁴³. La cifra habla por sí sola de su éxito, en particular, si se la compara con otros instrumentos de fuente convencional que también promueven la previsibilidad y certeza en la regulación de las compraventas comerciales internacionales. Otros legisladores globales en Derecho internacional privado (“DIPr”), como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (“HCCH”) o el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“UNIDROIT”), han obtenido resultados comparativamente muy modestos con sus respectivos convenios en la materia. Así, la unificación de las normas de conflictos de leyes se llevó a cabo a través de uno de los “Convenios viejos” de la HCCH, como es el *Convenio sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales, celebrado el 15 de junio de 1955* (“CH1955”)⁴⁴, el cual está en vigor en 8 Estados, todos del continente europeo salvo Níger. Posteriormente, la HCCH trabajó para que este convenio lo sustituyera otro más moderno, el *Convenio sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecho el 22 de diciembre de 1986*, el cual no ha entrado en vigor⁴⁵.

Por otro lado, las convenciones predecesoras de la CV, esto es, la *Convención relativa a la ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías* (“ULIS”)⁴⁶ y la *Convención relativa a la ley uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de mercaderías* (“ULFC”)⁴⁷, fueron adoptadas en La Haya, el 1º de julio de 1964, e impulsadas por UNIDROIT. Sin embargo, estas no consiguieron atraer a países de fuera

⁴² En España, la CV entró en vigor el 1º de agosto de 1991, vid. B.O.E. núm. 26, de 30 de enero de 1991; y corrección de errores, B.O.E. núm. 282, de 22 de noviembre de 1996. Para acceder al texto de la CV en español, a sus otras lenguas oficiales y su traducción a otros idiomas, vid: <https://cisg-online.org/Text-of-the-Convention>

⁴³ Para el estado actual de la CV, vid., https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status

⁴⁴ Para el estado actual del CH1955, vid., <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=31>

⁴⁵ Puede consultarse el texto del Convenio y otra información relacionada en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=61>

⁴⁶ “ULIS” son las siglas inglés de *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods*.

⁴⁷ “ULFC” son las siglas inglés de *Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*.

ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

de Europa, con las excepciones de Gambia e Israel⁴⁸. Ante las severas críticas que recibieron la ULIS y la ULFC por reflejar únicamente a los sistemas y estructuras políticas, sociales y económicos de los países occidentales (Leyva Saavedra y Perales Viscasillas, 2000), en el año 1968, la recién establecida CNUDMI⁴⁹, se propuso promover una mayor aceptación de dichas convenciones, trabajos que desembocaron en la adopción de la CV.

La CV entró en vigor el 1º de enero de 1988 en 11 países distribuidos en América del Norte y del Sur, Asia, África y Europa, y tributarios de diferentes tradiciones jurídicas⁵⁰. Ahora bien, la popularidad de la que goza la CV entre los Estados no es necesariamente compartida por los operadores jurídicos. Es relativamente frecuente que los abogados que negocian y redactan el contrato incluyan una cláusula por la que la CV se excluye expresamente, acompañada o no de la elección de la ley de un país⁵¹, o bien defiendan a su cliente en juicio fundamentando su escrito íntegramente en la ley nacional del foro. Las razones que se apuntan para explicar esta práctica son, *grosso modo*, la falta de familiaridad de los abogados con el texto vienés (Spagnolo, 2009), la vaguedad de sus disposiciones o su limitado ámbito de aplicación material (Schwenzer y Hachem, 2009). Todo ello contribuye a que la CV no sea percibida como un régimen más ventajoso que el nacional, pese a que sus normas uniformes estén específicamente adaptadas a un contexto internacional.

Con 96 Estados parte, el régimen de la CV es el que hoy rige por defecto en un elevadísimo número de transacciones a nivel mundial⁵². La principal condición de aplicación de la CV en el espacio es que, en el momento de celebrar el contrato, las partes tengan sus establecimientos en Estados contratantes⁵³. El art. 1.1.a) CV define su ámbito

⁴⁸ El 18 de agosto de 1972, la ULIS entró en vigor en la República Federal de Alemania, Bélgica, Gambia, Israel, Italia, Países Bajos, Reino Unido y San Marino, mientras que la ULFC lo hizo el 23 de agosto en los mismos Estados, salvo en Israel. Con la excepción del Reino Unido y Gambia, dichos Estados son hoy parte de la CV, razón por la cual han denunciado las convenciones de La Haya, vid., <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/>

⁴⁹ Vid. la Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, disponible en: [https://docs.un.org/es/A/RES/2205\(XXI\)](https://docs.un.org/es/A/RES/2205(XXI))

⁵⁰ De acuerdo con el art. 99 CV, su entrada en vigor requiere un mínimo de diez ratificaciones, de ahí que transcurrieran casi ocho años entre la fecha de su aprobación, el 11 de abril de 1980, y la de su entrada en vigor. El 1º de enero de 1988, la CV entró en vigor en Argentina, China, Egipto, Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lesoto, Siria, Yugoslavia y Zambia.

⁵¹ Un ejemplo de cláusula en la que las partes eligen la ley de un Estado y excluyen expresamente la aplicación de la CV sería: “*El presente contrato se regirá por la ley francesa con exclusión de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*”

⁵² Para hacernos una idea, hace más de una década H.M. Fletcher afirmó que: “*En el momento de redactar la presente nota (febrero de 2009), la Convención contaba con más de 70 Estados contratantes, **que representan más de dos terceras partes del comercio internacional de mercaderías**, así como una extraordinaria diversidad económica, geográfica y cultural*” (resaltado añadido). Esta nota introductoria a la CV está disponible en: https://legal.un.org/avl/ha/ccisg/ccisg.html?utm_source=chatgpt.com

⁵³ El art. 1.1.a) CV se refiere a “Estados contratantes”. Con todo, el art. 2.1 del *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969*, entiende por “Estado parte” (letra g) el que ha consentido en obligarse y con respecto al cual el tratado está en vigor, mientras que define “Estado contratante” (letra f) de Estado que ha consentido en obligarse con independencia de que el tratado haya entrado o no en vigor. Habida cuenta de que el art. 100 CV condiciona su aplicación al contrato *ratione*

de aplicación personal de manera autónoma, haciéndola directamente aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías muy vinculados con los Estados parte. Sin embargo, el régimen uniforme no es aplicable cuando el contrato no sea “internacional” a los efectos del art. 1 CV, aunque en este concurra un elemento de extranjería. Para la CV, el contrato es “internacional” cuando las partes, en el momento de celebrarlo, tienen sus establecimientos en Estados diferentes (art. 1.1 CV) y, a su vez, son conscientes de esta circunstancia (art. 1.2 CV)⁵⁴.

El ámbito personal de la CV se complementa con una regla subsidiaria prevista en su art. 1.1.b) y abierta a reserva⁵⁵, cuya función es extender su aplicación en el espacio a contratos de compraventa no tan estrechamente conectados con los Estados contratantes. Cuando al menos una de las partes del contrato tenga su establecimiento en un Estado no contratante, el art. 1.1.b) CV se remite a las normas de conflicto de leyes del tribunal competente⁵⁶, las cuales bien pueden beber de fuente institucional, convencional o autónoma. Si estas normas designan la ley de un Estado contratante como ley rectora del contrato (*lex contractus*), el régimen vienes será el que rijan el contrato.

Los órganos jurisdiccionales de los Estados parte deben aplicar la CV cuando sean llamados a dictar una resolución en cuanto al fondo a todo litigio derivado de un contrato de compraventa internacional de mercaderías que entre dentro de su ámbito de aplicación. Esto es, que se trate de un contrato internacional (art. 1) de compraventa de mercaderías

temporis a que esté en vigor en los Estados contratantes a los que alude su art. 1.1, en este trabajo utilizaremos las expresiones “Estado contratante” y “Estado parte” como sinónimas, en el sentido de que la CV está en vigor en tal Estado.

España se adhirió al *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados* el 2 de mayo de 1972, si bien este no entró en vigor hasta el 27 de enero de 1980, vid. B.O.E. núm. 142, de 13 de junio de 1980. Para el estado actual del convenio, vid. https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en

⁵⁴ La CV deja fuera de su ámbito de aplicación material contratos de compraventa vinculados con más de un ordenamiento jurídico que no reúnen su requisito de internacionalidad. Este sería el caso, por ejemplo, de contratos de compraventa celebrados entre partes cuyos establecimientos se sitúan, en dicho momento, en el mismo Estado contratante, pero el lugar de entrega de las mercaderías se pacta para que se lleve a cabo en otra jurisdicción.

⁵⁵ De acuerdo con el art. 95 CV, todo Estado puede declarar, eso sí, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que no quedará obligado por el art. 1.1.b) CV. Han realizado dicha declaración Armenia, la República Popular China, San Vicente y las Granadinas, Singapur y los Estados Unidos de América. Además, se apunta que la reserva que realizó Checoslovaquia cuando depositó su instrumento de ratificación en 1990 se extiende a la República Checa y a Eslovaquia. El efecto de esta declaración es que el Estado que ha formulado la reserva no está obligado a aplicar la CV cuando no se dan las condiciones de su art. 1.1.a). No obstante, se han planteado dudas acerca de su efecto jurídico sobre los Estados contratantes que no han formulado dicha reserva, concretamente, cuando de acuerdo con el art. 1.1.b) CV es aplicable la ley de un Estado contratante que hizo la declaración ex art. 95 CV. Entre otras, esta cuestión es considerada por el Consejo Consultivo de la CISG en su Opinión No. 15, disponible en español en: https://cisgac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish_opinion15.pdf

⁵⁶ *Rectius*, el art. 1.1.b) CV se refiere a “las normas de derecho internacional privado”, y la misma expresión se encuentra en el art. 7.2 CV, precepto que establece el método para integrar sus lagunas internas. En todo caso, se entiende que esta expresión alude a las reglas del sistema de DIPr del tribunal competente cuya función es designar la ley aplicable al contrato, básicamente, a las normas de conflicto de leyes.

ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

(arts. 2 y 3)⁵⁷ el cual, en el momento de celebrarse, las partes tenían sus establecimientos en Estados contratantes [art. 1.1.a)] en los que la CV estaba en vigor (art. 100.1) o, no dándose esta condición [art. 1.1.b)], lo está en el Estado contratante cuya ley es designada para regir el contrato por la norma de conflicto del foro (art. 100.2).

En efecto, el Derecho internacional público impone a los tribunales de los Estados parte la obligación de aplicar la CV cuando se reúnan las condiciones previstas en sus arts. 1 a 3 y 100⁵⁸. Ahora bien, mientras que la CV es vinculante para los tribunales de los Estados contratantes, su régimen tiene carácter dispositivo para las partes del contrato. En este sentido, el art. 6 CV apuntala la autonomía de la voluntad de las partes como uno de los principios generales en los que se basa la Convención (art. 7.2 CV), de manera que las partes pueden acordar excluir su aplicación (“*opt out*”). El art. 6 CV dispone que: “*Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención, o, (...), establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos*”.

Teniendo en cuenta esta naturaleza híbrida de la CV, la forma más efectiva que tienen los operadores jurídicos de asegurarse que el tribunal competente no aplicará la CV es incluyendo una cláusula en el contrato por la que esta se excluya expresamente. No obstante, en defecto de una manifestación tan incontrovertida de la intención de las partes de excluir la CV, los tribunales pueden tener dificultades a la hora de establecer si su intención ha sido realmente la de escapar a la aplicación de su régimen uniforme.

A este respecto, dos situaciones resultan complejas cuando el tribunal competente pertenece a un Estado contratante de la CV que a su vez es Estado miembro de la Unión Europea (“UE”), y el *Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*⁵⁹ concurre en la reglamentación del contrato de compraventa internacional de mercaderías litigioso. El Reglamento Roma I (“RRI”) unifica las normas de conflicto de leyes de los Estados miembros en materia de obligaciones contractuales, con la excepción de Dinamarca⁶⁰ que sigue vinculada por su *forerunner*, el *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (“CR”)⁶¹.

⁵⁷ La CV no contiene una definición del contrato de compraventa de mercaderías, si bien la doctrina es unánime al entender que rige las ventas de bienes muebles corporales. Asimismo, sus arts. 2 y 3 ayudan a delimitar su concepto, por un lado, mediante la exclusión, en su art. 2, de seis categorías de transacciones en atención a su finalidad [*ad ex* consumo, letra a)] o al tipo de bien [*ad ex* embarcaciones, letra e)]; y, de otro lado, su art. 3 excluye, en determinadas condiciones, los contratos en los que la obligación del comprador no consiste únicamente en pagar el precio de las mercaderías, así como los contratos mixtos en los que la obligación del vendedor no se limita a entregar las mercaderías.

⁵⁸ Vid. los arts. 26 y 27 del *Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, *supra* nota 13.

⁵⁹ DO núm. L 177, de 4 de julio de 2008; y corrección de errores en DO núm. L 309, de 24 de noviembre de 2009.

La primera de las situaciones a las que aludíamos es la de un contrato de compraventa internacional de mercaderías en el que las partes, con arreglo al art. 3.1 RRI, han incluido una cláusula por la que eligen la ley de un Estado contratante de la CV *qua lex contractus*. La segunda es la de un contrato regido por la CV en el que, durante el proceso judicial, las partes eligen tácitamente la ley del foro a través de sus escritos de demanda y contestación, elección tácita que autorizaría el art. 3.2 RRI. En ambos supuestos, la principal cuestión que se plantea es la de saber si las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual que les reconoce el art. 3 Roma I de elegir de forma expresa y tácita la ley de un Estado para regir su contrato, tienen la intención de escapar a la aplicación de la CV, cuyo régimen es derogable con arreglo a su art. 6.

Para analizar esta cuestión, primero se expondrán las condiciones que deben darse para que, *in casu*, tanto la CV como el RRI sean aplicables para regular el contrato de compraventa internacional de mercaderías (apartado 2). A continuación, nos ocuparemos de la facultad de “*opt out*” del art. 6 CV, destacando el tratamiento dispar que encuentra entre la jurisprudencia y la doctrina (apartado 3). Este escenario es, precisamente, el que busca corregir el Consejo Consultivo de la CISG⁶³ (“CISG-AC”) - una institución privada e integrada por académicos que vela por la aplicación uniforme de la CV - a través de su Opinión No. 16 “Exclusión de la Convención de acuerdo con el artículo 6 CISG” adoptada en el año 2014⁶⁴, y que expondremos en el apartado 4. En última instancia, las seis reglas jurídicas de la Opinión No. 16 del CISG-AC serán examinadas a la luz del art. 3 RRI, en particular, para reflexionar acerca de su posible incompatibilidad con el Roma I (apartado 5).

⁶⁰ Sobre la cláusula de exclusión voluntaria de Dinamarca en relación con las medidas adoptadas sobre la base del Título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la UE, vid. el Protocolo nº 22 anejo al TFUE y, en particular, el Cdo. 46 del RRI.

⁶¹ El CR puede seguir aplicándose por los tribunales españoles para designar la ley aplicable a los contratos celebrados antes del 17 de diciembre de 2009, pero después del 1 de septiembre de 1993, fecha en la que el CR entró en vigor en España y Portugal, vid. B.O.E. núm. 171, de 19 de julio de 1993; y corrección de errores en B.O.E. núm. 189, de 9 de agosto de 1993.

⁶² De acuerdo con el art. 24.1 RRI, el Reglamento sustituye al CR en los Estados miembro de la UE.

⁶³ “CISG” son las siglas de la Convención en inglés, esto es, “*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”. El Consejo Consultivo ha optado por mantener las siglas de la Convención en inglés al traducir el nombre original de la propia institución (“CISG Advisory Council”) al español (“Consejo Consultivo de la CISG”). Con todo, puesto que la CV fue redactada en las seis lenguas oficiales de la Organización de las Naciones Unidas y el español es una de ellas, en este trabajo hemos preferido utilizar las siglas del instrumento en español, salvo para referirnos al Consejo Consultivo de la CISG, incluida su forma abreviada (“CISG-AC”).

⁶⁴ La Opinión No. 16 fue adoptada por una unanimidad durante la 19ª sesión del CISG-AC celebrada en Pretoria (Sudáfrica) el 30 de mayo de 2014. La traducción al español fue realizada por R. Momberg y revisada por A. Garro y P. Perales Viscasillas, disponible en: https://ciscac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish_Opinion_16.pdf

2. La concurrencia normativa en el contrato de compraventa internacional de mercaderías: Convención de Viena de 1980 y Reglamento Roma I

A menudo, la CV y el RRI resultan aplicables para regular el contrato de compraventa internacional de mercaderías. Esta concurrencia normativa se da pese a que estos instrumentos beben de distinta fuente y no emplean la misma técnica de reglamentación para promover la seguridad jurídica en las transacciones comerciales internacionales. De hecho, probablemente estas diferencias dificultan que exista unanimidad entre la doctrina cuando se trata de articular su relación a través de sus respectivas cláusulas de desconexión, los arts. 90 CV y 25.1 RRI⁶⁵. No obstante, en general se parte de la prevalencia de la CV sobre el RRI, de modo que la primera tarea del juzgador es determinar si la CV tiene vocación de regular el supuesto litigioso. Ahora bien, la CV se apoya expresamente en las normas de conflicto de los Estados parte, en nuestro caso, en el RRI, en dos de sus artículos⁶⁶. Así, el art. 1.1.b) CV delega en las normas de conflicto del foro la tarea de designar la *lex contractus* a los efectos de establecer si se cumple su ámbito de aplicación personal en circunstancias en que al menos una de las partes del contrato tiene su establecimiento en un Estado no contratante. Asimismo, la CV reconoce implícitamente su dependencia normativa con respecto al RRI cuando el art. 7.2 CV se remite a la ley designada por sus normas de conflicto para colmar las lagunas internas de la Convención que no puedan resolverse recurriendo a sus principios generales⁶⁷. En uno y otro caso, las normas de conflicto de leyes relevantes del RRI son sus arts. 3, sobre libertad de elección, y el art. 4.1.a), norma de conflicto aplicable en defecto de elección de ley para el contrato de compraventa de mercaderías⁶⁸, la cual se remite a la ley del país de la residencia habitual⁶⁹ del vendedor⁷⁰.

⁶⁵ El art. 90 CV cede el paso a todo “acuerdo internacional” ya celebrado o que se celebre y que, “*contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen*” por la CV, “*siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados parte en ese acuerdo*”. El problema principal con esta cláusula es que fue redactada mucho antes de que la UE adquiriese competencia legislativa para adoptar normas de Derecho derivado en materia de DIPr. Por lo tanto, algunos autores descartan que sobre este precepto la CV pueda ceder el paso al RRI, pues no es un “acuerdo internacional”. Por su parte, ya vimos que el art. 25.1 RRI cede el paso a los convenios que los Estados miembro hubiesen celebrado con terceros Estados antes de la adopción del Roma I. El problema de este precepto es que, en aplicación del art. 26 RRI, ningún Estado miembro notificó a la Comisión que ya era parte de la CV, pero sí, en cambio, que era parte del CH1955 (vid. *supra* nota 22). Esto explica que algunos autores entiendan que sobre la base del art. 25.1 RRI no cede el paso a la CV en la medida en que no unifica normas de conflictos de leyes, sino que contiene normas materiales especiales.

⁶⁶ Vid. *supra* nota 13.

⁶⁷ Aunque la CV no se remita a ellas expresamente, las normas de DIPr del foro también son aplicables para designar la ley aplicable a las cuestiones expresamente excluidas de su ámbito de aplicación material en sus arts. 4 y 5 CV. Por ejemplo, una cláusula penal establecida por las partes para el supuesto de demora en la entrega de las mercaderías o del pago. Sobre esta cuestión, cfr. la Opinión No. 10 del CISG-AC, “Pago de Sumas Convenidas por Incumplimiento de una Obligación en Contratos sujetos a la CISG”, disponible en: https://ciscag.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish_opinion10.pdf

Para que un tribunal de la UE deba aplicar la CV y el RRI al supuesto litigioso, deben darse una serie de condiciones. Por un lado, cuando el contrato de compraventa internacional de mercaderías entra dentro del ámbito de aplicación material y temporal de la CV, también caerá dentro de los del RRI. El Reglamento tiene un ámbito material más amplio (art. 1 RRI), y será aplicable en la medida en que el contrato se haya celebrado a partir del 17 de diciembre de 2009 (art. 28 RRI). De otro lado, sus respectivos ámbitos de aplicación territorial coinciden en 20 de los 27 Estados miembros de la UE, y ello por dos razones distintas. La primera es que todos los Estados miembros de la UE son Estados parte de la CV, salvo Irlanda y Malta. La segunda es que el art. 25.1 RRI -como ya hacía el art. 21 CR, aunque en términos más generosos- cede el paso a los convenios que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales celebrados por alguno o más Estados miembro con terceros Estados con anterioridad a la adopción del Reglamento. Habida cuenta de que, desde el mes de septiembre de 1964, el CH1955 está en vigor en Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia y Suecia, los tribunales de estos Estados miembros aplican las normas de conflicto de dicho convenio, y no las del RRI/CR, para identificar la ley aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías⁷¹. Por último, la condición de aplicación del RRI en el espacio es que la demanda se presente ante el tribunal de un Estado miembro, por lo que este se aplica con independencia de que sus normas de conflicto de leyes se remitan a la ley de un Estado miembro de la UE o no (art. 2).

3. El art. 6 de la Convención de Viena de 1980: funciones y contextos

El art. 6 CV cumple varias funciones. A saber, la de afirmar el carácter dispositivo de la CV, regular la facultad de las partes de excluir su aplicación en todo o en parte (o facultad

⁶⁸ El contrato de compraventa de mercaderías del art. 4.1.a) RRI es un concepto autónomo del DIPr europeo, el cual debe interpretarse del mismo modo en sede de ley aplicable (Roma I) y de competencia judicial internacional (Cdo. 17 RRI). Por lo tanto, es extensible al art. 4.1.a) RRI la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la UE en la interpretación del foro de competencia especial en materia contractual del art. 7.1.a) del *Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Refundición)* o Reglamento Bruselas I bis (RBIbis). Su versión consolidada está disponible en, <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/2015-02-26> Para una sentencia del TJUE que toma en cuenta el art. 3.1 CV como un indicio en la interpretación del art. 7.1.a) RBIbis, vid. STJUE de 25 de febrero de 2010, C-381-08, *Car Trim*, ap. 36-38, ECLI:EU:C:2010:90.

⁶⁹ El punto de conexión de la residencia habitual se concreta en el art. 19 RRI.

⁷⁰ Téngase en cuenta la cláusula de excepción del art. 4.3 RRI que permite desplazar la ley designada por los apartados 1 y 2, “Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos” con un país distinto, en nuestro caso, al de la residencia habitual del vendedor.

⁷¹ El art. 26 RRI daba a los Estados miembros hasta el 17 de junio de 2009 (i.e., un plazo de un año desde su aprobación) para que notificaran a la Comisión los convenios que hubiese celebrados con terceros Estados en la materia *ex* art. 25.1 RRI. Los Estados miembros que son parte del CH1955 en su mayoría lo notificaron, pero ningún Estado miembro notificó que era parte de la CV, vid., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2010:343:TOC>

ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENE DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

de “*opt out*”), y reconocer el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes como un principio general de la CV el cual deber ayudar a colmar sus lagunas internas, esto último de acuerdo con su art. 7.2. En este apartado, nos ocupamos de las dos primeras funciones señaladas.

El carácter dispositivo de la CV tiene como consecuencia inmediata situarla en el mercado de leyes. Desde esta perspectiva, la CV compite con otras leyes - ya sean nacionales, como de fuente no estatal como los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*⁷² - para retener para sí la regulación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Sin embargo, los contornos de este mercado vienen definidos por el sistema de DIPr de cada Estado.

En el contexto del DIPr de la UE, el RRI pone a disposición de los contratantes un vasto mercado de leyes. A diferencia de algunos sistemas de DIPr nacionales, el RRI permite a las partes elegir la ley vigente en un Estado -o en una unidad territorial de un Estado con sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales (art. 22.1 RRI)⁷³-, sea la de un Estado miembro o no de la UE, esté conectada o no objetivamente con el contrato⁷⁴. Y es que la libertad de elección de ley es un principio vertebrador del sistema⁷⁵ orientado a alcanzar los objetivos del Reglamento, de favorecer la previsibilidad del resultado del litigio y la seguridad en cuanto a la ley aplicable⁷⁶⁷⁷.

Para alcanzar estos objetivos, el RRI cree que la mejor forma es que las partes acuerden la ley que les resulte más conveniente. Por dicho motivo, permite que esta ley sea elegida tanto de forma expresa como tácita. En este sentido, el art. 3.1 RRI dispone que, “*La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”. Si la elección es tácita, uno de los términos del contrato que el juez europeo debe tener en cuenta es la existencia de un acuerdo de elección de foro que confiera competencia exclusiva a los tribunales de un Estado miembro (Cdo. 12). Además, las partes pueden elegir la ley de un Estado para regular la totalidad del contrato, o bien someterlo a diferentes leyes (*dépeçage*). En suma, el art. 3.2 RRI facilita enormemente el cambio de ley aplicable al contrato, pues prevé

⁷² La última versión de los Principios UNIDROIT, del año 2016, así como sus versiones anteriores, están disponibles en: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/>

⁷³ Entre otros sistemas, algunas Comunidades Autónomas de España tienen normas jurídicas sobre el contrato de compraventa, como Navarra y Cataluña.

⁷⁴ Compárese con el art. 10.5 del Código Civil español, el cual limita la autonomía conflictual de las partes en materia de obligaciones contractuales, pues la ley expresamente elegida debe tener alguna conexión con el contrato.

⁷⁵ Vid. Cdo.11 RRI.

⁷⁶ Vid. Cdo. 6.

⁷⁷ En suma, el RRI constituye una herramienta, junto con las demás normas de DIPr de la UE, en la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, el cual es un objetivo de la UE (art. 3.2 del Tratado de la UE), y una competencia compartida (art. 4.1.j) Tratado de Funcionamiento de la UE). A dicho efecto, y de acuerdo con el art. 81.1 del TFUE, “*La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales*”, base jurídica para la adopción de normas de DIPr por parte de las instituciones de la UE.

que la elección de la ley se haga “*en cualquier momento*”⁷⁸. Esto significa que las partes son libres para elegir o cambiar la ley aplicable al contrato en un momento posterior a su celebración⁷⁹ lo que, interpretado teleológicamente, se extiende a las elecciones de ley que las partes realicen dentro del proceso judicial de forma tácita (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2017).

Por otro lado, si las partes incluyen una cláusula en el contrato por la que eligen un Derecho no estatal – como los Principios UNIDROIT – o un convenio internacional – como la propia CV-, el Cdo. 13 RRI aclara que el Reglamento no impide estos pactos. Ahora bien, en virtud de dichas cláusulas de elección del Derecho aplicable las partes no estarán ejerciendo la autonomía de la voluntad conflictual de acuerdo con el art. 3 RRI, sino una mera incorporación por referencia a su contrato de dichos instrumentos. Luego, será la *lex contractus*, en cuanto a ley de un país designada por el art. 3 RRI o, en su defecto, por el art. 4.1.a) RRI, la cual se remite a la del país de la residencia habitual del vendedor; la competente para fijar la validez de este Derecho no estatal incorporado a su contrato en ejercicio de la autonomía de la voluntad material que reconoce a las partes.

De lo dicho hasta ahora se desprende que el carácter dispositivo de la CV tiene un alcance relativo, es decir, es enteramente dependiente del DIPr de cada Estado. En la medida en que la CV no unifica normas de conflicto de leyes, sino, todo lo contrario, se apoya y delega expresamente en las que están vigentes en el foro, su rivalidad con otros derechos sustantivos, de fuente estatal o no, que pueden ser elegidos por las partes es feroz en el contexto del DIPr de la UE. En cambio, en aquellos sistemas de DIPr en los que la libertad de elección de la ley aplicable se limita a que esta guarde una conexión con el contrato, la CV encontrará menos competidores⁸⁰.

En relación con la segunda función del art. 6 CV que apuntábamos, consiste en regular la facultad de “*opt out*” en virtud de la cual las partes pueden acordar excluir la aplicación de la CV, ya sea total o parcialmente. Sin embargo, la disposición ofrece un régimen vago e incompleto, lo que da lugar a interpretaciones divergentes entre la jurisprudencia y la doctrina.

De entrada, el art. 6 CV regula únicamente una de las dos caras de la moneda: la facultad de “*opt out*”, pero no la de “*opt in*” en circunstancias en que la CV no es de aplicación

⁷⁸ El art. 3.2 *in primis* RRI establece que, “*Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una Ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento*”.

⁷⁹ El art. 3.2 RRI algunos límites al cambio de ley aplicable: preservar la validez formal del contrato y los derechos adquiridos por terceros conforme a la ley anterior.

⁸⁰ Preocupada por el hecho de que la libertad de elección de ley en los contratos comerciales internacionales no es de aplicación universal, la HCCH aprobó en el año 2015 los *Principios sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales*. Se trata del primer instrumento de carácter no vinculante de la HCCH cuyo objetivo es reforzar y promover la aceptación de la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable al contrato a nivel global. Al igual que el Roma I, los Principios parten de la premisa que la autonomía de la voluntad potencia la seguridad y la previsibilidad. *Inter alia*, los Principios pueden servir a los legisladores nacionales que busquen modernizar su sistema de DIP, vid: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-law-principles>

ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENE DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

al contrato. Así, si un contrato de compraventa de mercaderías celebrado entre un comprador irlandés y un vendedor maltés incluye un pacto en virtud del cual los contratantes eligen expresamente sujetarlo a la CV, es el RRI, y no la CV, el instrumento competente para regular este “*opt in*”. Por un lado, en esta situación el ámbito de aplicación personal de la CV no se cumple, pues las partes tienen sus establecimientos en Estados no contratantes [art. 1.1.a) CV] y, en defecto de elección de ley (art. 3.1 RRI), el art. 4.1.a) RRI se remite a la ley de un Estado no contratante (i.e., la ley de Malta por ser el país de la residencia habitual del vendedor). De otro lado, tal como hemos expuesto, este pacto consiste en una incorporación por referencia de la CV a su contrato que el Roma I no impide, y cuya validez será evaluada a la luz de la autonomía de la voluntad material permitida por la *lex contractus* designada por sus normas de conflicto. En este supuesto hipotético, según la ley nacional de Malta [art. 4.1.a) RRI]. La misma solución se alcanzaría en pactos de “*opt in*” incluidos en contratos de compraventa de mercaderías que no son internacionales según el art. 1 CV, pero sí que implican un conflicto de leyes *ex art. 1.1 RRI*; o lo contratos de compraventa internacional que tengan por objeto una mercadería expresamente excluida del ámbito de aplicación material de la CV, por ejemplo, un yate [art. 2.e) CV].

En cuanto a la regulación de la facultad de “*opt out*”, el art. 6 CV se limita a indicar que esta se puede ejercer para excluir la aplicación de la Convención en todo o en parte. Es decir, la CV regula expresamente “qué” pueden hacer las partes, pero no dice “cómo” pueden escapar a su aplicación. Ahora bien, en general se está de acuerdo en que el “*opt out*” puede ejercerse tanto de forma expresa como tácita. Sobre la primera, es sin duda la más eficaz para excluir la aplicación de la CV ante un tribunal de un Estado contratante obligado a aplicarla en defecto de pacto en contrario. Con respecto a las exclusiones tácitas, la extrema vaguedad del art. 6 CV permitiría tanto las que las partes realizan en ejercicio de la autonomía de la voluntad material como conflictual, aunque solo estas últimas son debatidas.

En ejercicio de su autonomía de la voluntad material, los contratantes derogan tácitamente la aplicación de la CV al redactar un contrato detallado cuyo contenido se aparta de sus normas dispositivas. En definitiva, cuando el art. 6 CV declara el carácter derogable de sus normas, recoge el principio ampliamente reconocido de libertad de contratación en virtud del cual las partes son libres para determinar el contenido del contrato. También derogan tácita y parcialmente la CV cuando no celebran el contrato por escrito, pero pactan un INCOTERM que consta en la factura. En dicho caso, solo algunas disposiciones de la CV han sido excluidas por las partes, como las relativas al lugar de entrega de las mercaderías (art. 31 CV) o a la transmisión del riesgo (art. 66 a 70 CV).

En cuanto a la posibilidad de excluir la aplicación de la CV en virtud de la autonomía de la voluntad conflictual que el DIPr de cada Estado reconoce a las partes, la Opinión No. 16 del CISG-AC ofrece numerosas referencias jurisprudenciales y doctrinales que ponen de manifiesto la variedad de planteamientos que existen en la interpretación y aplicación del art. 6 CV. Para hacernos una idea, en presencia de una cláusula de ley aplicable al contrato de compraventa regido por la CV en virtud de la cual las partes han elegido

expresamente la ley de un Estado contratante, algún tribunal ha aplicado la CV argumentando que el art. 6 CV exige una exclusión expresa⁸¹, por lo que la ley nacional elegida fue aplicada, en su caso, con carácter supletorio. Otros tribunales han alcanzado el mismo resultado al entender que la elección expresa de la ley de un Estado contratante, o la de una unidad territorial del mismo, se extiende a los convenios que están en vigor en dicho ordenamiento, esto es, a la CV, en sintonía con una doctrina mayoritaria⁸². En cambio, otros tribunales han argumentado que la ley nacional elegida, aunque sea la de un Estado parte de la CV, implica una exclusión tácita del régimen uniforme⁸³. Sobre esto último, una doctrina minoritaria entiende que la exclusión de la CV a través de cláusulas de ley aplicable la regulan las normas de conflicto de leyes de cada Estado⁸⁴.

La Opinión No. 16 también se hace eco de las elecciones de ley que las partes han realizado dentro del procedimiento judicial, típicamente basando sus escritos de demanda y contestación en la ley nacional del foro, sin hacer referencia alguna a la CV. Aquí hay numerosa jurisprudencia que concluye que en dicho caso las partes excluyeron tácitamente la aplicación de la CV⁸⁵ y, por ende, el tribunal resolvió el fondo del litigio exclusivamente *ex lege fori*. Sin embargo, algunos autores entienden que esta conducta procesal no es suficiente para excluir la CV de acuerdo con su art. 6, pues consideran que las partes no pueden disponer libremente de las normas aplicables a menos que tengan conocimiento de su aplicabilidad. En otras palabras, para escapar a la aplicación de la CV y aplicar la ley nacional del foro elegida tácitamente, es necesario que dicha elección sea informada⁸⁶. Esta postura contrasta con la jurisprudencia dictada por los tribunales españoles lo cuales son proclives a excluir la CV con arreglo a su art. 6, en la medida en que las partes consienten tácitamente en que el litigio se resuelva conforme al derecho nacional⁸⁷.

4. La estandarización del “*opt out*” por el Consejo Consultivo de la CISG

La deficiente regulación que el “*opt-out*” encuentra en el art. 6 CV se ha completado y estandarizado por el CISG-AC en su Opinión No. 16 con el fin de promover su interpretación y aplicación uniformes que endereza la situación actual. El CISG-AC es una iniciativa privada fundada en el año 2001 en París (Francia) por un grupo de renombrados profesores provenientes de Universidades de todo el mundo. Su finalidad es, en esencia, promover la aplicación uniforme de la CV⁸⁸ en consistencia con su art. 7.1 el cual prevé que, en su interpretación, “(...) *se tendrán en cuenta su carácter*

⁸¹ Vid. párr. 4.2 de la Opinión No. 16.

⁸² Ibid. párrs. 2.2 y 4.2.

⁸³ Ibid. párr. 3.1.

⁸⁴ Ibid. párr. 2.2.

⁸⁵ Ibid. párrs. 5.1 a 5.18.

⁸⁶ Ibid. párr. 5.19.

⁸⁷ Ibid. párr. 5.10, nota 106.

⁸⁸ Sobre la finalidad del CISG-AC, vid. el Art. II de los Estatutos del CISG-AC disponibles en inglés en: <https://ciscgac.com/about-us/cisg-advisory-council-bylaws/>

ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENNA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional". A dicho efecto, el CISG-AC emite y publica Declaraciones y Opiniones en inglés, ya sea a petición de una organización o *motu proprio*, para que sean traducidas a las otras cinco lenguas oficiales de la CV, así como a otras ampliamente utilizadas en el comercio internacional⁸⁹.

La Opinión No. 16 sobre la exclusión de la aplicación de la CV con arreglo a su art. 6, consta de seis reglas jurídicas o "*black-letter rules*" adoptadas por el CISG-AC *motu proprio*. La regla 1 establece que el principio de autonomía de la voluntad del art. 6 CV permite a las partes llegar a un acuerdo para excluir su aplicación, tanto en el momento de perfeccionarse el contrato como después. La regla 2 aclara que la "*manera de excluir*" la aplicación de la CV (i.e., el "cómo") se rige por la propia Convención. Concretamente, la validez formal del acuerdo de exclusión la regula su art. 11, la formación de dicho acuerdo se sujeta a sus arts. 14 a 24, mientras que la posibilidad de modificarlo posteriormente lo gobierna su art. 29.

En las reglas 3 a 6 el CISG-AC asume el rol de un legislador. Así, la regla 3, de entrada, somete la interpretación de la intención de las partes de excluir la aplicación de la CV a su art. 8 el cual se ocupa de la interpretación de los contratos, en general, declaraciones y conductas de las partes. Ahora bien, seguidamente sustrae la interpretación de dicha intención a los métodos que recoge el art. 8 CV, al exigir un estándar cualificado. Esto es, el CISG-AC considera que dicha intención, "*(...) debe ser claramente manifiesta, ya sea en el momento de la perfección del contrato o en cualquier momento posterior*". Además, propone que este mismo estándar sea aplicado en las elecciones de ley aplicable realizadas dentro del procedimiento judicial de las que se ocupan las reglas 5 y 6.

Por su parte, la regla 4 también se desvía del régimen general del art. 8 CV, concretamente, de su art. 8.3, el cual establece que, para interpretar la voluntad de las partes, "*(...) deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular, las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes*". A este respecto, la regla 4 viene a limitar el rango de circunstancias que debe tener en cuenta el juzgador a la hora de establecer la intención de las partes de excluir la aplicación de la CV pues se fija exclusivamente en las cláusulas de elección de ley aplicable que estas hayan incluido en el contrato.

En efecto, la regla 4 sienta estándares objetivos (art. 8.2 CV) que deben aplicarse para confirmar que la intención de excluir la CV es "claramente manifiesta". Así, esta: "*a) cabe ser inferida, por ejemplo, de: i) la exclusión expresa de la CISG; ii) la elección del derecho de un Estado no contratante; iii) la elección específica de una ley o código nacional cuya aplicación hubiera sido expresamente excluida por la CISG*". En cambio, la intención, "*b) no cabe ser inferida simplemente de, por ejemplo: i) la elección del*

⁸⁹ Hasta la fecha, el CISG-AC ha publicado un total de 23 Opiniones y 2 Declaraciones.

derecho de un Estado Contratante; ii) la elección del derecho de una unidad territorial de un Estado Contratante”.

Por último, las reglas 5 y 6 se ocupan de las exclusiones de la CV durante el procedimiento judicial. En este sentido, la regla 5 también limita el rango de circunstancias que puede tener en cuenta el juez a la hora de interpretar la intención de los partes en litigio al establecer que, *“no cabe inferir la intención de excluir la CISG por el hecho de que una o ambas partes se abstengan de alegar o presentar argumentos basados en la CISG”*. Y ya la regla 6 cierra el régimen indicando que, *“No cabe recurrir a los principios de derecho doméstico en materia de renuncia para determinar si las partes han tenido la intención de excluir la CISG”*.

El CISG-AC justifica su estándar estricto y uniforme hacia las exclusiones de la CV vía elecciones de ley aplicable hechas por las partes de forma expresa y tácita, fuera y dentro del proceso judicial, porque promueve la eficiencia y la certeza, y hace predecible la aplicación de la CV. Además, es la posición que mantendría una doctrina mayoritaria y que sería consistente con la preocupación que trascendió durante la Conferencia Diplomática de que, *“el derecho uniforme se tornaría inefectivo si los tribunales eran poco exigentes al determinar la exclusión”*. En última instancia, el principio *in dubio pro conventione* serviría a todos estos propósitos⁹⁰.

El estándar es estricto porque las cláusulas de elección de ley aplicable por las que las partes eligen la ley de un Estado contratante o de una de sus unidades territoriales deben ser ineficaces para escapar a la aplicación de la CV. Y es uniforme, porque el mismo resultado debe alcanzarse durante el procedimiento judicial cuando las partes basan íntegramente sus escritos en la ley nacional. Sobre esto último, el CISG-AC argumenta que, *“El requisito de la intención clara de excluir la aplicación de la CISG puede darse por satisfecho si, de manera informada, los abogados presentan un acuerdo expreso destinado a excluir la aplicación de la CISG”*⁹¹.

5. Implicaciones de la estandarización del “opt-out” sobre el Roma I: algunas reflexiones

Son varias las cuestiones de la Opinión No. 16 que merecen ser analizadas, si bien aquí nos limitaremos a reflexionar acerca de sus implicaciones sobre el Roma I. A este respecto, lo primero que se dirá es que el CISG-AC muestra poca sensibilidad hacia la existencia de normas de conflicto uniformes que aplican, aproximadamente, una tercera parte de sus Estados contratantes, ya sea en virtud del CH1955, del CR o del RRI, al contrato de compraventa internacional de mercaderías. Y es que uno de los aspectos más relevantes que debe abordarse es, precisamente, la concurrencia normativa que se da entre el RRI y la CV en la regulación de los acuerdos de elección de ley aplicable.

⁹⁰ Ibid. párr. 3.5

⁹¹ Resaltado añadido. Ibid. párr. 5.21.

ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENNA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

En su Opinión No. 16, el CISG-AC afirma que, “La CISG controla la norma de conflicto cuando se trata de un contrato regulado *prima facie* por ella”⁹². No se está de acuerdo con esto, concretamente, cuando la norma de conflicto está en un convenio o Reglamento. La CV prevalece sobre el RRI para regir el contrato de compraventa internacional de mercaderías, y depende expresamente de las normas de conflicto del Roma I *ex arts.* 1.1.b) y 7.2 CV. Sin embargo, la CV no contiene ninguna norma de conflicto de leyes que permita a las partes elegir la ley aplicable al contrato. Es más, la unidad de base de la CV es el contrato de compraventa de mercaderías, no el acuerdo de ley aplicable, el cual es independiente del contrato principal (principio de separabilidad), con arreglo al art. 3.5 RRI. Luego, en la regulación de los acuerdo de elección de ley aplicable que afecten a un contrato regido por la CV, el RRI prevalece sobre la CV.

La prevalencia del RRI sobre la CV implica, de entrada, que el juez europeo está obligado a partir del art. 3 RRI para determinar qué ley han acordado las partes conforme a sus apartados 1 y 2, sin perjuicio de que las conexiones específicas previstas en los arts. 10 y 11 del RRI para la validez material y formal del acuerdo de ley aplicable, respectivamente, a las que se remite el art. 3.5 RRI, hagan aplicables la CV. En segundo lugar, el régimen de elección de la *lex contractus* de los apartados 1 y 2 es uniforme, de modo que no puede verse afectado por las “*black-letter rules*” de la Opinión No. 16 las cuales, en algunos puntos, son incompatibles con el sentido y fin de la libertad de elección que ha configurado el RRI.

La libertad de ley aplicable en el RRI no es un punto de conexión neutro, sino que está materialmente orientado a alcanzar los objetivos de previsibilidad y de seguridad jurídica del instrumento. Además, la amplia libertad que el art. 3 RRI confiere a las partes arranca de la premisa que estas son las mejor situadas para designar la ley aplicable al contrato, por lo que el juez debe proteger sus legítimas expectativas cuando están de acuerdo en la ley que debe regir su contrato. Desde estos esquemas, la CV, cuya naturaleza es dispositiva según su art. 6, es una ley más de la que las partes pueden disponer libremente, esto es, sin tener que dar explicaciones al juez de los motivos que justifican su elección o exclusión. Así, cuando el RRI autoriza a las partes a elegir cualquier ley, conectada o no con el contrato, es porque no requiere que dicha elección sea informada, a diferencia de lo que sucede en otros Reglamentos, por ejemplo, en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁹³. En el DIPr europeo en materia de familia, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes está limitada a leyes conectadas con la situación privada, porque se exige que la elección de ley sea informada⁹⁴. Por el contrario,

⁹² Ibid. párr. 2.3.

⁹³ Vid. el Reglamento (UE) n ° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343, de 29 de diciembre de 2010, <http://data.europa.eu/eli/reg/2010/1259/oj>

⁹⁴ Vid. los Cdos. 16 a 18, y el art. 5.3 del Reglamento sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, nota *supra*.

el art. 3 RRI parte de la premisa que los contratantes están capacitados para elegir la ley rectora de su contrato, conozcan o no su contenido⁹⁵.

Ciertamente, el art. 3 RRI exige del juez europeo que aplique la ley que claramente hayan elegido las partes, ya sea de forma expresa o tácita. Sin embargo, esta “claridad” se proyecta sobre la convicción que debe tener el juez acerca de la “existencia” de un acuerdo entre las partes sobre la ley elegida, no sobre la “forma” en que dicho acuerdo se manifieste. A este respecto, es preciso traer a colación la corriente mayoritaria que entiende que la remisión que hace la norma de conflicto del Roma I a la ley de un Estado se extiende a los convenios, como la CV, que estén vigor en dicho ordenamiento, siempre y cuando se cumplan sus condiciones de aplicación. Es decir, no se trata de que, en virtud del art. 1.1.b) CV, la CV sea aplicable al contrato cuando el Roma I designe la ley de un Estado contratante; sino de que la remisión que hacen las normas de conflicto del Roma I a la ley de un Estado no se detiene en las normas que en este regulan las obligaciones contractuales en situaciones domésticas. Dejando al margen la exclusión del reenvío que recoge el art. 20 RRI, si la *lex contractus* es la ley de un Estado parte de la CV, la remisión que hace la norma de conflicto del RRI – ya sea en virtud de su art. 3 o 4- a dicha ley alcanza a la CV, la cual será aplicada si se reúnen los requisitos de los arts. 1 a 3 y 100 CV. Esto significa que, si el contrato no cumple con el requisito de internacionalidad del art. 1 CV y la *lex contractus*, según el RRI, es la de un Estado contratante de la CV, la remisión que la norma de conflicto del Roma I haga a dicha ley no debe extenderse, en estas circunstancias, a la CV.

Ahora bien, cuando la ley elegida por las partes *ex art. 3 RRI* es la de un Estado contratante de la CV, defender que el juez debe aplicar la CV porque esta forma parte del ordenamiento de dicho Estado y se reúnen sus condiciones de aplicación puede ir en contra de lo que las partes hayan acordado y, por ende, del art. 3 RRI. En la medida en que el art. 6 CV no impone a las partes un “*opt-out*” expreso para escapar a su aplicación, una cláusula por la que las partes eligen la ley de un Estado contratante tampoco debe conducir automáticamente a un “*opt in*”. Para determinar si hay un acuerdo de ley aplicable, el art. 3 RRI exige que la ley elegida se manifieste expresamente o de forma inequívoca. Sin embargo, cuando las partes eligen la ley alemana, la suiza, la italiana o la catalana para regular un contrato sujeto a la CV, lo que puede ocurrir es que de esta elección “expresa” el juez no pueda establecer su intención de excluir la CV de “forma inequívoca”. Con todo, el art. 3 RRI no parece impedir que el juez europeo, para interpretar el término, *ad ex* “ley belga”, de su pacto de elección de ley incluido en el contrato de compraventa, tenga en cuenta la conducta procesal de las partes apuntando hacia una elección a favor de la ley nacional belga, con exclusión de la CV.

⁹⁵ Cfr. párrs. 5.17 y 5.21 de la Opinión No. 16, exigiendo, dentro del procedimiento judicial, que los abogados de las partes presenten un acuerdo expreso de exclusión de la CV en circunstancias en que estas han basado sus escritos de demanda y contestación íntegramente en la ley nacional, sin que ninguna de ellas alegue la CV o discuta su aplicación para resolver su controversia.

ESCAPAR A LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Por todo ello, el juez europeo que resuelve el litigio conforme a la ley nacional que las partes han acordado expresa o tácitamente, no entra en un supuesto de “*incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado*”⁹⁶ ya que, en aplicación del art. 3 RRI, habrá concluido que existe claramente un acuerdo entre las partes para que el litigio se resuelva conforme a dicha ley nacional y, conscientes o no, su intención que no se aplique ninguna otra ley, como es la CV. Es más, en la medida en que el estándar estricto y uniforme adoptado por el CISG-AC no permite que las partes elijan y cambien libremente, y en cualquier momento, la ley aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías en condiciones tan favorables como las que prevé el Roma I, no debe ser seguido por el juez europeo ya que el Roma I prevalece sobre la CV en la reglamentación de los acuerdos de ley aplicable.

6. Bibliografía citada

Calvo Carvaca, A-L., Carrascosa González, J. (dirs.), *Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Leyva Saaverdra, J., Perales Viscasillas, P., “La formación del contrato en la Convención de Viena de 1980”, *Revista Derecho PUCP*, núm. 53, 2000, pp. 863-904.

Schwenzer, I., Hachem, P., “The CISG Successes and Pitfalls”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, No. 2 (Spring 2009), pp. 457-478.

Spagnolo, L., “A glimpse through the kaleidoscope: choices of law and the CISG (Part I)”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, Vol.13, 2009, pp. 135-156.

⁹⁶ Cfr. párr. 6.1.de la Opinión No. 16.

ARTÍCULOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**¿HASTA QUÉ PUNTO EXISTE UN CONSENSO
TRANSREGIONAL ENTRE EL TEDH Y LA
CORTE IDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A
UN MEDIO AMBIENTE SANO? UN DIÁLOGO
ENTRE ESTRASBURGO Y SAN JOSÉ**



*Diego Bravo
Rivasplata (3º GDL)*

Introducción

Tras la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional experimentó una profunda transformación estructural con la regulación formal de los derechos humanos (“DDHH”)⁹⁷, materializada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (“DUDH”) cuya adopción impulsó, en distintas regiones, el surgimiento de normas convencionales que codificaron los derechos allí reconocidos⁹⁸. En Europa, ello se concretó con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“CEDH”) en 1950. Mientras que en América se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH” o el “Pacto de San José”) en 1969, además del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el “Protocolo de San Salvador”) y la Carta de la Organización de Estados Americanos (Carta OEA) en 1948. Así, estos tratados responden a una doble finalidad: (i) integrar en la legislación interna de los Estados un catálogo común de derechos, y (ii) la creación de mecanismos jurisdiccionales regionales de protección de DDHH orientados a garantizar su efectividad⁹⁹.

Estos tratados no reconocieron inicialmente, de manera expresa, el DH a un medio ambiente sano; en su lugar, la comunidad internacional abordó la cuestión desde la gobernanza y la planificación ambiental¹⁰⁰. Este enfoque se plasmó en instrumentos jurídicos no vinculantes, como las declaraciones adoptadas tras las conferencias internacionales celebradas en Estocolmo (1972) y en Río de Janeiro (1992). Sus declaraciones establecieron que la protección ambiental constituía un interés común de los Estados, así como el reconocimiento global del medio ambiente como un principio

⁹⁷ Wuerth, I. (2017, diciembre 21). *International law in the post-human rights era*. TexasLaw Review. <https://texaslawreview.org/international-law-post-human-rights-era/>

⁹⁸ Weiler, J. H. H. (s/f). *The Joseph and Gwendolyn Straus institute for the advanced study of law & justice*. Nyu.edu. Recuperado el 12 de febrero de 2026, de <https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/Cartabia.pdf> pg 7

⁹⁹ Luis García, E. (2018). El medio ambiente sano: La consolidación de un derecho. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (25), 550-569.

¹⁰⁰ Revista interdisciplinar de gestión ambiental, ISSN 1575-1317, Año 6, N°. 61, 2004 (Ejemplar dedicado a: La evolución reciente de la legislación ambiental en América), págs. 25-41

orientador de la acción y cooperación internacional en esta materia¹⁰¹. Aunque su protección se articuló inicialmente mediante principios programáticos, estos influyeron posteriormente en el desarrollo jurisprudencial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (“SIDH”) y del Sistema Europeo de Derechos Humanos (“SEDH”)¹⁰². En cuanto a África, el referido sistema de protección aún debe definir, mediante una opinión consultiva (“OC”) pendiente, el alcance de las obligaciones estatales en materia de cambio climático y derechos humanos¹⁰³. Asimismo, pese a permanecer en gran medida en el ámbito del *soft law*, varios de estos estándares recogidos en las declaraciones, contribuyeron progresivamente a la formación de normas consuetudinarias internacionales mediante la práctica estatal y su aceptación como derecho, tal y como ha reconocido el Tribunal Internacional de Justicia (“TIJ”).

En este contexto, los tribunales regionales, el TEDH y la Corte IDH, asumieron un papel garantista al desarrollar el contenido de las obligaciones dirigidas a los Estados en favor de los individuos¹⁰⁴. No obstante, pese a compartir la matriz consuetudinaria occidental, el derecho humano a un medio ambiente sano se ha manifestado bajo un ritmo distinto en el SEDH y el SIDH. Mientras el primero mantiene una interpretación predominantemente individual y antropocéntrica, el segundo ha incorporado con mayor claridad dimensiones colectivas e intergeneracionales.

A partir de lo anterior, este trabajo responde a la siguiente pregunta de investigación: ¿Hasta qué punto está emergiendo un consenso transregional entre el TEDH y la Corte IDH respecto al reconocimiento de un derecho humano a un medio ambiente sano? Para ello, el estudio se divide en tres secciones. El primero examina la evolución jurisprudencial y las particularidades de cada uno de los sistemas regionales objeto de estudio, comenzando por el SIDH y luego el SEDH. El segundo, presenta un análisis comparado a partir de criterios relativos al contenido del derecho, su ámbito de aplicación y sus límites jurisprudenciales. Finalmente, el tercero formula, a partir del contraste de los criterios analizados en la sección anterior, una respuesta a la pregunta de investigación.

¹⁰¹ Philippe Sands, Jacqueline Peel, Adriana Fabra y Ruth MacKenzie, *Principles of International Environmental Law*, 3.^a ed. (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2012). p31

¹⁰² Ibid “Aunque no es vinculante, algunas disposiciones reflejan normas de derecho consuetudinario, otras reflejan normas emergentes y otras ofrecen orientación sobre futuros desarrollos jurídicos. Varios Principios, por ejemplo, los relativos a la precaución, han sido citados con frecuencia por tribunales nacionales e internacionales”.

¹⁰³ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Solicitud de Opinión Consultiva No. 001/2025*

¹⁰⁴ Weiler, J. H. H. (s/f). *The Joseph and Gwendolyn Straus institute for the advanced study of law & justice*. Nyu.edu. Recuperado el 12 de febrero de 2026, de <https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/Cartabia.pdf> pg 7

¿HASTA QUÉ PUNTO EXISTE UN CONSENSO TRANSREGIONAL ENTRE EL TEDH Y LA CORTE IDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO?

I. El SIDH y la construcción del medio ambiente como derecho humano

a. Marco Normativo

El derecho a un medio ambiente sano no se encontraba originalmente recogido en la CADH y sólo fue incorporado como un derecho autónomo en 1988 a través del artículo 11 del Protocolo de San Salvador¹⁰⁵. Sin embargo, el artículo 19.6 del citado Protocolo restringe su justiciabilidad directa al someterlo a mecanismos de supervisión progresiva y no contenciosa, lo que limitó inicialmente su exigibilidad en sede jurisdiccional y redujo el alcance efectivo del Protocolo¹⁰⁶. En consecuencia, como evidencia la evolución jurisprudencial del SIDH, las reclamaciones vinculadas a la protección ambiental debieron canalizarse indirectamente a través de otros derechos consagrados en la CADH (Derecho a la Propiedad)¹⁰⁷.

En este contexto, ha adquirido relevancia el artículo 26 de la CADH como fundamento normativo para la protección de un medio ambiente sano¹⁰⁸. Aunque la disposición no reconoce expresamente un “derecho al medio ambiente sano”, el referido precepto estipula como ámbito de protección los “*derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura*” (“DESC”) lo que incluye, de manera implícita, el derecho al medio ambiente sano. Es así que la Corte IDH, en conexión con los principios contenidos en la Carta de la OEA, ha interpretado que dentro del contenido del artículo 26 de la CADH pueden integrarse obligaciones estatales vinculadas a la protección ambiental. Aunque esta construcción interpretativa resulta significativa, generó un debate doctrinal en torno a su naturaleza jurídica¹⁰⁹. Mientras una parte de la doctrina lo concibe como una cláusula programática orientada a la formulación de políticas públicas, otra corriente sostiene que se trata de una norma operativa capaz de generar obligaciones jurídicas susceptibles de control jurisdiccional¹¹⁰.

En este sentido, el análisis del artículo 26 de la CADH requiere una doble aproximación: por un lado, la determinación de su contenido material exige remitirse a la Carta de la OEA; por otro, la identificación del alcance de las obligaciones estatales que derivan de este precepto precisa de un análisis sobre los límites para su invocación.

En cuanto a la dimensión material del artículo 26, la interpretación debe orientarse a

¹⁰⁵ Protocolo de San Salvador, art. 11, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).

¹⁰⁶ Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 3-25 ISSN 2253-6655 La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la protección de los defensores ambientales

¹⁰⁷ Cuadrado, Gabriela (2009) "El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en el derecho internacional y en Costa Rica". Revista Cejil, 5, 110 - 119

¹⁰⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 1969, art. 26.

¹⁰⁹ Rossi, J., & Abramovich, V. (2007). La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(SPE), 34-53.

¹¹⁰ Ibid

identificar cuáles son los derechos implícitos en las normas de la Carta de la OEA que lo respaldan. Con ello, determinar si se considera el derecho a un medio ambiente sano como parte de los derechos sociales que se abordan en el referido precepto¹¹¹. En este sentido, la Carta de la OEA debe leerse de acuerdo con la noción de desarrollo integral, entendida como la mejora sostenida de las condiciones económicas y sociales de la población, orientada al bienestar y a una vida digna. Esto supone que la protección del medio ambiente se convierte en un presupuesto necesario para la realización de dichos objetivos contenidos en la Carta, en la medida en que el deterioro ambiental incide directamente en la salud, los medios de subsistencia y la calidad de vida de las personas. Todo ello permite inferir la existencia de obligaciones estatales orientadas a garantizar condiciones ambientales compatibles con el ejercicio efectivo de los derechos económicos y sociales.

Por otro lado, la obligación de desarrollo progresivo prevista en el artículo 26 de la CADH implica que los Estados deben avanzar gradualmente en la realización de los DESC. Esta obligación no excluye la existencia de deberes inmediatos para el Estado respecto de su población; tales como la adopción de medidas orientadas a garantizar su ejercicio y la prohibición de retrocesos injustificados en los niveles de protección alcanzados¹¹². El artículo 26 de la CADH, al referirse al avance progresivo para garantizar los DESC, configura un principio de no regresividad susceptible de control jurisdiccional. Es así que el referido precepto impone al Estado una obligación directa de adoptar acciones. Este carácter operativo del artículo 26 constituye el principal punto de apoyo normativo para el posterior desarrollo jurisprudencial del derecho a un medio ambiente sano en el SIDH.

b. Metodología de la Corte:

A partir del marco normativo antes explicado, el análisis jurídico aborda la metodología interpretativa de la Corte IDH para dotar de contenido y eficacia al artículo 26 de la CADH. Los criterios interpretativos que la Corte IDH ha empleado, y que se explicarán en el presente subepígrafe, son tres: (i) la regla general de interpretación del Derecho de los Tratados (artículo 31 de la Convención de Viena¹¹³ sobre el Derecho de los Tratados), (ii) el criterio evolutivo, y (iii) el criterio pro homine¹¹⁴.

En su desarrollo jurisprudencial, la Corte IDH recurre a una técnica interpretativa que integra y trasciende las reglas establecidas en la Convención de Viena en sus artículos

¹¹¹ Ibid

¹¹² Corte IDH, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A No. 23

¹¹³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969): tratado internacional que establece las reglas generales para la celebración, interpretación y aplicación de los tratados entre Estados.

¹¹⁴ Benavides-Casals, María Angélica, *El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 27 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 141-166 (2015). http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-81562015000200005&script=sci_arttext

¿HASTA QUÉ PUNTO EXISTE UN CONSENSO TRANSREGIONAL ENTRE EL TEDH Y LA CORTE IDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO?

31(3)(c) y (2)(b)¹¹⁵. Ello se explica en el recurso que hace la Corte IDH al “*Corpus Iuris Internacional*”, por el cual se integra la jurisprudencia de los Sistemas Regionales de Protección de DDHH como tratados anteriores y posteriores¹¹⁶. De este modo, la Corte IDH se nutre de nuevos estándares, como el principio “intergeneracional” derivado de la Declaración de Principios de la Conferencia de Estocolmo e interiorizado en su jurisprudencia. En consecuencia, el empleo de las referidas reglas de interpretación, leídas conjuntamente con el “*Corpus Iuris Internacional*”, amplía el alcance del derecho a un medio ambiente sano, para no sólo proteger a la generación presente frente a los efectos del daño ambiental actual sino también a las generaciones futuras. Con ello, el SIDH evidencia una temprana progresión en beneficio de los derechos humanos y demuestra una preocupación guiada en prevenir los efectos negativos derivados de las problemáticas ambientales

En cuanto al principio pro homine, su base interpretativa parte en función del objeto y el propósito del CADH. Cabe señalar que su objeto no es regular las relaciones interestatales, sino conferir derechos a los individuos que deben ser garantizados y respetados por el poder estatal¹¹⁷. Por tanto, la protección de la persona se refuerza en la medida en que la interpretación de las normas se guía por el principio pro homine. Así, ante la concurrencia de distintas disposiciones o interpretaciones aplicables de una norma recogida por la CADH o por el Protocolo, el intérprete debe optar por aquella que resulte más favorable para el goce y ejercicio efectivo de los DDHH¹¹⁸.

Por último, la interpretación evolutiva presupone que el CADH es un instrumento vivo que debe interpretarse observando las condiciones actuales¹¹⁹. Esto quiere decir, que el intérprete debe tener en cuenta los cambios que tienen lugar en los sistemas legislativos de sus Estados partes y, en general, atender a los desarrollos sociales experimentados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (“DIDH”)¹²⁰. En este contexto, el recurso a esta técnica ha permitido incorporar progresivamente nuevas preocupaciones jurídicas, entre ellas, el principio de “intergeneracionalidad” que supone la necesidad de considerar los impactos ambientales que pueden proyectarse no sólo sobre las generaciones presentes, sino también sobre las futuras¹²¹. Este criterio empleado por la Corte IDH se respalda no sólo en su propia

¹¹⁵ Burgorgue-Larsen, Laurence. (2014). EL CONTEXTO, LAS TÉCNICAS Y LAS CONSECUENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Estudios constitucionales*, 12(1), 105-162. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100004>

¹¹⁶ Ibid

¹¹⁷ César Sepúlveda, *Derecho internacional*, 11ª ed. (México: Editorial Porrúa, 1980),

¹¹⁸ Nogueira Alcalá, H. (2014). El principio o postulado pro homine o favor persona como estándar en materia de derechos humanos (Parte III). *Revista do Curso de Direito – UFMA*, 4(7), 121–146. (123)

¹¹⁹ *Tyrer v. United Kingdom*, sentencia de 25 de abril de 1978, Serie A n.º 26, § 31; *Marckx v. Belgium*, sentencia de 13 de junio de 1979, Serie A n.º 31, § 41; y Corte IDH, *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, Serie A n.º 16, párr. 114.

¹²⁰ Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos . (2014). *Revista Española De Derecho Internacional*, 66(2), 113-153. <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/833>

¹²¹ Corte IDH, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A No. 23

jurisprudencia, sino también en instrumentos adoptados por otros organismos multilaterales en materia ambiental cuyos postulados reconocen la necesidad de una protección más amplia¹²².

c. Evolución Jurisprudencial:

i. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

El caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* confirma el mecanismo indirecto utilizado inicialmente para la protección ambiental en el SIDH. Este caso consiste en la denuncia de una comunidad indígena frente al Estado por haber otorgado concesiones de explotación forestal en territorios tradicionalmente ocupados sin su consentimiento, afectando así a diversos derechos protegidos por la CADH¹²³. En su sentencia, la Corte IDH reconoce la existencia de una propiedad colectiva indígena partiendo de una interpretación evolutiva, al reconocer la importancia intergeneracional de los recursos materiales y el uso específico que significa para la comunidad Mayagana “conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres características y creencias”¹²⁴. Con esto, es evidente la protección de la Corte IDH al derecho específico a la propiedad del artículo 21. Sin embargo, es también de especial relevancia identificar la imprescindibilidad de la tutela ambiental, que si bien no es reclamada, es consecuencia de la protección territorial colectiva. Es decir, el resguardo que confiere la Corte IDH incluye también, como resultado, la protección del entorno ambiental, pese al no reconocimiento expreso de un derecho al medio ambiente sano.

En este contexto, y como se evidencia en el caso *Awas Tingni*, la aplicación del principio *pro homine* cobra especial relevancia debido a la situación de vulnerabilidad frente a daños ambientales en la que se encuentran los pueblos indígenas y las comunidades rurales cuyos modos de vida dependen directamente de la integridad de su territorio. En estos supuestos, la afectación ambiental resulta multidimensional, pues compromete no sólo las condiciones materiales de subsistencia, sino también elementos culturales y comunitarios esenciales para la supervivencia colectiva¹²⁵. Ante esta realidad, la Corte IDH ha intensificado el uso del principio *pro homine* para priorizar el uso de una interpretación en la resolución de sus casos por la que se asegure una protección más efectiva de estas poblaciones frente a actividades estatales o privadas que puedan o hayan afectado su entorno. En consecuencia, la jurisprudencia interamericana evidencia una progresión temprana en la integración de la dimensión ambiental dentro de la protección

¹²² Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, 1972.

¹²³ Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79,

¹²⁴ *Ibid*, parr 149

¹²⁵ *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* 2009

¿HASTA QUÉ PUNTO EXISTE UN CONSENSO TRANSREGIONAL ENTRE EL TEDH Y LA CORTE IDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO?

de los derechos humanos, en particular los DESC.

ii. *Opinión Consultiva OC-23/17*

Sin embargo, en 2017 la Corte IDH reconoció expresamente el derecho a un medio ambiente sano como un derecho. En la OC-23/17, la Corte IDH declaró tres estándares que conforman el SIDH. En primer lugar, reconoció la necesidad de protección del medio ambiente para la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los DDHH. La Corte así establece que no sólo el Protocolo incorpora la protección ambiental, sino que también el artículo 26 de la CADH lo incluye por derivación de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA¹²⁶.

A partir de este reconocimiento, la Corte desarrolla, en segundo lugar, las obligaciones concretas que corresponden a los Estados frente a los daños ambientales que puedan afectar el ejercicio de los DDHH. Como punto de partida se toma el ámbito de protección de los derechos a la vida y la integridad personal, indicando que la protección del medio ambiente constituye una condición necesaria para una vida digna, así como para la salud, el acceso al agua y la alimentación, pues la degradación ambiental puede comprometer los valores antes citados. En este sentido, la Corte precisó el alcance de las obligaciones estatales: (i) los Estados deben adoptar medidas de prevención antes de que se produzca un posible daño; (ii) los Estados deben regular y supervisar actividades que puedan generar daños significativos; (iii) los Estados deben aplicar el principio de precaución en la regulación incluso ante incertidumbre científica; así como (iv) el deber de cooperar con otros Estados frente a riesgos transfronterizos y asegurar garantías procedimentales como el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental¹²⁷

Por otro lado, la Corte IDH incorpora una dimensión intergeneracional mediante una interpretación evolutiva conforme al Derecho de los Tratados. A través de esta dimensión, se señala que la protección del medio ambiente posee una dimensión colectiva que constituye un interés prospectivo, dado que abarca tanto a las generaciones presentes como a las futuras. De esta forma, se exige a los Estados adoptar medidas destinadas a preservar las condiciones ambientales necesarias para el ejercicio de los derechos humanos de forma progresiva. Particularmente, la dimensión intergeneracional refleja también la influencia de principios previamente afirmados en instrumentos de *soft law*,

¹²⁶ En este sentido, los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta establecen una obligación a los Estados para alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos. El “desarrollo integral” ha sido definido por la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la OEA (SEDI) como “el nombre general dado a una serie de políticas que trabajan conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible”. Como se mencionó previamente, una de las dimensiones del desarrollo sostenible es precisamente el ámbito ambiental (*supra* párrs. 52 y 53). *Cfr.* Carta de la Organización de Estados Americanos, entrada en vigor 13 de diciembre de 1951, arts. 30, 31, 33 y 34.

¹²⁷ Corte IDH, OC-23/17

como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, cuyos postulados reconocen también la protección a generaciones presentes como de las futuras¹²⁸.

iii. *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs Argentina*

En 2020, la Corte IDH aplicó directamente el artículo 26 de la CADH, materializando la evolución del razonamiento fijado en la OC-23/17 hacia su aplicación concreta: el reconocimiento expreso de un medio ambiente sano como derecho autónomo exigible en sede contenciosa del SIDH. Así pues, la sentencia confirma que este derecho no es meramente declarativo, sino que puede generar la responsabilidad internacional del Estado cuando su afectación compromete el ejercicio de otros derechos protegidos por la Convención, como los DESC.

Asimismo, la resolución judicial reconoce el carácter colectivo del derecho al medio ambiente, especialmente en relación con los pueblos indígenas, tras considerar que la degradación ambiental impacta directamente en otros valores como el territorio ancestral, la identidad cultural y la vida comunitaria de las poblaciones afectadas¹²⁹. De este modo, la Corte declara que la vulneración de estos derechos no requiere necesariamente acreditar un daño individualizado, sino que puede existir a partir de afectaciones estructurales al entorno físico del cual dependen las comunidades para subsistir. Por ello, la Corte ordenó al Estado adoptar medidas estructurales orientadas a garantizar la protección más amplia posible de los derechos afectados. Las reparaciones —entre ellas, la titulación territorial, el resguardo de los recursos naturales y la reparación de las afectaciones sufridas— evidencian así una concepción prospectiva del daño ambiental, orientada no sólo a reparar las afectaciones pasadas, sino también a asegurar la protección futura del derecho reconocido.

Conclusión:

En conjunto, esta evolución jurisprudencial evidencia el tránsito desde una protección indirecta del medio ambiente, inicialmente vinculada a derechos como la propiedad colectiva y la supervivencia cultural, hacia su reconocimiento como un derecho exigible en sede contenciosa dentro del sistema interamericano, consolidando progresivamente la incorporación de la dimensión ambiental en la protección de los DDHH.

¹²⁸ Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, 1972.

¹²⁹ Corte IDH. Caso **Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat** (Nuestra Tierra) **Vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

II. El SEDH y la protección ambiental a través de los derechos humanos DF

a. Marco normativo

A diferencia de la CADH, el CEDH no incorpora una remisión explícita a un derecho autónomo sobre un medio ambiente sano¹³⁰. No obstante, la ausencia de dicho reconocimiento no es un impedimento para la protección del medio ambiente en relación con el disfrute de los demás derechos protegidos por el SEDH. El TEDH actúa para conceder amparo cuando existe una violación y existiese un vínculo directo entre la degradación ambiental¹³¹ con alguno de los derechos consagrados en el CEDH. De esta forma, en términos similares a las obligaciones existentes en el SIDH, en el SEDH la protección puede activarse cuando el daño ya se ha producido, así como cuando existe un riesgo real de que este llegue a materializarse¹³². En este contexto, la jurisprudencia del TEDH (en sentencias dictadas en asuntos como *López Ostra v. España*, *Fadeyeva v. Rusia* y *KlimaSeniorinnen v. Suiza*) ha ejercido una protección ambiental basándose predominantemente en los derechos recogidos en los artículos 2 y 8 del CEDH¹³³.

El artículo 8 de la CEDH recoge el derecho al respeto a la vida privada y familiar. En relación con el presente derecho, adquiere especial consideración la amplia interpretación del contenido material del artículo 8. Esto se debe a que el concepto de domicilio no se concibe sólo como un derecho a un espacio físico, sino también como el derecho a disfrutar en tranquilidad de dicho espacio¹³⁴. De este modo, la interpretación del artículo 8 amplía las obligaciones estatales en una doble vertiente. Por un lado, prohibiendo las intrusiones materiales, por individuos; y, por otro, la protección frente a injerencias inmateriales, tales como ruidos, emisiones contaminantes u otras formas de polución¹³⁵. Por tanto, cuando las referidas intrusiones supongan un impedimento para el normal disfrute del hogar, así como de la vida familiar y privada cabría argumentar la existencia de una vulneración del artículo 8 del CEDH. El referido precepto incorpora también obligaciones positivas del Estado, por las cuales se exige la adopción de las medidas necesarias para asegurar el respeto de la vida privada, familiar y del domicilio. En consecuencia, la responsabilidad estatal puede derivarse tanto de actuaciones directas de las autoridades públicas que generen la afectación, así como de omisiones cuando el

¹³⁰ En el asunto *Hatton y otros c. Reino Unido* el TEDH sostiene que “There is no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, but where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8”. STEDH “*Hatton y otros c. Reino Unido*”, del 8 de julio de 2003, párr. 96.

¹³¹ Jorge Viñuales, «La protección ambiental en el Derecho Consuetudinario Internacional», *Revista Española de Derecho Internacional* 69, n.º 2 (2017): 71 y 77.

¹³² Véase Fernández Egea, «La protección del medio ambiente», 181; y STEDH “*Hardy y Maile c. Reino Unido*”, del 14 de febrero de 2012, párr. 250.

¹³³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), 1950, arts. 2 y 8.

¹³⁴ TEDH, *Hatton y otros c. Reino Unido*, sentencia de 8 de julio de 2003, párr. 96, y TEDH, *Brândușe c. Rumanía*, sentencia de 7 de abril de 2009.

¹³⁵ V., por ejemplo, el pronunciamiento del TEDH de 2004 en el as. *Moreno Gómez c. España*, en relación con el ruido procedente de bares nocturnos.

Estado permite o no evita el desarrollo de actividades que perjudiquen la salud o el bienestar de las personas¹³⁶. De acuerdo con Clemente Oliveira Do Prado (2013, pp 3023 y ss): “*Se trata del gran protagonista y sobre el que ha recaído la mayor parte de la tarea de “enverdecer” o “ecologizar” el CEDH por parte del TEDH*”¹³⁷.

Por otro lado, el artículo 2 de la CEDH protege específicamente a la vida¹³⁸. De ello se desprende una estrecha conexión con el medio ambiente, en la medida que un medio ambiente sano puede ser determinante para disfrutar de una vida saludable y de calidad¹³⁹. Sin embargo, el TEDH admite su invocación sólo cuando el daño ambiental conlleva un riesgo grave para la salud y la vida de las personas, y de forma más evidente, cuando ha existido un resultado de muerte¹⁴⁰. Es así que pueden presentarse dos escenarios distintos, dado que las obligaciones estatales varían en función de si el riesgo para la vida (i) es potencial, o (ii) si el daño ya se ha materializado. Por lo que ante un riesgo grave para la vida, los Estados deben poseer un marco normativo adecuado, informar a la población sobre la existencia del riesgo y adoptar medidas para prevenir su materialización. Por el contrario, cuando el daño ya se ha producido, el Estado debe garantizar la existencia de mecanismos de reparación y un sistema judicial eficaz para la investigación¹⁴¹.

De este modo, los artículos 8 y 2 del CEDH no se activan indistintamente. Mientras que el artículo 8 es de aplicación cuando la contaminación ambiental puede afectar al bienestar de las personas, al disfrute de su domicilio y vida privada¹⁴². El artículo 2 servirá cuando se generen riesgos de serio peligro para la salud y vida de las personas.

b. Metodología del Tribunal

Una vez identificado el derecho potencialmente afectado, el Tribunal aplica una metodología destinada a determinar la existencia de una vulneración del CEDH, la cual se articula principalmente en torno a: a) la exigencia de un umbral mínimo de gravedad

¹³⁶ Fernández Egea, R. M. (2015). La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales. *Revista Jurídica: Universidad Autónoma de Madrid*: 31, I, 2015, 163-204.

¹³⁷ R. Clemente Oliveira do Prado, “Derecho a la salud y su relación con el derecho al medio ambiente: la materialización del derecho a un medio ambiente sano a través de la actuación del sistema europeo de protección de los derechos humanos”

¹³⁸ Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), art. 2

¹³⁹ V. VELASCO CABALLERO, F., “La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Revista española de derecho constitucional*, 1995, vol. 45, p. 324).

¹⁴⁰ A modo de ejemplo, STEDH de 2004, as. Önerildiz v. Turquía relativa a la explosión de un vertedero de titularidad pública, resultando el fallecimiento de 39 personas que habían construido sus viviendas alrededor, de manera ilegal. El Estado fue considerado responsable, máxime cuando dos años antes del accidente había tenido lugar otra explosión de metano y el Estado no había adoptado ningún tipo de medida preventiva. Igualmente cabe citar la STEDH de 2008, as. *Budayeva y otros c. Rusia*, en relación con una avalancha de barro después de días con fuertes lluvias, muriendo numerosas personas (se considera vulnerado)

¹⁴¹ *Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 550-56

¹⁴² *Cas. Dzemyuk c. Ucrania* de 2014 (par. 88).

¿HASTA QUÉ PUNTO EXISTE UN CONSENSO TRANSREGIONAL ENTRE EL TEDH Y LA CORTE IDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO?

del daño y b) el reconocimiento de un margen de apreciación estatal. Empleando un examen escalonado destinado a evaluar si las autoridades adoptaron medidas razonables para proteger los derechos afectados¹⁴³.

i. Examen Escalonado del TEDH

A juicio de Brage Camazano, el examen escalonado constituye una técnica que aporta mayor claridad, transparencia metodológica y sustantiva, así como una mayor seguridad jurídica. Su carácter progresivo explica la denominación de análisis escalonado, pues el examen sólo avanza cuando se supera cada etapa previa¹⁴⁴. El Tribunal analiza, en primer lugar, si el caso se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho alegado; posteriormente, si ha existido una injerencia en dicho derecho; y, finalmente, si dicha injerencia puede considerarse legítima y proporcional conforme al Convenio.

ii. Umbral de gravedad

El primer criterio que emplea el TEDH es el umbral de gravedad. En este el daño ambiental debe alcanzar cierto grado intensidad para afectar de forma seria a la convención¹⁴⁵. En este sentido, para demostrar que la presunta perturbación ambiental es lo suficientemente grave para transgredir el CEDH se debe acudir a las circunstancias particulares del caso. El TEDH considera elementos como la intensidad y duración de la perturbación, los efectos físicos o mentales en la salud o la calidad de vida y el contexto ambiental general¹⁴⁶. Por consiguiente, la variación de “mínimos” resulta en que no todos los casos llevados ante la corte pueden ser aceptados. La falta de un estándar uniforme genera que las reclamaciones basadas en niveles de contaminación insignificantes en la vida urbana contemporánea no cubran el umbral del artículo 8. A su vez, esto podría explicar porque en la jurisprudencia europea, la invocación del artículo 2 es poca o rara vez utilizada en materia ambiental, dado que su empleo requeriría afección extrema o muerte, como indicado en el marco normativo.

iii. Margen de apreciación estatal

El segundo criterio se refiere a la obligación positiva que tienen los Estados de adoptar medidas destinadas a proteger los derechos garantizados por el CEDH, ámbito en el cual gozan de un amplio margen de apreciación, especialmente en materias sociales y técnicas

¹⁴³ European Court of Human Rights. (2025). *Guide on case-law of the Convention – Environment*. Council of Europe. https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_environment_eng

¹⁴⁴ *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, núm. 74, mayo-agosto (2005), págs. 111-138

¹⁴⁵ Pernas García, J. J. (2022). Compra pública verde y circular: el largo y lento camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica. *Cuadernos Económicos de ICE* (95).

¹⁴⁶ European Court of Human Rights. (2025). *Guide on case-law of the Convention – Environment*. Council of Europe. https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_environment_eng

complejas. Ello implica que, aun cuando el Estado no adopte una medida específica prevista en su derecho interno, puede cumplir sus obligaciones mediante otros medios adecuados. Desde esta perspectiva, el TEDH no sustituye a las autoridades nacionales, sino que examina si el Estado adoptó medidas razonables y proporcionadas frente a riesgos ambientales conocidos. En consecuencia, el Tribunal evita imponer cargas desproporcionadas, limitándose a verificar que las decisiones estatales no resulten arbitrarias ni insuficientes para garantizar la protección efectiva de los derechos afectados, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso y del contexto nacional¹⁴⁷.

De este modo, ambos, el criterio del umbral de gravedad y el margen de apreciación estatal sirven como filtro previo a la actuación del TEDH en virtud del principio de precaución. “mientras que la precaución exige que se actúa en una fase más temprana en la que los potenciales efectos son todavía inciertos, pero siempre que se alcancen ciertos umbrales de gravedad y probabilidad del daño”¹⁴⁸ De este modo, al igual que el SIDH, los principios del derecho internacional son adoptados también por el SEDH, cobrando especial relevancia el principio precautorio o deprecaución reconocido en el artículo 15 de la Declaración de Río y trasladado al artículo 3.3 de la Convención, cuyo propósito principal es el de “prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos”¹⁴⁹.

c. Evolución Jurisprudencial

i. *López Ostra v. España*

En el asunto *López Ostra c. España* (1994), el TEDH determinó que la contaminación producida por una planta de tratamiento de residuos vulnera el derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar¹⁵⁰. Con su sentencia, el Tribunal reconoce que la contaminación ambiental puede vulnerar derechos protegidos aun cuando no exista un peligro directo para la vida. Asimismo, concluyó que la intensidad y duración de la perturbación superaban el umbral mínimo de gravedad exigido y constató la falta de medidas suficientes de tutela. No obstante, la superación de dicho umbral no implica necesariamente la activación del artículo 2 del Convenio, reservado a situaciones en las que la contaminación genere un riesgo real e inmediato para la vida o haya producido un resultado letal. Así, el artículo 8 se consolida como el principal fundamento normativo para exigir una protección ambiental indirecta dentro del sistema europeo.

¹⁴⁷ Ibid

¹⁴⁸ Véase Jaeckel, A. L. “The Precautionary Principle in International Law, op. cit., p. 35.

¹⁴⁹ López, I. G. (2023). *La protección de los derechos humanos a través de la justicia climática: fundamento y perspectiva internacional de un nuevo paradigma* (Trabajo Fin de Máster). Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstreams/ade5ada4-a346-4bde-b6c0-4404704918af/download>

¹⁵⁰ STTEDH *López Ostra c. España*, del 9 de diciembre de 1993

¿HASTA QUÉ PUNTO EXISTE UN CONSENSO TRANSREGIONAL ENTRE EL TEDH Y LA CORTE IDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO?

ii. *Fadeyeva v. Rusia 2005*

Posteriormente, en *Fadeyeva c. Rusia*, el TEDH examinó la exposición prolongada de la demandante a las emisiones contaminantes de una planta siderúrgica cercana, constatando que los niveles de sustancias tóxicas superaban regularmente los límites permitidos y generaban un riesgo para la salud y el bienestar, deteriorando su calidad de vida aun sin prueba médica concluyente de causalidad directa. A partir de ello, el TEDH refuerza el principio de “precaución” siendo “la superación del umbral” criterio suficiente para actuar. Ello marca la flexibilidad del SEDH guiado en la precaución incluso y no en una evidencia material científica.

iii. *KlimaSeniorinnen v. Suiza 2024*

Finalmente, en el asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza* (2024), el TEDH examinó por primera vez la responsabilidad estatal frente a los efectos del cambio climático en el disfrute de los derechos del Convenio, concluyendo que Suiza no había adoptado ni aplicado de forma oportuna y coherente un marco normativo eficaz para reducir las emisiones, dejando vacíos regulatorios y objetivos insuficientemente definidos¹⁵¹. En consecuencia, el Tribunal consideró que el Estado había excedido su margen de apreciación y no cumplió con sus obligaciones positivas de protección frente a riesgos ambientales previsibles, declarando la vulneración del artículo 8 del Convenio. Este fallo amplía la tutela ambiental dentro del SEDH al reconocer que la inacción o insuficiencia de las políticas climáticas puede comprometer el disfrute efectivo de la vida privada y las condiciones de vida de las personas.

Conclusión:

En síntesis, el SEDH evidencia una flexibilidad notoria en cuanto a los criterios metodológicos, pero también a la respuesta que da a nuevas amenazas medioambientales, transformándolo en un sistema adaptativo y dinámico.

III. Discusión

Ambos sistemas revelan diferencias en su configuración normativa en materia ambiental, pero también la existencia de un diálogo judicial progresivo que ha generado una convergencia paulatina en la tutela de las personas frente al daño ambiental. Más que una competencia entre sistemas regionales, la evolución jurisprudencial demuestra que ambos tribunales avanzan, por vías distintas, hacia estándares comunes de protección de los derechos humanos frente a riesgos ambientales.

¹⁵¹ European Court of Human Rights. (2025). *Guide on case-law of the Convention–Environment*. Council of Europe. https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_environment_eng

El examen comparado emplea criterios relativos al contenido de la tutela ambiental, las obligaciones estatales exigibles y los límites jurisprudenciales de protección, lo que permite comparar el grado de protección ofrecido frente al daño ambiental pese a las diferencias normativas existentes entre ambos sistemas.

Como órganos supranacionales, el rol de los tribunales es la protección de los DDHH, donde lo relevante es la tutela efectiva y no la identidad entre sistemas. Ello demuestra que, pese a claras diferencias estructurales, el resultado práctico converge y el medio ambiente se protege. El SIDH incorporó tempranamente la protección medioambiental dentro de la tutela de los DDHH, mientras que el SEDH continúa desarrollando dicha protección de forma indirecta a través de derechos ya consagrados en el CEDH, en parte debido a la ausencia de un precepto ambiental expreso, lo que ha llevado al TEDH a construir este resguardo de forma derivada mediante obligaciones positivas. Esto revela que el SEDH se encuentra todavía en un proceso evolutivo similar al del SIDH previo a la OC-23/17. No obstante, el TEDH ha demostrado su disposición a integrar progresivamente el medio ambiente¹⁵², particularmente frente a los riesgos derivados de la crisis climática, observándose así una convergencia funcional entre ambos sistemas, pese a la persistencia de diferencias conceptuales en su configuración normativa.

Asimismo, ambos órganos han exigido la adopción de obligaciones estatales, incluyendo la incorporación de los principios de prevención y precaución y el establecimiento de marcos regulatorios adecuados, aunque con un alcance de protección distinto. En el TEDH, estos estándares se desprenden de su práctica jurisprudencial al exigir medidas destinadas a prevenir riesgos ambientales que afecten derechos protegidos por el Convenio, manteniendo una protección centrada predominantemente en impactos individuales presentes. Mientras que en el Sistema Interamericano, estos estándares se recogen en la Opinión Consultiva OC-23/17 además de incorporar una visión intergeneracional más amplia¹⁵³. Ello evidencia, que aún persiste la diferencia conceptual.

El distinto ritmo responde al contexto regional y a la naturaleza de los sujetos afectados. Por un lado, en el SIDH el daño ambiental amenaza la supervivencia y la continuidad. De este modo, el impacto trasciende lo individual y compromete estructuras comunitarias como territorio e identidad cultural, afectando condiciones esenciales de subsistencia. Esta realidad ejerce una mayor presión sobre la Corte IDH, impulsando el desarrollo de estándares interpretativos más acordes con el principio pro homine e intergeneracional. En cuanto al SEDH, su jurisprudencia se centra en conflictos como contaminación, ruido

¹⁵² Fernández Egea, R. M. (2015). La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31, 163-204.

¹⁵³ Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua

¿HASTA QUÉ PUNTO EXISTE UN CONSENSO TRANSREGIONAL ENTRE EL TEDH Y LA CORTE IDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO?

o afectaciones a la salud, vinculados principalmente al bienestar individual y familiar. Todo ello confirma la existencia de estrategias judiciales y diferencias conceptuales diferenciadas en la protección ambiental.

En definitiva, nos encontramos frente a un proceso de convergencia progresiva entre sistemas regionales en la protección de los derechos humanos frente a riesgos ambientales. Por un lado, un SIDH que ha demostrado una capacidad innovadora y especialmente sensible frente a los desafíos ambientales y sociales propios de la región, y, por otro, un SEDH que ha evidenciado una notable flexibilidad para adaptar los derechos existentes a nuevas preocupaciones ambientales globales. Así, aunque mediante vías distintas, ambos sistemas avanzan hacia la consolidación de estándares comunes de protección, evidenciando que el diálogo inter regional constituye el camino futuro para la integración de la dimensión ambiental en la tutela de los derechos humanos.

IV. Conclusión

Por tanto, frente a la pregunta de hasta qué punto está emergiendo un consenso transregional entre el TEDH y la Corte IDH respecto al reconocimiento de un derecho humano a un medio ambiente sano, el análisis demuestra que dicho consenso se encuentra en una fase de consolidación progresiva más que de plena convergencia normativa. Aunque ambos tribunales han incorporado de forma creciente la dimensión ambiental dentro de la protección de los derechos humanos y han exigido obligaciones estatales destinadas a prevenir y mitigar daños ambientales, persisten diferencias conceptuales y metodológicas en la forma en que esta protección se articula, siendo el reconocimiento autónomo más claro en el sistema interamericano que en el europeo. No obstante, la evolución reciente de la jurisprudencia evidencia que ambos sistemas avanzan, mediante procesos distintos, hacia estándares funcionalmente convergentes que reconocen al medio ambiente como condición necesaria para el ejercicio efectivo de los derechos humanos. En este contexto, el diálogo judicial entre Estrasburgo y San José se perfila como un elemento central para la consolidación futura de este consenso dentro del derecho internacional de los derechos humanos.

Bibliografía

Benavides-Casals, M. A. (2015). El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 27, 141–166.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-81562015000200005&script=sci_arttext

Cuadrado, Gabriela (2009) "El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en el derecho internacional y en Costa Rica". *Revista Cejil*, 5, 110 - 119

Fernández Egea, R. M. (2015). La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31, 163–204.

García, E. L. (2018). El medio ambiente sano: La consolidación de un derecho. *Revista Boliviana de Derecho*, 25, 550–569.

López, I. G. (2023). *La protección de los derechos humanos a través de la justicia climática: fundamento y perspectiva internacional de un nuevo paradigma* (Trabajo Fin de Máster). Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-archivo.uc3m.es/bitstreams/ade5ada4-a346-4bde-b6c0-4404704918af/download>

Nogueira Alcalá, H. (2014). El principio o postulado pro homine o favor persona como estándar en materia de derechos humanos (Parte III). *Revista do Curso de Direito – UFMA*, 4(7), 121–146.

Oliveira do Prado, R. C. (2013). Derecho a la salud y su relación con el derecho al medio ambiente: la materialización del derecho a un medio ambiente sano a través de la actuación del sistema europeo de protección de los derechos humanos. En L. Clérico, L. Ronconi & M. Aldao (Coords.), *Tratado de Derecho a la Salud* (Vol. 3, pp. 3011–3038). Abeledo Perrot.

Pernas García, J. J. (2022). Compra pública verde y circular: el largo y lento camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica. *Cuadernos Económicos de ICE*, 95.

Rossi, J., & Abramovich, V. (2007). La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(SPE), 34–53.

Sands, P., Peel, J., Fabra, A., & MacKenzie, R. (2012). *Principles of International Environmental Law* (3.^a ed.). Cambridge University Press.

Sepúlveda, C. (1980). *Derecho internacional* (11.^a ed.). Editorial Porrúa.

Velasco Caballero, F. (1995). La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 45, 305–324.

Wuerth, I. (2017, 21 diciembre). International law in the post-human rights era. *Texas Law Review*. <https://texaslawreview.org/international-law-post-human-rights-era/>

Legislación Internacional y Jurisprudencia:

Carta de la Organización de los Estados Americanos, adoptada en 1948, entrada en vigor

¿HASTA QUÉ PUNTO EXISTE UN CONSENSO TRANSREGIONAL ENTRE EL TEDH Y LA CORTE IDH SOBRE EL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO?

el 13 de diciembre de 1951.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), 1988.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950.

Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 1972.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992.

Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

Corte IDH, *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16.

TEDH, *Tyrer v. United Kingdom*, sentencia de 25 de abril de 1978, Serie A No. 26. TEDH, *Marckx v. Belgium*, sentencia de 13 de junio de 1979, Serie A No. 31.

TEDH, *Hatton y otros v. United Kingdom*, sentencia de 8 de julio de 2003. TEDH, *Moreno Gómez v. España*, sentencia de 16 de noviembre de 2004. TEDH, *Brândușe v. Rumanía*, sentencia de 7 de abril de 2009.

TEDH, *Dzemyuk v. Ucrania*, sentencia de 4 de septiembre de 201

ARTÍCULOS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**BETWEEN ENERGY
EFFICIENCY AND PRIVACY:
SMART DATA UNDER EU LAW***Alejandra Ochoa Jiménez (4º GDL)***Abstract**

The European energy transition has made smart meters a central infrastructure for integrating renewable energy, managing electricity demand and advancing decarbonisation; yet these devices do more than optimize the electricity system, as they generate continuous and highly granular data flows that can reveal patterns of behaviour, habits and vulnerabilities within its users. Although smart meters were introduced to benefit consumers and support the European Union's climate objectives, their deployment has created a structural tension between energy and data regulation, resulting in a complex legal framework that is difficult to navigate both for citizens seeking to safeguard their privacy and for companies aiming to innovate and develop new markets in the emerging data economy. Against this background, this article explores how smart meter data is governed in practice at the intersection of EU energy legislation and data protection law, examining the challenges posed by the application of the GDPR in a multiactor electricity system and the implications of the emerging European data economy for the use and sharing of such data.

Introduction

The European energy transition has transformed smart meters from a merely technical device into a central piece of infrastructure for the digitalisation of electricity networks and the broader project of decarbonisation. These meters are now essential for integrating renewable energy, managing demand in real time and enabling more flexible and efficient electricity systems. At the same time, however, they generate continuous and highly granular consumption data that can reveal intimate details about household behaviour. What was once a simple technical measurement has become a complex flow of personal data with significant social, economic and regulatory implications. Smart meters are not only tools for market efficiency or consumer empowerment, but key enablers of the Union's decarbonisation strategy and of the large-scale electrification of society. Their data is likely to become even more important in the future for managing digital grids, improving the integration of renewables and designing new energy services. This places smart meters at a difficult intersection between energy regulation and data governance in the European Union.

There is already a substantial body of law governing both electricity markets and personal data. However, this framework was not really designed with a device like the smart meter in mind. As a result, existing rules, although robust in principle, are not always well adapted to such a highly technical, multi-actor and data-intensive energy ecosystem. The challenge is therefore not the absence of regulation, but rather its fragmentation and lack of sectoral concretisation, which creates legal uncertainty both for consumers seeking to protect their privacy and for companies attempting to innovate in the emerging European data economy.

This article examines how smart meter data is currently governed under EU law, focusing on the interaction between energy legislation and data protection rules. Rather than proposing a comprehensive reform, it offers a legal mapping of the main frameworks that apply or may apply to smart metering and highlights some of the tensions and inconsistencies that arise in practice. Particular attention is paid to questions such as the nature of smart meter data as personal data, the difficulty of identifying responsible actors in a multi-layered electricity system, and the implications of treating energy data as both a protected personal right and a potential economic resource.

Smart meters play a dual role: they are devices that produce highly sensitive personal data, but they are also strategic infrastructure for climate action and for the European economy. This makes it particularly urgent to reflect on whether the current legal architecture is sufficiently coherent and workable in practice. A clearer and more sectorally adapted framework would be better placed to protect individuals' privacy while also unlocking the full potential of smart meter data for innovation, economic growth and the collective goal of reducing greenhouse gas emissions.

I. Smart Metering at the Intersection of Energy Regulation and Data Protection

1.1 Smart Meters

In order to have electricity, consumers whether residential, industrial or commercial, contract with an electricity supplier company which sells them the resources they need. But these companies are often not the direct producers of electricity, depending on the circumstances of each Member State of the European Union. On the grid there are various phases that incorporate different actors (producers, transmitters, distributors and ultimately commercial suppliers), all of which need to coordinate and be able to accurately predict the amount of energy that needs to be supplied and the amount that will be consumed. For the electricity sector to work properly, avoiding grid failures and provide for revenues, electricity production and consumption always need to be balanced (Van Aubel, 2023). Traditionally, electricity suppliers determined the amount that was to be consumed based on predictions deriving from manually reading analog meters, and they would buy the electricity from the producers at wholesale markets, then transmitter and distributor operators make sure to maintain the supply and demand sides balanced,

and afterwards a settlement is reached based on how much electricity was actually consumed in the agreed period. Again the electricity supplying companies used analogue meters to determine this amount and bill their clients accordingly, but when needed to be read manually, most of this business was based on predictions.

The fast paced introduction of renewable energy sources to the grid added an additional layer of difficulty, because the generation of solar and wind energy is characterized by being hard to predict as it entirely depends on weather conditions. Additionally, actors who had traditionally acted as consumers can become producers of energy, for example a building feeding its surplus energy obtained from solar panels into the grid. It can be observed there's a lot more uncertainty when it comes to accurately predicting how much electricity will be consumed.

Coupled to other issues such as grid capacity, there was an immediate need to upgrade the grid system and the solution was the digitalization of the grids, which included as the most visible change for consumers, the introduction of smart meters. Meters are the point where the electricity grid and the building or unit of the consumer meet. Smart meters as defined by Directive (EU) 2019/944 are electronic systems which can measure the electricity fed into the grid or the electricity consumed from it, providing more information than a traditional meter, and being capable of transmitting and receiving data for information, monitoring and control purposes, using a form of electronic communication. Therefore the most obvious distinction between a traditional meter and a smart meter is the capacity to remotely collect data of the electricity consumption and being able to transmit it (Lee & Hess, 2021). This creates an innate tension that was not self-evident before, for decades meter data consisted purely in a number that consumers would pass to their distributors or suppliers that is not privacy sensitive. However smart meters are capable of collecting data with extreme precision over very short time slots, creating concerns over privacy, which will be addressed in detail further on.

An important consideration is the number of actors that can have access to the data obtained from smart meters. While before the deployment of smart meters the communication was seemingly bilateral between the consumer and the distributor operator (or supplier directly depending on each Member States), nowadays it is more complex and it is important to understand its implications. As mentioned before, consumers contract with electricity suppliers, but suppliers most of the time, depend on the infrastructure of distributor operators, typically they are the ones in charge of the installation of smart meters and of collecting the readings. In consequence, the distributor has to transmit and communicate the data to the supplier of electricity. But other actors can also have access to the data recorded, these for instance can be independent service providers, who offer additional services using meter readings, e.g. a smartphone app to save energy (Van Aubel, 2023), or even home appliances providers. Also, it should be kept in mind that while the rollout of smart metering systems was mandated at Union level, their concrete implementation was left to Member States, which adopted differentiated technical and regulatory approaches. At the same time, EU energy law did

not establish a specific data protection regime for smart metering, but rather required compliance with the general Union data protection framework, making Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) the common minimum standard governing the processing of smart meter data across Member States as it will be explained in the following sections.

I.II The Regulatory Origin: Emergence of the Data Protection Tension

Today the digitalization of the Union's energy systems is framed as a core element of Europe's strategic autonomy, competitiveness and environmental sustainability strategies, however when first conceived, the purpose of the development and modernization of key critical infrastructure was a different one, specially when it comes to the electricity sector. Directive 2009/72 repealed by Directive (EU) 2019/944 set up the goal of digitalizing the electricity infrastructure of the Union with an essential motive in mind: ensuring energy efficiency and empowering consumers. By doing so, it imposed an obligation on Member States to gradually incorporate smart metering systems. Although smart metering has always been closely tied to Europe's energy and climate goals, in the beginning it was more closely directed towards benefiting and empowering consumers as a first and foremost goal and it was only later that it evolved towards being fully understood as the power behind the decarbonization of our energy systems.

Having in mind the regulatory background behind the rollout of smart meters in the European Union helps to situate the emerging tension with consumers' rights, particularly with regard to privacy. If the development and deployment of smart metering systems were originally conceived as a tool to benefit consumers, this raises the question of how their fundamental rights, including data protection and privacy, were addressed in that framework. A tension which becomes even more apparent when considering that the role of smart metering has been expanded to serve broader climate and economic objectives in a way in which they were not envisioned at the core of the original regulatory rationale.

More than a decade ago, the deployment of smart meters was not envisioned having in mind the impact of the enormous amount data it would generate and collect, although data has always been inherent to smart metering, it was not seen as much of an economic asset as it currently is and data governance was not a central regulatory concern within the objectives of that framework. Today, we have come to a reality of a data driven economy, which has resulted in a regulatory lag in smart metering, since general data protection rules, designed as a broad and horizontal framework (Lee & Hess 2021), are now having to be applied to a form of data collection that is continuous, mandatory, and particularly intrusive, without having been specifically tailored to that context.

I.III Privacy and Data Protection Risks of Smart Metering

Directive (EU) 2019/944 underlined for the first time the importance of smart metering as a powerful tool for the development of an internal electricity market primarily for the benefit of consumers. Recital 52 of the Directive recalls "Engaging consumers requires

appropriate incentives and technologies such as smart metering systems. Smart metering systems empower consumers because they allow them to receive accurate and near real-time feedback on their energy consumption or generation, and to manage their consumption better, to participate in and reap benefits from demand response programmes and other services, and to lower their electricity bills. Smart metering systems also enable distribution system operators to have better visibility of their networks, and as a consequence, to reduce their operation and maintenance costs and to pass those savings on to the consumers in the form of lower distribution tariffs”. The intention of the Directive was to introduce new rights to protect and empower electricity consumers, and smart metering is the key tool that enables consumers to exercise those rights, such as the entitlement to a dynamic price contract (Peers, 2019).

However, even with all these benefits clearly directed towards consumers, smart meters represent a genuine threat to privacy. This is because the data they collect, which may at first sight appear harmless, is recorded with such a high level of granularity that it enables the creation of highly detailed profiles of electricity users. When consumption is measured at very short time intervals, it becomes possible to identify precise patterns of behaviour that reveal far more than mere electricity usage. Through disaggregation techniques, this data can expose daily routines, periods of presence or absence in the home, and even the use of specific appliances, including sensitive devices such as medical equipment or baby monitors. As a result, the level of detail that can be extracted from smart meter data may amount to a significant intrusion into individuals’ private lives, particularly when users are unaware of who has access to their data and for what purposes it is being used.

For instance, Beckel et al explain that while utilities currently rely on consumption data mainly to improve meter-to-cash processes, enable advanced tariff schemes, and provide consumers with more detailed information on their electricity use, the same data can also be analysed to infer sensitive household characteristics. Their study shows that smart meter data can be used to derive information such as a household’s socio-economic status, employment situation or number of residents with a high degree of accuracy. Importantly, these inferences were possible even when the data analysed was recorded at 30-minute intervals, rather than at the highest level of granularity, which smart meters are technically capable of reaching. This illustrates how consumption data, even in less granular forms, may support profiling practices with significant implications for data protection.

I.IV The Protection of Data collected by Smart Meters under EU law: Uniform Protection, Diverse Management

It has been established that Directive (EU) 2019/944 governs the rollout of smart metering systems, yet it does not engage directly with the privacy implications that arise from their implementation. The Directive provides, in Article 20, that the security of data communication and the protection of final consumers’ data must be ensured in compliance with relevant Union data protection and security legislation. Further

provisions on data access and management reiterate the need to guarantee a high level of cybersecurity and data protection through the application of best available techniques. Ultimately, however, the Directive externalises data protection concerns to the Union's general data protection framework. Article 23 expressly refers the processing of smart meter data to Regulation (EU) 2016/679, while leaving the concrete organisation of data management to the Member States. As a result, it is for each Member State to determine the rules governing data management and exchange, to designate the parties entitled to access smart meter data, and, consequently, to define the allocation of roles as data controllers. This leads to an asymmetrical landscape across the Union, in which data protection formally rests on Regulation (EU) 2016/679, but the distribution of responsibilities and the level of protection afforded to consumers varies depending on the national data management model adopted.

Although Directive (EU) 2019/944 provides comprehensive principles for a standardized access to metering data and data sharing across all Member States of the European Union and outlines the obligations of the market participants, its implementation has remained inconsistent with heterogeneous national practices that lead to substantial disparities in how energy data is stored, accessed, and shared (Kashyap et al, 2025). To try to limit these inconsistencies, the Commission introduced the Implementing Regulation (EU) 2023/1162 which lays down specific requirements for data interoperability aiming to bridge the divide between the different data management models of Member States. However even with these in place and with the cover of an homogeneous personal data protection framework under Regulation (EU) 2016/679, the actual enforcement of those rights deriving from both frameworks result in inconsistencies because of the different management models (Lavrijssen et al, 2022).

I.V Nature of the Data Collected by Smart Meters

Before delving deeper into how the content of Regulation (EU) 2016/679 and Europe's energy legislation interact and the tensions that arise between them, it is important to understand what is the content of the data recorded by smart meters, because this precisely determines the application of Regulation (EU) 2016/679. For the Regulation to apply according to its Article 1 to the processing of personal data of natural persons, therefore the data collected in the energy sector that relates to companies or other non-natural persons do not fit under its scope. Article 4 defines personal data as “any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person”.

The Article 29 Working Party gave an extensive interpretation of the term “personal data” in its Opinion 4/2007. According to the party the elements of the definition shall be

understood as follows: “information” covers any type of objective or subjective information about an individual, it can have any content and does not necessarily has to be proven true, the form in which it is contained is not relevant either. As for the term “related to” the party explains that information can be considered to be related to an individual when it is about that individual. Sometimes identifying the connection can be an obvious exercise when the content of the information is directly linked to the individual regardless of the circumstances surrounding the case, but when the information concerns for instance objects it is necessary to look into the purpose of what the data is or is likely to be used for, when it is for the purpose of evaluating, treating in a certain way or influencing the status or behaviour of an individual. Finally the term related to can arise also from the element of a result, when in absence of a direct content link or purpose, the use of the information is likely to have an impact on a certain person's rights and interests, taking into account all the circumstances surrounding the precise case. The third element is “identified or identifiable” in accordance with the Party; these are separate terms; a person is identified when it can be distinguished from the members of a group, and identifiable when it has not already been identified yet, but it is possible to do so. The definition of “personal data” of the Regulation includes a set of possible identifiers which are not exhaustive and can be used directly or indirectly. Finally the fourth element “natural person” as mentioned earlier the Regulation applies exclusively to living human beings.

Based on all the foregoing concepts and its elements it can be concluded that the data from electricity smart meters falls under the definition of personal data, and is therefore likely to be subject to Regulation (EU) 2016/679. The Article 29 Working Party had arrived at such a deduction as early as in 2011, when the exhaustion and possibilities of detailed profiling were not close to the pace in which they are today, which makes evident the incidence that smart meters have in individual's privacy today. In concrete terms, smart meter data qualifies as personal data because it is intrinsically linked to an identifiable individual. Each smart meter is associated with a unique identification number that corresponds to the person responsible for the energy contract, which makes it possible to single out that consumer from others. Moreover, the continuous recording of consumption patterns enables the construction of detailed profiles of household behaviour that are later used for decision-making, notably for billing and tariff design, but could in theory be used for other purposes. Finally, the very objective of using smart meters to influence and steer consumer behaviour in the name of energy efficiency depends on the systematic collection of information about how individuals use electricity in their daily lives. For these reasons, smart meter data cannot be treated as neutral or purely technical information, but rather as personal data within the meaning of Regulation (EU) 2016/679. However for the Regulation (EU) 2016/679 to be applicable according to Article 2, the personal data has to be processed, the processing of data has an equally broad definition under the regulation which makes the Regulation apply almost at all instances where personal data is involved. When it comes to smart meters which collect and transmit data that can be characterized as personal, they clearly fit into the category of processing.

I.VI Challenges of the Application of Regulation (EU) 2016/679 (GDPR)

Having established that smart meter data constitutes personal data and that its processing therefore falls within the scope of Regulation (EU) 2016/679, the next question is how the responsibility for that processing is allocated in practice. This issue becomes particularly complex in the context of smart metering because, unlike more traditional forms of data processing, the electricity system involves multiple actors that all interact with the same stream of consumption data. While the GDPR centralises obligations on the “data controller”, Directive (EU) 2019/944 leaves considerable discretion to Member States in organising data management and defining which parties are entitled to access meter data as “eligible parties”. This creates a structural tension: although the GDPR provides a uniform set of duties, the multiplicity of actors and the diversity of national data management models make it difficult to clearly identify who, in each case, effectively determines the purposes and means of processing and must therefore assume the role of data controller.

In practice, this ambiguity plays out differently depending on the national data management model. In some Member States, the energy supplier is treated as the main data controller because it is the party that has the contract with the consumer and decides what meter data it needs and how it will be used for billing or customer services. In other Member States, however, the role of controller is placed primarily on the Distribution System Operator (DSO), since it owns the grid, installs and operates the smart meters and determines how consumption data are technically collected and managed; in those cases, suppliers may still become additional controllers whenever they use the same data for their own purposes, such as invoicing or dynamic tariffs. Further complications arise where a central communications entity manages the flow of data between meters, DSOs and suppliers: although it may initially act as a processor, it can become a controller if it decides who can access the data or authorises new uses of it. Likewise, energy regulators and third-party service providers that receive meter data for policy analysis or value-added services may also qualify as controllers. This multiplicity of actors explains why, despite a single General Data Protection Regulation framework, the practical allocation of controller responsibilities varies across Member States.

Identifying if an actor classifies as a controller or processor is key because the responsibility they hold varies tremendously. According to Article 4 of the Regulation the “controller” is the natural or legal person, public authority or agency responsible for processing personal data and determining the purposes and means of the processing of personal data. While the “processor” is an actor who processes the data of the data subject on behalf of the controller. Overall the controller is ultimately responsible for the processor’s data processing, but in the electricity sector determining who will be the processor is dependent on the managing model of each Member State. With uncertainty about which actor from the electricity sector corresponds to the roles assigned according

to the data protection framework, it is harder for data subjects to exercise their rights (Baumgart & Espinoza, 2024). Once a data controller is identified in the smart metering context, that actor is subject to the core obligations of Regulation (EU) 2016/679. This means that any processing of consumption data must comply with the Regulation principles of lawfulness, purpose limitation, data minimisation, security and accountability, and that appropriate technical and organisational measures, including data protection by design and by default, must be in place. The controller must also carry out a data protection impact assessment where the processing entails high risks for individuals, as is typically the case with smart meter data.

A final remark to be made regarding the complication of accurately identifying the relevant actor when it comes to smart metering systems concerns the legitimacy and lawfulness for processing the data. Crucially, because the controller determines the purposes and means of processing, those purposes can only be legitimate if they rely on one of the lawful bases in Article 6 of the Regulation, finding the adequate ground being a challenge itself, sometimes leading to discussions around the use of the data subject's informed consent for certain forms of processing. It is most likely that when the data subject accepts to be provided a service they have had the opportunity to consent to the processing of their data, which in any case the data controller must ensure is a fully informed decision. There are also additional grounds for processing the data, most notably that it may be necessary for the performance of a contract or for compliance with a legal obligation. Smart meter data can be processed by multiple actors for multiple purposes, thus a different ground for processing is required for each specific purpose.

However focusing on consent, the use of smart meters creates the difficulty of identifying who is the data subject, because they have to grant consent for processing the data or for eligible parties to have access to the data but when smart meters collect data of more than one individual (because they are installed for instance in a household), the direct identifiable individual would be the one contracting with the energy company, but the collection and analysis of the smart meter data can result in the identification of other individuals residing in that household (Baumgart & Espinoza, 2024). From the perspective of Regulation (EU) 2016/679 any person that can be identified or is identifiable is a data subject and therefore in principle can exercise their rights as such. The question of what would happen if only one or a few people wish to give consent for the processing of their data living within the same household is unresolved by the general data privacy framework. This ultimately does not mean that the GDPR was not designed to address technological developments. On the contrary, its horizontal and principles-based nature allows it to apply across a wide range of contexts. However, the case of smart meters shows that certain highly data-intensive sectors require more specific, sectoral rules that operate alongside the general framework. In these areas, greater regulatory concretisation is necessary to ensure that the GDPR can be applied in a more effective, predictable and user-friendly way, so that individuals' rights and privacy are genuinely protected in practice rather than only in theory.

II. The Commercial Potential of the Processing of Energy Consumption Data

The tensions outlined in the previous section become even more pronounced when smart meter data is not only viewed as something that must be protected, but also as an economic resource with potential market value. While Regulation (EU) 2016/679 is primarily concerned with safeguarding individuals' right to privacy, it simultaneously promotes the free movement of personal data within the Union, subject to its rules. This objective appears to converge with the Union's more recent strategy of developing a data-based market in which data is treated as an economic asset that can be repurposed and shared to enable new forms of economic activity. Moreover, beyond personal data strictly speaking, smart metering systems generate large volumes of information that fall outside the scope of the General Data Protection Regulation, particularly data relating to commercial and industrial facilities, which can be highly valuable despite not referring to natural persons.

In any case, whether personal or not, smart meter data has significant commercial potential. Beyond obvious uses in marketing and advertising, a range of actors may have legitimate interests in accessing detailed consumption information. For example, energy service providers could rely on such data to design more efficient tariffs or personalised energy-saving services that ultimately benefit consumers through lower costs or improved grid stability. Against this background, and in light of the emerging European data economy that increasingly treats energy data as a tradable and reusable asset, it becomes necessary to move from the question of how smart meter data should be protected to how it can legitimately circulate within the European data market.

II.I Data Act

As seen throughout this article, smart meters and the data they produce are not governed by a single harmonised framework in the European Union. Instead, access to and sharing of meter data require consideration of several overlapping legal instruments. In this context, the recently adopted Regulation (EU) 2023/2854 (Data Act) becomes particularly relevant to examine.

The main objective of the Data Act is to give individuals and businesses greater control over data generated through the use of Internet of Things devices, termed "connected products". Importantly, the Data Act is a horizontal instrument and does not displace sector-specific legislation characterised as *lex specialis*, such as Directive (EU) 2019/944 and Implementing Regulation (EU) 2023/1162, which already establish a detailed scheme for meter data access. This is confirmed in Article 44 of the Data Act, which provides that pre-existing EU data obligations remain unaffected and that the Act does not prevent the application of specific sectoral requirements. Nevertheless, the relationship between electricity legislation and data legislation remains complex, and the same difficulties in identifying the relevant actors reappear here, just as they did in the context of personal data under Regulation (EU) 2016/679. A further complication lies in the absence of consensus on whether the Data Act actually applies to electricity metering. As Nicolai

and Münchmeyer observe, there is still considerable uncertainty and limited doctrinal analysis on this issue. Some authorities consider that smart meters fall directly within the scope of the Act, while others argue that the existing electricity framework is sufficiently comprehensive to leave little room for the application of a general sharing regime.

The Data Act applies to data generated by “connected products”, defined in Article 2(5) as “an item that obtains, generates or collects data concerning its use or environment and that is able to communicate product data via an electronic communications service, physical connection or on-device access, and whose primary function is not the storing, processing or transmission of data on behalf of any party other than the user” Difficulties arise when trying to determine whether smart meters truly generate data about their “environment”, since they primarily measure electricity consumption rather than producing data about the device itself. Additional complexity stems from the definition of “user” defined in Article 2(12) which refers to the natural or legal person who owns the connected product or has contractual rights to use it. In the smart metering context, the electricity consumer is not necessarily the owner of the meter under Directive (EU) 2019/944, and although a fee for the meter is often included in the electricity bill, this is not always legally characterised as a rental or usage charge in all Member States. As a result, consumers do not always fit neatly within the Data Act’s definition of “user”, which complicates their ability to rely exclusively on its data access and sharing provisions.

Nevertheless, assuming that the Data Act applies to smart meter data sharing, it should be understood as complementing rather than replacing EU electricity legislation. The Interoperability Implementing Regulation (EU) 2023/1162 under Directive (EU) 2019/944 already provides the most detailed sectoral rules on how data should be shared with eligible parties, clarifying roles and establishing practical procedures for near real-time data flows, access to historical data, and the revocation of permissions, all of which are central for the possible development of commercial usage of smart meter data. The Data Act, however, adds an additional horizontal layer of protection that operates alongside the electricity framework. It does so by placing clearer limits on how third parties may use smart meter data once they have access to it, requiring that the data be processed strictly for the purposes agreed with the user and preventing its reuse for unrelated or intrusive practices such as profiling. At the same time, it strengthens users’ control over their data by increasing transparency about how metering devices operate, what data is shared, and how individuals can access or erase it. Crucially, unlike the Electricity Directive, the Data Act also establishes an explicit right for individuals to lodge complaints before national competent authorities if they consider that their rights have been infringed, thereby providing a more direct and structured enforcement mechanism.

Even if smart meter data holds significant economic potential beyond its direct role in energy efficiency and consumer optimisation, the current regulatory landscape makes it

difficult for market actors to fully exploit that potential. In the absence of clear legal certainty on how the Data Act applies to smart metering, and given the already complex interplay between energy and data protection law, it is unlikely that companies will be willing to invest heavily in new data-driven products or services. At present, the Implementing Regulation (EU) 2023/1162 remains the main sector-specific framework governing data sharing in the electricity sector, but it must be applied in conjunction with Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) whenever personal data is involved, and now also alongside the Data Act, at least until its scope is more clearly defined.

Conclusion

This article has shown that smart meter data occupies a particularly difficult position within the current EU legal framework. It is not simply technical information about electricity consumption what smart meters collect, but highly granular personal data that is at the same time indispensable for the functioning of digital electricity grids and for the broader energy transition. This dual character explains why its governance cannot be neatly addressed either by energy law alone or by data protection law alone.

From the analysis developed throughout this work, it becomes clear that the central problem is not the absence of rules. Smart meter data is already covered by a dense regulatory framework that includes Regulation (EU) 2016/679 (GDPR), EU electricity legislation and, potentially, Regulation (EU) 2023/2854 (Data Act). The obligations laid down in these instruments are, in themselves, clear. However, when they are applied to a complex, multi actor electricity system with different national models of data management, serious difficulties emerge at the level of implementation.

In particular, the main challenge lies in identifying who is actually the addressee of those obligations in practice. In a fragmented electricity ecosystem involving suppliers, distribution system operators and intermediaries, it is often unclear which actor truly determines the purposes and means of processing, being possible multiple processings happening at once. As a result, consumers do not lack rights, but they frequently lack clarity about against whom those rights should be exercised.

At the same time, smart meter data is increasingly treated as an economic resource within the emerging European data economy, even though it remains deeply personal in nature, particularly for households data. This generates a structural tension between the objective of facilitating data sharing and innovation and the need to protect individuals' privacy. The uncertain applicability of Regulation (EU) 2023/2854 to smart meters illustrates this problem, since it does not fully clarify how its logic of data access fits with existing electricity and data protection regimes.

Overall, the current framework is not incorrect, but it is insufficiently tailored to the specific reality of smart metering. Regulation (EU) 2016/679 offers strong protection in principle, and Directive (EU) 2019/944 establishes important rules for electricity data, yet neither framework fully reflects the institutional complexity of the sector. What is

needed is greater sectoral concretisation that clarifies roles, responsibilities and access conditions without weakening privacy protection.

Finally, this legal issue cannot be separated from the climate context. Smart meters are essential for digital grids and large scale electrification, and their data will only grow in importance for decarbonisation. If governance remains fragmented and unclear in practice, both effective privacy protection and the innovative use of energy data necessary for the energy transition risk being hindered.

References

Baumgart, M & Espinosa Apráez, B 2024, On the implementation of smart meters in the European Union : Legal considerations regarding privacy and personal data protection in times of the Twin Transitions. in R Leal-Arcas (ed.), Research Handbook on EU Energy Law and Policy. 2nd edn, Research Handbooks in Energy Law series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 500-526. <https://doi.org/10.4337/978>

Beckel, C., Sadamori, L., Staake, T., & Santini, S. (2014). Revealing household characteristics from smart meter data. *Energy*, 78, 397-410. <https://doi.org/10.1016/j.energy.2014.10.025>

Directory, S. (2025, 28 noviembre). Why Is Smart Meter Data Privacy Important? Question. Energy Sustainability Directory. <https://energy.sustainability-directory.com/question/why-is-smart-meter-data-privacy-important/>

E.DSO, 'Feedback to Data Act' (2022) www.edsoforsmartgrids.eu/content/uploads/2024/05/E.DSO-feedback-to-Data-Act.pdf

European Commission: Directorate-General for Energy. (2024). Electricity metering and consumption data interoperability : guidance for the reporting of national practices in accordance with Commission Implementing Regulation (EU) 2023/1162. Publications Office of the European Union. <https://data.europa.eu/doi/10.2833/34389>

Kashyap, S., Schwinger, W., Grünberger, S., Schaffer, C., & Hartner, G. (2025). Energy data governance fragmentation in Europe: challenges, models, and pathways to integration. EDDIE: European Distributed Data Infrastructure For Energy, 1-6. <https://doi.org/10.1109/eem64765.2025.11050331>

Kashyap, S., Schwinger, W., Grünberger, S., Schaffer, C., & Hartner, G. (2025, May). Energy Data Governance Fragmentation in Europe: Challenges, Models, and Pathways to Integration. In 2025 21st International Conference on the European Energy Market (EEM) (pp. 1-6). IEEE.

Lavrijssen, S.; Espinosa Apráez, B.; ten Caten, T. The Legal Complexities of Processing and Protecting Personal Data in the Electricity Sector. *Energies* 2022, 15, 1088. <https://doi.org/10.3390/>

- Lee, D., & Hess, D. J. (2021). Data privacy and residential smart meters: Comparative analysis and harmonization potential. *Utilities Policy*, 70, 101188. <https://doi.org/10.1016/j.jup.2021.101188>
- Menges, L. (2024). Climate change and state interference: the case of privacy. *Philosophical Studies*, 182(2), 425-443. <https://doi.org/10.1007/s11098-024-02269-6>
- Molina-Markham, A., Shenoy, P., Fu, K., Cecchet, E., & Irwin, D. (2010). Private memoirs of a smart meter. *ACM Workshop on Embedded Sensing Systems for Energy-Efficiency in Buildings*, 61–66. <https://doi.org/10.1145/1878431.1878446>
- Nicolai, S., & Münchmeyer, M. (2025). The EU Data Act and electricity consumer participation in demand response and flexibility services. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 1–25. <https://doi.org/10.1080/02646811.2025.2485725>
- Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “procesor”. (2010). Article 29 Data Protection Working Party https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_en.pdf
- Opinion 12/2011 on smart metering. (2011). Article 29 Data Protection Working Party. https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp183_en.pdf
- Peers, S. (2018). Data protection and smart meters: the GDPR and the ‘winter package’ of EU clean energy law. <https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/data-protection-and-smart-meters-gdpr.html>
- Riemann, R. & Information Technology Policy Unit of the European Data Protection Supervisor. (2019). TechDispatch #2: Smart Meters in Smart Homes. En European Data Protection Supervisor (N.o 2). <https://doi.org/10.2804/87340>
- Security and Privacy in the Smart Grid. (2021). [PHD thesis, Radboud University]. <https://www.polvanaubel.com/research/phdthesis/phd-thesis-pol-van-aubel-security-and-privacy-in-the-smart-grid-2023-08-24.pdf>
- Sharma, A., Sangal, A. L., & Sharma, K. C. (2025). Privacy-preserving prosumer profiling using smart meter data. *Sustainable Energy Grids And Networks*, 43, 101784. <https://doi.org/10.1016/j.segan.2025.101784>
- Smart Grids: from innovation to deployment. (2011). Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Smart Grids: from innovation to deployment (N.o 52011DC0202). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52011DC0202>

Legislation

Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC

Commission Recommendation of 9 March 2012 on preparations for the roll-out of smart metering systems (2012/148/EU)

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)

Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU (recast) (Text with EEA relevance.)

Commission Implementing Regulation (EU) 2023/1162 of 6 June 2023 on interoperability requirements and non-discriminatory and transparent procedures for access to metering and consumption data

Regulation (EU) 2023/2854 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023 on harmonised rules on fair access to and use of data and amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive (EU) 2020/1828 (Data Act)

**EXPORTING JURISDICTION:
HOW THE CJEU IS TURNING
THE EU INTO A QUASI-
ARBITRAL SPACE**



Alessandra Angel Venzy Ferrari
(LL.M 26' Cornell)

Introduction

The European Union's evolving approach to jurisdiction under the Brussels Recast reveals a growing tension between deeper judicial integration and the ambition to position the Union as an attractive global forum for dispute resolution. Given the widespread use of forum-selection clauses in commercial practice, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has transformed Article 25 into a powerful instrument of negative integration. The landmark *Inkreal* judgment marked a decisive step in this trajectory. Contrary to the Opinion of Advocate General Jean Richard de la Tour, the Court extended Article 25 to disputes lacking an objective cross-border element, effectively relaxing the traditional transnational requirement of EU judicial cooperation. In doing so, it endorsed what may be described as a “fifth freedom” within the internal market, the *free movement of lawsuits*, treating Member State courts as functionally interchangeable within an integrated judicial space. This development was further reinforced in *Cabris Investment*, where Article 25 was held applicable even when both parties were domiciled in the same third State. Together, these judgments raise pressing questions about the constitutional coherence of the Union's increasingly arbitration-like jurisdictional framework.

I. The structural evolution of EU jurisdiction under the Brussels Recast Regulation

A. The absence of a defined “international element” under Article 25 of Brussels Recast

Before delving into the analysis of the *Inkreal* judgment, which represents for some a jurisprudential *revolution*¹⁵⁴, it is essential to recall the context in which the caselaw emerged, that being the absence of a defined “international element” for the purposes of Article 25 of the Brussels Recast. This cross-border element is required insofar as the Brussels System can only apply “in the international order”¹⁵⁵, as required

¹⁵⁴ DRAGUIEV D., *Choice of court agreements in light of CJEU Decision in case C-566/22 Inkreal*, in “Journal of International Dispute Settlement”, Volume 16, Issue 2, June 2025, p. 13.

¹⁵⁵ ENARD P., *Report on the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters* (OJ C, C/59, 05.03.1979), pp. 37-38.

by the 1968 Brussels Convention Preamble and the Jenard Report. However, the European Union has never provided a positive definition of such element for the purposes of the application of the Brussels Recast, nor a list of potential cross-border elements which could justify its application¹⁵⁶.

In this context, one could even wonder why a cross-border element needs to exist for the Recast to apply. If we consider the Brussels System as one of the European Union's means to allocate jurisdiction *between* the various Member States, one could argue that the Union is also free to define what it considers a "cross-border" case or not, as a form of expression of its power within such competence. More precisely, the answer to this question can be found in Article 81 TFEU, which is used as the legal basis for the adoption of the regulation of the Brussels System, as the provision which grants the Union the mandate to develop judicial cooperation in civil matters with cross-border implications¹⁵⁷. In fact, its second paragraph states that, when necessary for the proper functioning of the internal market, measures shall be adopted to ensure the compatibility of the rules applied by Member States in matters of Conflict of Laws and jurisdiction¹⁵⁸. Therefore, without a cross-border implication, the European Union is statutorily not entitled to exercise its competence.

Yet, over the years, the European Union has failed to positively define what constitutes a cross-border dispute for the purposes of the application of Article 25 of the Brussels System. Because of such a European definitional gap on "cross-border" disputes, the door was opened for the CJEU to intervene and exercise some of its interpretative power over the preliminary scope of application of the Brussels Recast in various caselaw. First, it explicitly stated the need of an "international element" for the rules of the Brussels System to be applied to a dispute. In particular, it stated so in the *Hypoteční banka*¹⁵⁹ and *Refcomp*¹⁶⁰ cases. Subsequently, the CJEU eventually provided a partially positive definition of what constitutes a cross-border dispute in a landmark case, still applicable nowadays: *Owusu*¹⁶¹. In *Owusu*, the CJEU recognized that the cross-border nature of a dispute can be both *internal* to the Union and *external*, so long as it involves at least a Member State and a non-EU Member State. Though such ruling does not expressly give a complete solution to the lack of definition of what constitutes a cross-border dispute, it still implies that the existence of two different states, as long as one of them is a Member State, is enough for the Recast to apply.

¹⁵⁶ QUÉGUINER J.-S., AVOUT L., HUBER S., KINSCH P., RASS-MASSON L., SÁNCHEZ-LORENZO S., WILDERSPIN M., *Droit international privé de l'Union européenne (2022)*, in "Journal du Droit international Clunet", Number 4, Chronicle 8, October-November-December 2023

¹⁵⁷ BALLESTEROS M., *Questions to Debate around Choice of Court Agreements. Challenges for a Limited Reform of Article 25 of Brussels I Regulation (Recast)*, in "Cuadernos de Derecho Transnacional", Number 2, October 2023, pp. 602-628.

¹⁵⁸ Article 81, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) (Consolidated version 2016), OJ C 202, 7.6.2016, pp. 78-79.

¹⁵⁹ CJEU, Judgment of November 17th, 2011, case C-327/10, *Hypoteční banka a.s. v. Udo Mike Lindner*.

¹⁶⁰ CJEU, Judgment of February 7th, 2013, case C-543/10, *Refcomp SpA v. Axa Corporate Solutions Assurance SA and Others*.

¹⁶¹ CJEU, Judgment of March 1st, 2005, case C-281/02, *Andrew Owusu v. NB Jackson*.

The CJEU's evolutive caselaw has undoubtedly provided a more detailed definition on what constitutes a cross-border dispute compared to the first years of life of the Brussels Convention. Still, the definition was highly flexible under the Recast, whereas the same Court proved to be more restrictive when involving other European legal instruments such as with the 2006 Regulation creating a European order for payment procedure for uncontested claims¹⁶².

Indeed, in the *PARKING and Interplastics* joint caselaw, the CJEU has underlined the existence of a definition of a cross-border dispute for the purposes of the 2006 Regulation. More specifically, the Court highlights that whilst the Brussels Recast does not provide such a definition, according to Article 3(1) of the 2006 Regulation¹⁶³, a cross-border dispute consists of “*a case in which at least one of the parties is domiciled or habitually resident in a Member State other than the Member State of the court seised.*”¹⁶⁴. The 2006 Regulation refers to the Brussels System in Article 3(2) for the purposes of defining what constitutes a “*domicile*”¹⁶⁵, revealing a first attempt to coordinate various European legal instruments of different areas. However, the CJEU then did not mention any coordination between the instruments regarding the definition of what is a cross-border dispute for the purposes of all European regulations but limited its judgment to simply recommending the Union to “harmonize” the matter¹⁶⁶. Indeed, scholars generally referred to the need to clarify the concept of cross-border elements, not specifically in the choice-of-court agreement context, but regarding all subject-matters¹⁶⁷. This led to uncertainty in the field of application of the Brussels Recast and the role of forum-selection agreements as potential “international elements”. Indeed, the Brussels System remained completely silent on the case of purely domestic contracts and their artificial internationalization via party autonomy in concluding a forum-selection agreement.

The CJEU further underlined that the assessment of the cross-border element does not depend on the case's connection with the jurisdictions of two different Member States, whether through the domicile of the parties or the subject-matter of the dispute, but with the implication of various states, including non-EU Member States, as long as one Member State is involved in the dispute. A few years after the pivotal shift of the *Owusu* caselaw, the CJEU provided the European Union and its Recast with a new interpretation

¹⁶² Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, [2006] OJ L 399, pp. 1–32.

¹⁶³ Article 3(1), 2006 Regulation on payment procedure, stating: “For the purposes of this Regulation, a cross-border case is *one in which at least one of the parties is domiciled or habitually resident in a Member State other than the Member State of the court seised.*”

¹⁶⁴ CJEU, Judgment of May 7th, 2020, case C-267/19 (joint case C-323/19), *PARKING d.o.o. and Interplastics s.r.o. v. SAWAL d.o.o. and Letifico d.o.o.*, para. 33.

¹⁶⁵ Article 3(2), 2006 Regulation on payment procedure, stating: “*Domicile shall be determined in accordance with Articles 59 and 60 of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.*”

¹⁶⁶ Case C-267/19, *PARKING and Interplastics*, op. cit., para. 35.

¹⁶⁷ See in general HESS B., *Reforming the Brussels Ibis Regulation: Perspectives and Prospects*, in MPILux Research Paper Series, Number 4, 2021, pp.1-16.

of what constitutes a cross-border dispute. After the 2022 *EPIC Financial Consulting* case¹⁶⁸, the CJEU further confirmed the cases constituting a cross-border dispute under the Brussels Recast along the lines of the *Owusu* jurisprudence. Therefore, a cross-border dispute could result from a case including either various Member States or including one Member State only, under the condition that an international element results from the implication of a third State¹⁶⁹.

Though the *EPIC Financial Consulting* case does reconfirm and precise the *Owusu* holding, still, it does not offer legal support for the hypothesis of the *Inkreal* ruling given that the only cross-border element of *Inkreal* consists in a forum-selection agreement in favor of Member State, included in a purely domestic contract located in another Member State. Because a forum-selection agreement results from the autonomy of parties, and is therefore *subjective*, it does not fully correspond to the *Owusu* holding which dealt with an *objective* international element located in a third state and corresponding to a tort committed in its territory.

Retrospectively, in 2024, Horatia Muir Watt referred to Louis d'Avout's 2017 article on the *Vinyls Italia SpA* caselaw¹⁷⁰, and its criticism over the Court's overreaching decision in the field of internationality of contracts for the purposes of the application of the Recast. Louis d'Avout indeed questioned back then: "*Will it be said tomorrow, following the liberal spirit of the Court of Justice, that a jurisdiction clause included in a domestically internal contract that has been artificially internationalized indeed falls under private international law and the effective regime, such as that of the Brussels I Regulation?*"¹⁷¹.

Fortunately for some and less for others, the prophecy did occur and the CJEU eventually decided to rule on such question. It expressed its decision in a far-reaching judgment of February 8th, 2024, under the daunting name of *Inkreal v. Dúha reality* (C-566/22).

B. Inkreal (C-566/22): Jurisdiction without an objective cross-border element

Understanding the EU's failure to provide a positive definition of what constitutes an international element for purposes of its application allowed us to set the background for a case such as *Inkreal* to emerge. Taking place before the Czech jurisdictions, the lawsuit involving *Inkreal* and *Dúha reality*, two litigants located in Slovakia, refers to a

¹⁶⁸ CJEU, Judgment of July 14th, 2022, case C-274/21, *EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H. v. Republik Österreich and Bundesbeschaffung GmbH*, para. 57.

¹⁶⁹ Similar caselaw is CJEU, Judgment of May 7th, 2020, case C-641/18, *LG v. Rina SpA and Ente Registro Italiano Navale*, para. 25.

¹⁷⁰ CJEU, Judgment of June 8th, 2017, case C-54/16, *Vinyls Italia SpA v. Mediterranea di Navigazione SpA*.

¹⁷¹ BUREAU D., MUIR WATT H., *La désignation d'une juridiction étrangère dans un contrat entre parties établies dans un même État membre relève de l'article 25 du règlement Bruxelles I bis*, in "Revue critique de droit international privé", 2024, p. 348, quoting Louis d'Avout's note on the C-54/16 *Vinyls Italia SpA v. Mediterranea di Navigazione SpA* caselaw (translated in English).

forum-selection clause inserted in their contract which conferred jurisdiction upon the Czech courts. Surprised by such clause, and notably by the fact that the dispute in cause was purely domestic to Slovakia, the Czech judge referred the following preliminary question to the Luxembourg judge: “*From the perspective of the existence of an international element, which is required for [Regulation No 1215/2012] to apply, [can] the application of [that regulation] be based solely on the fact that two parties with their seat in the same Member State agree on the jurisdiction of courts of another EU Member State?*”¹⁷².

At first glance, the Czech courts are seeking confirmation of their jurisdictional power in this particular dispute. In fact, the Czech courts reasonably doubted the enforceability of a forum-selection agreement in favor of their courts provided that they did not hold any link with the dispute. However, the CJEU, in the previous *Zelger* ruling, relative to the 1968 Brussels Convention, had confirmed that no objective connection is required between the legal relationship and the chosen court for the purposes of then Article 17¹⁷³. Therefore, the question dwelled not upon the fact that parties were designating a jurisdiction *external* to their dispute, but rather the fact that the only international element present in the matter at stake is the forum-selection agreement.

Despite depicting a clear framework for the question referred by the Czech Supreme Court, the Advocate General Jean Richard de la Tour’s Advisory Opinion was rejected outright by the CJEU in its *Inkreal* judgment. Scholars have noted that this preliminary reference represents the first opportunity for the CJEU to rule on the provisions related to the internationality of forum-selection agreements¹⁷⁴. Whilst the Court here ruled in the opposite direction recommended by the Advocate General, it nonetheless clarified the concept of what constitutes a “cross-border” situation when the elements of the relationship are located in the same Member State and the parties have agreed that a court, or the courts of other Member States, have jurisdiction via a forum-selection agreement.

The First Chamber of the CJEU answered the preliminary reference brought by the Czech Supreme Court and responded to the preliminary reference as follows: “Article 25(1) of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters must be interpreted as meaning that *an agreement conferring jurisdiction by which the parties to a contract who are established in the same Member State agree on the jurisdiction of the courts of another Member State to settle*

¹⁷² C-566/22, *Inkreal s.r.o. v. Dúha reality s.r.o.*, para. 13. Note that a similar preliminary reference had been introduced a few years earlier in a Portuguese lawsuit. See CJEU, case C-136/16, *Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, S.A. v. Banco Santander Totta, S.A.*, (preliminary reference withdrawn).

¹⁷³ CJEU, Judgment of January 17th, 1980, case C-56/79, *Siegfried Zelger v. Sebastiano Salinitri*, para. 4.

¹⁷⁴ See generally LESCURE K., *L’existence d’une clause attributive de juridiction constitue en soi un élément d’extranéité suffisant pour entraîner l’application de Bruxelles I bis*, in “La Semaine Juridique Notariale et Immobilière”, Number 10, Act. 381, March 8th, 2024.

*disputes arising out of that contract is covered under that provision, even if that contract has no other connection with that other Member State.”*¹⁷⁵.

In other words, the Court plainly affirmed that, in the context of the application of Article 25 of the Brussels Recast, parties exclusively located in the same Member State can extend jurisdiction via a forum-selection agreement to another Member State, without any connection to the designated Member State, or any other international element. Such ruling was particularly unexpected for it included the extension of the Brussels Recast’s jurisdictional rules to purely domestic disputes. Indeed, Olivia Lopes Pegna underlined in 2018 that we could “*imagine resistance from Member States to an extension of the Union’s competences inward (that is, in relation to domestic matters)*” but that such resistance would probably not apply “*to extending the notion of cross border dispute beyond the Union’s borders*”¹⁷⁶.

Concretely, the judges in the *Inkreal* ruling justify their reasoning in light of the objectives of upholding party autonomy and promoting legal certainty, recognizing the internationalizing function of the forum-selection agreement in favor of the jurisdiction of the Czech courts in the case of a purely Slovakian domestic case. Where an objective international element was previously required, now a subjective international element is deemed sufficient. Undoubtedly, the lack of a clear definition of what constitutes an “international element” under the Recast has enabled the Court to interpret the presence of a forum-selection clause, even in a purely domestic contract, as sufficient to trigger the Regulation. From an *epistemological* perspective, Horatia Muir Watt argued that the silence of Article 25 almost compels such an interpretation. Therefore, the CJEU was given the discretion to recognize a mere forum-selection agreement as enough of an international element to apply the Brussels Recast¹⁷⁷. However, it did find some legal basis for its justification under party autonomy, along with the need to strengthen the enforcement of forum-selection agreements, as recalled by the Recitals of the Recast.

C. Cabris Investment (C-540/24): Consolidating the exportation of EU jurisdiction

Before turning to the broader effects of *Inkreal*, it is important to observe that the Court has since reinforced and extended its logic¹⁷⁸. In *Cabris Investment*, decided on October 9th, 2025, the CJEU confirmed that Article 25 of the Brussels Recast also applies

¹⁷⁵ C-566/22, *Inkreal s.r.o. v. Dúha reality s.r.o.*, para. 40 (emphasis added).

¹⁷⁶ LOPES PEGNA, *La nozione di controversia “transfrontaliera” nel processo di armonizzazione delle norme di procedura civile degli Stati Membri dell’Unione europea*, in “Rivista di diritto internazionale privato e processuale”, Number 4, 2018, p. 922 (translated in English from Italian).

¹⁷⁷ LESCURE K., *L’existence d’une clause attributive de juridiction constitue en soi un élément d’extranéité suffisant pour entraîner l’application de Bruxelles I bis*, op. cit.

¹⁷⁸ OKUR S., *CJEU, Case C-540/24, Cabris Investments Ltd v. Revetas Capital Advisors LLP: Jurisdiction Clause in Favour of an EU Court is Subject to Art. 25 Brussels Ibis Regulation even if Both Parties are Domiciled in the Same Third State*, Conflict of Laws.net, October 13th, 2025, <https://conflictoflaws.net/2025/cjeu-case-c-540-24-cabris-investment-jurisdiction-clause-in-favour-of-eu-court-is-subject-to-art-25-brussels-ia-even-if-both-parties-are-domiciled-in-the-same-third-state/>, February 2026.

where the parties to a contract are both domiciled in the same third State, in that case the United Kingdom, and designate the courts of a Member State as competent to hear their disputes. The Court held that such an agreement “falls within the scope of [Article 25], even if the underlying contract has no further connection with the Member State chosen as the place of jurisdiction.”¹⁷⁹.

As in *Inkreal*, both parties were domiciled in a single State. However, the decisive distinction was that this State was the United Kingdom, now a third State, and the sole link with the European Union derived from the parties’ designation of the Vienna commercial court¹⁸⁰. The internationality of the dispute thus rested entirely on the subjective will of the parties, not on any objective territorial or factual connection to the chosen Member State, alike in *Inkreal*. By adopting this reasoning, the Court effectively read *Cabris* through the combined lens of *Owusu* and *Inkreal*: *Owusu* had already established that the Brussels System may apply where a Member State is involved alongside a third State, while *Inkreal* clarified that party autonomy can itself generate the relevant cross-border element. *Cabris* merges these strands and confirms that Article 25 may be triggered even where the underlying contractual relationship is entirely *external* to the Union, provided that a Member State court is chosen.

Cabris therefore does not qualify or limit *Inkreal* but rather consolidates and externalizes it, which contributes to this article’s theory. If *Inkreal* internalized jurisdictional mobility within the Union by allowing purely domestic disputes to be “Europeanized” through party autonomy, *Cabris* confirms that the same logic permits the exportation of EU jurisdiction beyond its territorial boundaries, implying a possible arbitration-like feature of the EU jurisdictional forum. Article 25 thus emerges not merely as a rule of allocation among Member States, but as a gateway through which EU jurisdiction can be projected outward, further entrenching the Union’s evolution toward a quasi-arbitral judicial space.

II. Inkreal and Cabris as instruments of jurisdictional integration

A. Jurisdiction as a “fifth freedom”: The integrationist potential of Article 25

Through *Inkreal* and its consolidations in *Cabris Investment*, the CJEU has explicitly recognized the internationalizing role of forum-selection agreements designating the courts of another Member State, even where the underlying dispute is purely domestic or entirely external to the Union. By accepting party autonomy as sufficient to generate the relevant cross-border element, the Court has transformed Article

¹⁷⁹ CJEU, Judgment of October 9th, 2025, case C-540/24, *Cabris Investments Ltd v Revetas Capital Advisors LLP*, operative part of the judgment.

¹⁸⁰ This trend mirrors the increasing selection of specialized European commercial courts by foreign litigants (see footnote 33).

25 into a mechanism through which disputes may circulate freely *within*, and now even *toward*, the European judicial space.

While this shift undoubtedly affects the substantive outcome of individual disputes, its deeper significance lies at the constitutional level. The Founding Treaties established the internal market upon four classical freedoms, which include the free movement of goods, persons, services, and capital, designed to dismantle regulatory barriers and promote economic integration. *Inkreal* and *Cabris* together suggest the emergence of a parallel dynamic: *the free movement of lawsuits*¹⁸¹. Jurisdiction itself becomes mobile, litigants are no longer confined to the forum naturally linked to their dispute; instead, they may reallocate adjudicative authority within the Union through contractual choice. In this sense, Article 25 of the Brussels Recast operates as a vector of integration, enabling the circulation not of economic factors but rather of adjudicative power.

At first glance, such a “fifth freedom” may appear as a logical extension of the internal market’s integrationist ambition. If economic actors are free to move, contract, invest and provide services across borders, why should they not also be free to select the judicial forum best suited to their needs? Yet this development simultaneously reveals the assertive role of the CJEU in advancing what is commonly described as negative integration. Unlike positive integration, which requires legislative harmonization through political processes, negative integration proceeds through judicial interpretation, dismantling national constraints without necessarily replacing them with a uniform regulatory framework¹⁸².

By expansively interpreting Article 25, the Court has effectively removed the territorial limits that once confined the Brussels regime to objectively cross-border situations. In doing so, it has extended the functional reach of EU jurisdiction without corresponding legislative intervention clarifying the scope of Article 81 TFEU. This dynamic recalls earlier moments in the Union’s constitutional evolution, such as the recognition of *implied external competences*, where the Court expanded the Union’s authority through interpretative reasoning rather than express Treaty amendment¹⁸³. The integration achieved through *Inkreal* and *Cabris* is therefore not merely procedural. It redistributes adjudicative authority within the Union and projects it outward, reinforcing the idea that Member State courts form an *interchangeable* and *integrated* judicial area¹⁸⁴. Whether this judicial mobility strengthens the internal market or unsettles the

¹⁸¹ See generally KIRÁLY M., *Forum à la carte: Free movement of lawsuits in the EU after Inkreal?*, in “Common Market Law Review”, 2025, pp. 187-.

¹⁸² SCHÜTZE R., *Free Movement of Goods I: Negative Integration*. European Union Law, 2013-2025, <https://european-union-law.schutze.eu/chapter/free-movement-of-goods-i-negative-integration/content/>, January 2026.

¹⁸³ See generally CJEU, Judgment of March 31st, 1971, case C-22/70, *Commission v. Council (ERTA)*.

¹⁸⁴ See generally BUREAU D., MUIR WATT H., *Inkreal: Jurisdictional Barrier-crossing in Domestic Cases: A Threefold Critique*, EAPIL, March 1st, 2024, <https://eapil.org/2024/03/01/inkreal-jurisdictional-barrier-crossing-in-domestic-cases-a-threefold-critique/>, February 2026.

constitutional balance between Union competence and Member State sovereignty remains one of the central questions raised by this emergent “fifth freedom”.

B. The costs of jurisdictional expansion: legitimacy, predictability, and constitutional balance

If *Inkreal* and *Cabris* may be read as consolidating a form of “jurisdictional integration” within the Union, the constitutional implications of such expansion cannot be ignored. The recognition of party autonomy as sufficient to internationalize an otherwise purely domestic dispute strengthens the integrative logic identified above. Yet the same movement simultaneously raises concerns regarding legitimacy, predictability, and the equilibrium between Union integration and Member State sovereignty. From a functional perspective, the broadened interpretation of Article 25 of the Brussels Recast offers tangible advantages. The ability to designate the courts of another Member State may reflect legitimate commercial considerations such as alignment with the nationality of shareholders or directors, as illustrated in the facts of *Inkreal*¹⁸⁵, recourse to specialized commercial courts¹⁸⁶, procedural efficiency, linguistic convenience, or even desire to avoid a domestic system perceived as lacking quality of independence¹⁸⁷. In this sense, party autonomy operates as an instrument of rational economic organization within an integrated judicial area.

Moreover, while critics warn that such an approach may intensify forum shopping in the short term¹⁸⁸, a longer-term perspective suggests a more nuanced dynamic. Persistent diversion of cases away from certain jurisdictions could operate as a signal of structural deficiencies, encouraging institutional reform and regulatory convergence. Judicial mobility might thus function as a subtle mechanism of market self-correction, fostering higher standards of transparency, efficiency and judicial independence across the Union¹⁸⁹. The *interchangeability* of European forums marks a significant doctrinal shift. Unlike international arbitration, where the seat remains characterized by *distinctive* procedural frameworks, supervisory courts, and legal traditions, the logic emerging from Article 25 presupposes a functional *equivalence* among Member State courts, grounded in the fundamental European principles of mutual trust and automatic recognition¹⁹⁰. The choice of forum within the Union is thereby neutralized in constitutional terms as it is no

¹⁸⁵ WELLER M., *Choice of Court Agreements – Old Issues and Recent Developments: Delineating EU Law from Member State Law – The Latest from the CJEU on Choice of Court Agreements (Inkreal, Lastre, Maersk)*, in “Yearbook of Private International Law”, Vol. 26 (2024/2025), p. 113.

¹⁸⁶ DRAGUIEV D., op. cit., p. 14, underlining how many jurisdictions have now created special courts for international disputes such as the *Netherlands Commercial Court for international business disputes* based in Amsterdam, the *German commercial courts* based in Stuttgart and Mannheim, and the *Brussels International Business Court*, which all operate in English language to ensure attractiveness of foreign litigants.

¹⁸⁷ WELLER M., op. cit., p. 114.

¹⁸⁸ DRAGUIEV D., op. cit., p. 1, arguing that *Inkreal* “opens a door for forum selection within the EU”.

¹⁸⁹ WELLER M., op. cit., p. 114 and KIRÁLY M., op. cit., p. 193.

¹⁹⁰ See generally BOHÁČEK L., *Mutual trust in EU law: trust ‘in what’ and ‘between whom’?*, in “European journal of legal studies”, 2022, Vol. 14, No. 1, pp. 103-140.

longer an exception justified by objective cross-border elements, but an exercise of mobility within a supposedly homogeneous judicial space.

Such reasoning, however, sits uneasily with the broader architecture of private international law. The contrast with the 2005 Hague Convention on Choice-of-Court Agreements illustrates this tension. While the Hague regime adopts a more restrained approach to internationality in a multilateral context of sovereign equality, the Union's interpretation under *Inkreal* appears more expansive. For some commentators, this incoherence weakens the systematic consistency of the EU's external and internal judicial cooperation. Others, including Weller, argue that had the EU legislature intended to exclude purely subjective internationalization, it would have done so expressly, as the Hague Conference did¹⁹¹. Yet the comparison is not as straightforward insofar as the Hague Conference operates in a horizontal multilateral framework, whereas the European Union constitutes a vertically integrated legal order. Member States may therefore accept broader jurisdictional mobility within the Union, precisely because they participate in a shared constitutional structure. Nonetheless, the reliance on mutual trust cannot entirely eclipse the sovereignty dimension of adjudicative authority of each Member State. Jurisdiction should remain, to some extent, a pure expression of public power.

Therefore, *Inkreal* and *Cabris* thus do more than expand Article 25; they subtly reshape the nature of judicial cooperation within the Union. When jurisdiction may now be freely designated without objective territorial links, adjudicative authority begins to resemble a matter of contractual allocation rather than sovereign attachment. This development invites a reconsideration of Article 25 through a different lens, one that draws a functional analogy with the field of arbitration.

III. From judicial cooperation to quasi-arbitration: Re-reading Article 25

A. Why arbitration is the right analogy for the EU's jurisdictional turn

If *Inkreal* and *Cabris* reveal a shift from territorially anchored jurisdiction toward party-driven allocation of adjudicative authority, the arbitration analogy becomes more than illustrative but rather structurally revealing. Similarly to arbitration, forum-selection under Article 25 operates as a private enforcement mechanism, generally embedded in a contractual clause and designed to satisfy the parties' strategic interests in dispute resolution. The context in which this evolution occurs is not neutral. In recent years, certain Member States have witnessed a decline in public trust in their judicial institutions following political and constitutional tensions, notably Poland and Hungary, both of which have experienced significant decreases in their rule of law scores (respectively -2.4% and -1.4%) according to the *World Justice Project Rule of Law Index*¹⁹². In such circumstances, the ability to designate a foreign forum may be perceived as a safeguard

¹⁹¹ WELLER M., op. cit., p. 103.

¹⁹² WORLD JUSTICE PROJECT, *European Union's Top Court Rules Against Hungary and Poland in Rule of Law Showdown*, World Justice Project (16 Feb. 2022).

of judicial independence. The choice of jurisdiction, much like that of arbitration, becomes a mechanism for securing neutrality, predictability and institutional reliability within an integrated judicial space.

From the perspective of the parties, the functional objectives of arbitration and forum-selection often converge. Both mechanisms aim to secure a neutral decision-maker, procedural efficiency, and a favorable normative environment. It may even be argued that where parties choose jurisdiction rather than arbitration, they may be constrained by subject-matter limitations preventing recourse to arbitration, since arbitration depends on the sovereign's decision to delegate certain disputes to private adjudication. In many national systems, moreover, the qualification of arbitration as "international" presupposes the existence of a cross-border element¹⁹³. By contrast, following *Inkreal*, Article 25 permits the internationalization of a purely domestic dispute through the sole will of the parties. The threshold of objective internationality, previously central to the Brussels regime and to Article 81 TFEU, is thereby attenuated.

At the same time, similarly to arbitration, this development raises concerns of access and equality. While sophisticated commercial actors may strategically allocate jurisdiction across the Union, more economically vulnerable litigants may lack the resources to pursue litigation abroad and remain bound to domestic systems of lower perceived quality. Arbitration has long been criticized for privileging well-resourced parties capable of bearing the costs of international proceedings; the expanded use of Article 25 risks producing comparable asymmetries within the judicial sphere. Although the Brussels Recast provides protective mechanisms for consumers, insured parties and employees (at Section 3, 4 and 5 of the instrument), not all litigants benefit from such safeguards. The expansion of party autonomy thus risks reinforcing structural asymmetries within the judicial marketplace that *Inkreal* has helped consolidate.

The growing proximity between arbitration and jurisdiction is increasingly acknowledged in private international law scholarship. Arbitration remains formally excluded from the scope of the Brussels Recast¹⁹⁴ and continues to be governed primarily by the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards¹⁹⁵. Nevertheless, *Inkreal* significantly broadens party autonomy in jurisdictional matters in a manner reminiscent of arbitral practice. By selecting a forum, parties indirectly influence the applicable law, procedural framework, and relevant public policy standards. The choice-of-forum becomes a strategic tool capable of shaping the substantive outcome of the dispute. Traditionally, the Brussels System, as reflected in Article 81 TFEU, the Recitals of the Recast, and earlier interpretative materials such as

¹⁹³ For example, the French Code of Civil Procedure states at Article 1504 that "*An arbitration is international when it involves the interests of international commerce*" (translated in English from French), yet this article is subject to reform to include in its definition broader "international economic interests".

¹⁹⁴ Article 1(2)(d), Brussels Recast, which states: "*This Regulation shall not apply to: [...] arbitration; [...]*".

¹⁹⁵ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10 June, 1958, 330 U.N.T.S. 3 (New York Convention).

the Jenard and Schlosser Reports, presupposed the existence of a cross-border dispute. In *Inkreal*, however, the Court accepted a mere forum-selection clause in favor of another Member State as sufficient to generate the international element required for the application of the Regulation. The parties were thus permitted to construct internationality subjectively, bypassing the objective threshold that had previously structured the System. In doing so, the Court reinforced the logic of *interchangeability* already identified above: Member State courts are treated as functionally equivalent adjudicative fora within a common judicial area sustained by mutual trust.

Philippine Blajan accordingly compares the designation of a neutral judge, such as in *Inkreal*, to the appointment of a “public arbitrator”¹⁹⁶. Arbitration’s core function lies in enabling parties to remove their dispute from the ordinary jurisdiction of state courts and entrust it to privately appointed adjudicators. Forum-selection agreements under Article 25 do not privatize dispute resolution, yet they partially replicate this emancipatory dynamic by allowing parties to evade the “natural” judge and to designate a different sovereign court. The judge selected pursuant to Article 25 thus occupies a hybrid position: at once an organ of state sovereignty and an authority contractually designated by private actors. Blajan further observes that arbitration is becoming more jurisdictional, while jurisdiction is becoming increasingly contractual, if not quasi-arbitral. *Inkreal* exemplifies this convergence. The decision contributes to transforming Article 25 from a coordinating device within judicial cooperation into a mechanism of contractual allocation of adjudicative authority. The choice of a Czech court in a purely domestic dispute, as in *Inkreal*, illustrates how jurisdiction may now function analogously to the designation of an arbitral seat.

The comparison may be illuminated by reference to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Article 1(3)(b)(i) of the 2006 Model Law provides that arbitration is “international” where “*one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement.*”. The will of the parties may therefore suffice to internationalize proceedings even where the substantive relationship is entirely domestic. Formally, this resembles the subjective internationalization endorsed in *Inkreal*¹⁹⁷. Yet the structural foundations differ profoundly. Arbitration exists only insofar as States consent to surrender certain disputes to an extrajudicial mechanism; its authority ultimately derives from national law and remains subject to judicial supervision at the seat. Jurisdiction, by contrast, constitutes a direct emanation of sovereign power. Within the European Union, however, this sovereign allocation is no longer exclusively national. Through the Brussels regime, a supranational legal order effectively authorizes the extraction of a dispute from one Member State’s adjudicative sphere and its attribution to another, even absent objective

¹⁹⁶ BLAJAN P., *La combinaison des autonomies en droit international privé des contrats. Étude des interactions entre la clause de choix de juridiction et la clause de choix de loi*, Vareilles-Sommières Pascal (dir.), Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2021, p.357.

¹⁹⁷ DRAGUIEV D., op. cit., p. 11.

territorial links. What in arbitration results from sovereign delegation to private actors, in the Union results from supranational redistribution of public authority.

The arbitration analogy therefore exposes the deeper constitutional transformation initiated by *Inkreal*. Article 25 no longer merely coordinates jurisdiction in cross-border situations; it enables the contractual reallocation of sovereign adjudicative power within an integrated judicial space. While sustained by mutual trust and internal market logic, this evolution pushes judicial cooperation toward a quasi-arbitral model, one that challenges traditional understandings of territoriality, competence, and the limits imposed by Article 81 TFEU.

B. Procedural safeguards missing from the EU's quasi-arbitral design

If *Inkreal* contributes to the emergence of a quasi-arbitral allocation of jurisdiction within the Union, it does so without the procedural safeguards that typically accompany comparable mechanisms elsewhere. The Brussels System was never designed to promote judicial competition; yet the combined effect of *Inkreal* and *Cabris* undeniably encourages it. Crucially, the Regulation does not contain a reasonableness or connection requirement capable of tempering party autonomy. A useful comparison may be drawn with United States jurisprudence. In *The Bremen v. Zapata Off-Shore Company* caselaw¹⁹⁸, the Supreme Court rejected the traditional “ouster” rationale and held that forum-selection clauses in international commercial agreements concluded between sophisticated parties are *presumptively enforceable*, provided they are reasonable and not contrary to public policy¹⁹⁹. The selected forum itself need not possess an objective connection to the dispute; rather, the agreement must not be unconscionable in the contractual sense. Enforcement may be refused where the clause results from fraud, overreaching, or where litigation in the chosen forum would be gravely difficult or unfair²⁰⁰. Although the burden placed on the challenging party remains heavy, the *reasonableness* test nevertheless operates as a corrective mechanism.

Notably, *The Bremen* suggested that resolving “essentially local disputes in a remote alien forum” might be unreasonable²⁰¹. In practice, U.S. courts do not systematically require a substantial connection between the forum and the dispute, in a manner that partially resembles *Inkreal*. However, the doctrine still allows consideration of factors such as denial of an effective remedy, serious inconvenience amounting to a loss of one’s day in court, abuse of economic power, or incompatibility with due process or public policy. Even if its contours remain uncertain²⁰², the American framework

¹⁹⁸ *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972).

¹⁹⁹ COYLE J., “Contractually Valid” Forum Selection Clauses, in “Iowa Law Review”, 2022, p. 165.

²⁰⁰ LAGERMAN L., *Choice of Forum Clauses in International Contracts: What is Unjust and Unreasonable*, in “International Lawyer”, Number 4, 1978, p. 790.

²⁰¹ BUXBAUM, H., *Forum Selection in International Contract Litigation: The Role of Judicial Discretion*, in “Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution”, Number 12, 2004, p. 195.

²⁰² FERNANDEZ N., *Enforcement of Forum Selection Clauses in Transnational Contracts*, op. cit., p. 289.

provides a discretionary safety valve which is instead absent from the Brussels regime. Indeed, such a *reasonableness* standard would sit uneasily within the EU system. It would require Member State courts to exercise discretionary powers that conflict with the objective of uniformity and predictability underlying the Brussels Recast. The CJEU has consistently resisted discretionary doctrines. In particular, it has excluded the application of *forum non conveniens*²⁰³. The *Owusu* judgment is illustrative: the Court prohibited an English court from declining jurisdiction under Article 2 of the Convention (now Article 4 of the Recast), despite the dispute's stronger connection to Jamaica, for it was deemed incompatible with the principles of predictability and mutual trust underpinning the Brussels System²⁰⁴.

Owusu therefore prepared the structural terrain upon which *Inkreal* could later emerge. If a court of the defendant's domicile cannot decline jurisdiction even in favor of a third State, a court designated under Article 25 likewise lacks discretion to refuse jurisdiction on grounds of weak connection. The absence of both a *reasonableness* test and a *forum non conveniens* doctrine reinforces the automaticity of party-designated jurisdiction. In this sense, the EU's quasi-arbitral turn is more rigid than arbitration itself. This raises a broader question: if Member State courts are increasingly treated as *interchangeable* adjudicative fora, will the Union ultimately move toward further harmonization of procedural rules in order to sustain this interchangeability? *Inkreal* strengthens mobility, but it leaves untouched the structural diversity of national procedural systems, creating therefore a tension within the framework that may intensify over time²⁰⁵.

C. Codification or containment? Rethinking the future of EU jurisdiction

The transformative implications of *Inkreal* have not gone unnoticed. At a Round Table held on July 8th, 2025, it was suggested that the evolution of the Brussels Recast does not herald a revolution, but rather a “kosher development” whose consequences must now be carefully assessed²⁰⁶. The European Commission has announced the preparation of a Report on the application of the Brussels Recast, expected by the end of 2027. This evaluation will likely consider not only procedural effects but also the broader socio-economic impact of Article 25 as interpreted by the Court, with a possible reform horizon extending toward 2030.

Yet technical adjustment may not suffice. *Inkreal* raises a constitutional issue concerning the scope of Article 81 TFEU, which conditions judicial cooperation on cross-border implications. By accepting a purely subjective element, the parties' will, as

²⁰³ According to LII, *Forum non conveniens*, Cornell Law School Legal Information Institute, https://www.law.cornell.edu/wex/forum_non_conveniens, February 2026.

²⁰⁴ CJEU, Judgment of March 1st, 2005, case C-281/02, *Andrew Owusu v. NB Jackson*, para. 46.

²⁰⁵ See generally KIRÁLY M., op. cit.

²⁰⁶ Virtual Roundtable on the Commission's Report on the Brussels Ia Regulation, hosted by ConflictOfLaws.net, 8 July 2025, with Andrew Dickinson (University of Oxford), Stefano Dominelli (University of Genoa), Pietro Franzina (Catholic University of the Sacred Heart, Milan), Thalia Kruger (University of Antwerp), and Tobias Lutzi (University of Augsburg) (author in attendance).

sufficient to establish internationality, the Court has expanded the functional reach of Union competence. Any future reform must therefore clarify the contours of this competence and determine whether subjective internationalization is to be codified, limited, or recalibrated. Legislative intervention could take several forms. One possibility would be the introduction of a narrowly tailored procedural safeguard, analogous though not identical to a *reasonableness* mechanism, ensuring that jurisdiction is not allocated to a forum entirely unrelated to the dispute. Such a safeguard would need to balance party autonomy with respect for Member State sovereignty and avoid undermining predictability. The objective would not be to replicate arbitration, but to prevent the Brussels System from evolving into an unqualified quasi-arbitral regime.

Ultimately, while the protection of party autonomy and the promotion of legal certainty in an integrated market are legitimate aims, they cannot justify the construction of a framework that risks constitutional incoherence. The challenge ahead is therefore not whether to preserve Article 25's integrative potential, but how to contain it within a coherent institutional and constitutional architecture.

**CONFLICTOS DE SOBERANÍA EN LA
APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE
LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760 DE
DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL
EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD
CORPORATIVA**



*Maria Alejandra Gonzales
Pinedo (4º GED)*

Abstract

La Directiva de la Unión Europea 2024/1760 (“CSDDD”), establece obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad y derechos humanos para grandes empresas, europeas y no europeas. Su ámbito subjetivo de aplicación alcanza a empresas no establecidas en el mercado europeo pero que realizan una actividad significativa en dicho mercado. Por otro lado, la norma europea tendrá efectos indirectos en otras empresas fuera de dicho mercado a través de la cadena de actividades de la empresa obligada. Estos efectos extraterritoriales, directos e indirectos, plantean la cuestión de la aplicación extraterritorial de las normas domésticas y sus implicaciones bajo el derecho internacional público.

Este artículo analiza algunas de las implicaciones de la extensión territorial de la aplicación de la norma europea, su justificación, y los límites resultantes de los principios de soberanía y no intervención. Además, se apuntan potenciales conflictos en el marco de derecho económico internacional que reflejan la tensión con el marco internacional de los derechos humanos; y finalmente se concluye con un análisis crítico sobre la justificación extraterritorial de la Directiva.

Palabras Clave: CSDDD; Extraterritorialidad; Soberanía; Derecho Internacional Público, Derecho Económico; Derechos Humanos, Derecho de la Unión Europea, Jurisdicción.

I. Introducción

En el contexto del Pacto Verde Europeo²⁰⁷, la Unión Europea (UE) ha impulsado normativas que contienen obligaciones complementarias²⁰⁸ y vinculantes para la empresa en materia de sostenibilidad. Mientras la Directiva 2022/2464 (CSRD) se centra en

²⁰⁷ Consejo de la Unión Europea, Pacto Verde Europeo, <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-green-deal/>

²⁰⁸ Stefano Spinaci, Corporate sustainability due diligence: How to integrate human rights and environmental concerns in value chains, Briefing, PE 729.424, 3.ª ed., European Parliamentary Research Service, octubre de 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729424/EPRS_BRI\(2022\)729424_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729424/EPRS_BRI(2022)729424_EN.pdf).

CONFLICTOS DE SOBERANÍA EN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760

deberes de transparencia y divulgación de información en materia de sostenibilidad empresarial²⁰⁹, la Directiva (UE) 2024/1760 (CSDDD o Directiva sobre diligencia debida empresarial en sostenibilidad (a la que me referiré en sus siglas inglesas “CSDDD” o “la Directiva”) establece obligaciones jurídicas directas de diligencia debida en derechos humanos y medio ambiente²¹⁰. El análisis del presente artículo se refiere sólo a la CSDDD.

La aplicación extraterritorial de la CSDDD es la cuestión jurídica principal que se discute en este artículo con el objetivo de responder las siguientes cuestiones: **¿Tiene la CSDDD efectos extraterritoriales? Si es así, están justificados bajo el Derecho Internacional Público?** Esta cuestión tiene interés porque, la Directiva despliega efectos directos sobre las empresas no europeas que realizan un volumen de negocio importante en la UE (efectos extraterritoriales directos por medio de su ámbito subjetivo de aplicación); y también, tiene un impacto indirecto sobre las empresas u operadores económicos de países terceros que están integrados en su cadena de actividades transnacionales (efectos extraterritoriales indirectos a través de la cadena de socios comerciales). Estos efectos plantean conflictos con el principio de territorialidad del DIP, cuestionando la soberanía de países terceros.

En el ámbito del derecho internacional público (ahora en adelante, “DIP”), el análisis de la jurisdicción prescriptiva está ligado inseparablemente al principio de soberanía²¹¹. La jurisdicción prescriptiva se define como la autoridad estatal para hacer que las reglas sean aplicables²¹². De ello deriva por un lado, el principio de soberanía, que se define como: *“la autoridad conferida a los más altos cargos e instituciones de los Estados: su supremacía sobre todas las demás autoridades de un país según lo define el derecho constitucional, y su independencia política y jurídica entre sí.”*²¹³ Y por otro lado, deriva también el principio de no injerencia, que según la Corte Internacional de Justicia *“implica el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia extranjera”*²¹⁴. La jurisdicción prescriptiva se focaliza en la potestad exclusiva de los Estados para ejercer sus funciones legislativas dentro de sus límites fronterizos, lo cual opera como restricción a la intervención de países terceros, aunque también alcanza a las funciones judiciales y ejecutivas. No obstante, a efectos del presente análisis, la atención se centra exclusivamente en el poder legislativo y, por tanto, no se abordará la dimensión

²⁰⁹ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 322 de 16.12.2022, pp. 15-80, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022L2464>.

²¹⁰ Accountancy Europe, “CSRD & CSDDD: key provisions and concepts”, 4 de febrero de 2025, <https://accountancyeurope.eu/publications/csrd-csddd-key-provisions-and-concepts/>

²¹¹ M. Urrea Corres, “La jurisdicción del Estado en el Derecho Internacional Público”, en Cuadernos de la Escuela Diplomática n.º 49, 2013, p. 26.

²¹² Jeffrey L. Dunoff, Monica Hakimi y Steven R. Ratner, *International Law: Norms, Actors, Process: A Problem-Oriented Approach* (6.ª ed., Aspen Publishing 2025).

²¹³ F. H. Hinsley, *Sovereignty* (2.ª ed., Cambridge University Press, 1986)

²¹⁴ I.C.J., Reports, 1986. parr. 202

judicial (o exigibilidad ante tribunales civiles de responsabilidades por incumplimiento de obligaciones) ni la ejecutiva (sanciones administrativas por incumplimiento) de la CSDDD.

Para que la jurisdicción prescriptiva pueda ejercerse fuera del territorio de un estado debe estar asociada a algún elemento de conexión existente bajo el DIP como la nacionalidad o el principio de territorialidad, pero también caben elementos excepcionales como la protección de intereses públicos transnacionales, la universalidad, o la doctrina de los efectos. El principio de “territorialidad” es definido como el derecho de un Estado a ejercer sus funciones de manera exclusiva dentro de sus fronteras²¹⁵. Por otro lado, la “doctrina de efectos” es aquella que legitima una intervención soberana debido en la existencia de efectos externos directos, sustanciales y previsibles dentro de su territorio²¹⁶.

La hipótesis central en este artículo parte de que la aplicación extraterritorial de la CSDDD tiene sólidas justificaciones basadas en la doctrina de territorialidad y efectos, así como en la salvaguarda de bienes jurídicos universales como son los derechos humanos y el medio ambiente. Sin embargo, los efectos extraterritoriales de la Directiva generan paralelamente conflictos inevitables con otros principios del DIP: la soberanía estatal, la no injerencia, cortesía internacional, proporcionalidad, entre otros. Dicho esto, el análisis consistirá principalmente en los efectos directos de la CSDDD, ya que los efectos indirectos se materializan fundamentalmente en el ámbito de la autonomía de la voluntad que rige en las relaciones comerciales de las cadenas de actividades y, por tanto, pertenecen en mayor medida al ámbito del derecho privado de los contratos y del derecho internacional privado. No obstante, esto señala, precisamente, potenciales problemáticas en la exigibilidad de alguna medidas contenidas en la CSDDD: la empresa obligada en la UE depende de que los operadores de la cadena de actividades situados en países terceros, acepten cumplir con las exigencias o compromisos que les hagan las empresas obligadas en cumplimiento de la Directiva, sin que esta norma les otorgue un derecho a pueda imponer jurídicamente tal cumplimiento, lo que limita la efectividad real de la diligencia debida.

A continuación se realiza, en primer lugar, un somero análisis del marco normativo de la CSDDD y, en particular, de su ámbito de aplicación (Sección II). Después, se explora el alcance extraterritorial desde la perspectiva del DIP, tomando en cuenta los principios de jurisdicción, y las doctrinas que justifican los efectos extraterritoriales y las limitaciones que resultantes del principio de soberanía estatal (Sección III). A continuación, se apuntan algunos posibles conflictos entre la CSDDD y el derecho internacional económico (Sección IV). Finalmente, se realiza una evaluación crítica sobre los fundamentos del actual DIP que justifican los efectos extraterritoriales de la Directiva (Sección V).

²¹⁵ Kohen, M. G. (Ed.). (2016). *Territoriality and International Law*. Edward Elgar Publishing.

²¹⁶ Jeffrey L. Dunoff, Monica Hakimi y Steven R. Ratner, *International Law: Norms, Actors, Process: A Problem-Oriented Approach* (6.ª ed., Aspen Publishing 2025).

II. Marco normativo en la Unión Europea

La principal obligación que contiene la CSDDD es la de desplegar el deber de diligencia debida en materia de sostenibilidad conforme a la regulación establecida en sus arts. 6 a 14. Esta obligación incluye la identificación, prevención, mitigación, eliminación y remedio de efectos adversos, reales o potenciales, en los derechos humanos y el medio ambiente resultantes de las operaciones de la empresa obligada y las de sus filiales y, también, de las operaciones en su cadena de actividades. La CSDDD define los derechos humanos y activos medioambientales protegidos en su Anexo por medio de listados que incluyen derechos específicos e instrumentos internacionales de derechos humanos y medioambientales (por ejemplo, el trabajo forzoso, trabajo infantil, contaminación medioambiental, entre otros)²¹⁷. Asimismo, la Directiva, en sus considerandos sexto, séptimo, octavo y décimo, enfatiza esta perspectiva, reconociendo las directrices impuestas por la OCDE y OIT en materia de derechos humanos en el sector empresarial, así como los objetivos de desarrollo sostenible y el Acuerdo de París en el sector medioambiental²¹⁸.

Tras la adopción por la Comisión europea de la propuesta Ómnibus I en diciembre de 2025, se acordó una simplificación de la CSDDD que, entre otros aspectos, conlleva una reducción sensible de su ámbito de aplicación subjetiva²¹⁹. Originalmente, el art. 2 de la CSDDD preveía umbrales de 1.000 empleados y de 450 millones de euros de volumen de negocios neto mundial aplicable a empresas constituidas en la UE, así como a empresas en países terceros que operen en el mercado de la Unión y alcancen dicho umbral de facturación. La revisión de la Directiva ha elevado los umbrales a más de 5.000 empleados y 1.500 millones de euros de facturación²²⁰. En todo caso, la cuestión del efecto directo de la Directiva sigue vigente pues su ámbito subjetivo sigue incluyendo a empresas no europeas con actividades en el mercado europeo.

²¹⁷ Stefano Spinaci, Corporate sustainability due diligence: How to integrate human rights and environmental concerns in value chains, Briefing, PE 729.424, 3.ª ed., European Parliamentary Research Service, octubre de 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729424/EPRS_BRI\(2022\)729424_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729424/EPRS_BRI(2022)729424_EN.pdf).

²¹⁸ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 1760 de 5.7.2024, p. 1, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L_202401760.

²¹⁹ Comisión Europea, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards the dates from which Member States are to apply certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements, COM(2025) 80 final, 2025/0044 (COD), 26 de febrero de 2025, https://commission.europa.eu/document/download/71ca40f4-7929-42fc-922c-8a0073b0660f_en?filename=CSDDD%20Omnibus%20proposal_0.pdf.

²²⁰ de Nadal, E., Pérez Manglano, L., & Gerbolés, R. (2024, 26 de julio). El alcance subjetivo de la Directiva: efectos expansivos, pero controlados. ¿A quién afectará la Directiva CS3D? Cuatrecasas. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/litigacion/art/quien-afectara-directiva-cs3d>

Los efectos de la CSDDD se extienden a empresas fuera del mercado europeo también de forma indirecta por medio de la definición de cadena de actividades en su considerando 25 y en el art. 3 letra (g), que establecen que esta incluye tanto las fases que preceden a la producción (diseño, extracción, manufactura y logística de suministros) como las que siguen (almacenamiento y distribución del producto final), siempre que dichas actividades sean efectuadas por socios comerciales en nombre o a cuenta de la sociedad²²¹. Esta estructura proyecta un impacto indirecto sobre dicha cadena de actividades, comúnmente transnacional, de operación que materializa el denominado "Efecto Bruselas", mediante el cual las directrices europeas en materia de derechos humanos y medio ambiente se extienden a empresas de terceros países que son socios comerciales de la empresa obligada, planteando cuestiones de exigibilidad y eficacia²²². Tal como previamente introducido, en el ámbito de los efectos extraterritoriales indirectos, éstos se producen en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Los arts. 8 al 11 de la CSDDD señalan que la debida diligencia es una obligación de la empresa obligada y que las medidas y deberes que la integran, cuando tienen efectos en los socios comerciales de la cadena de actividades deben establecerse y aplicarse por medio de acuerdos e incluir apoyos, soporte, diálogo y cooperación. La Directiva no establece un derecho directo de imposición para suspender temporalmente o poner fin a la relación comercial, dado que estas acciones solo se contemplan como un último recurso y quedan supeditadas a la ley que aplique al contrato con el socio comercial. Lo más importante, la norma impide que la empresa obligada transfiera su obligación y riesgo legal a los socios comerciales de la cadena. Por lo tanto, la efectividad de la norma puede quedar supeditada a que los operadores externos acepten compromisos que permitan a la empresa obligada cumplir con el estándar de conducta de la Directiva; pero la empresa europea carece de potestad jurídica (otra cosa es el poder comercial que tenga) para imponer tales obligaciones en jurisdicciones ajenas.

La extraterritorialidad de la CSDDD ya ha generado preocupación internacional. La Cámara de Comercio de EE.UU. critica que la directiva extiende la jurisdicción de la UE a operaciones sin conexión territorial, obligando a compañías estadounidenses a cumplir normas europeas y enfrentarse a tribunales europeos por actos legales en EE. UU., lo que, según su visión, vulnera la soberanía y territorialidad internacional²²³. Igualmente, la S. 985 Prevent USA Act of 2025 es una propuesta de ley impulsada por el Senado de los Estados Unidos, que busca prohibir que empresas estadounidenses consideradas "esenciales para los intereses nacionales" cumplan con regulaciones extranjeras de

²²¹ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 1760 de 5.7.2024, p. 1, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L_202401760.

²²² Elisabeth de Nadal, Lucía Pérez Manglano y Renée Gerbolés, «El alcance subjetivo de la Directiva: efectos expansivos, pero controlados. ¿A quién afectará la Directiva CS3D?», Cuatrecasas, 26 de julio de 2024, <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/litigacion/art/quien-afectara-directiva-cs3d>

²²³ Zuzul, I. (2025, 9 de octubre). Bad for Business: The Extraterritorial Dimensions of the EU's CS3D. U.S. Chamber of Commerce. <https://www.uschamber.com/international/bad-for-business-the-extraterritorial-dimensions-of-the-eus-cs3d>

sostenibilidad, incluyendo a la CSDDD. Esta propuesta de ley otorga al Presidente de los Estados Unidos de América la autoridad para adoptar medidas que eviten efectos negativos de esta tipología de normas sobre empresas nacionales y contempla la posibilidad de que las empresas estadounidenses afectadas puedan defenderse mediante acciones civiles en EE.UU. contra empresas extranjeras que apliquen las regulaciones extranjeras de forma perjudicial para intereses estadounidenses²²⁴. En la misma línea, el artículo *"The CSDDD and its impact on the energy sector: A focus on Qatar's resource sovereignty"* (Journal of World Energy Law & Business, 2025) comparte dicha preocupación. Este artículo señala que la CSDDD impone indirectamente estándares europeos en sectores con regulaciones domésticas propias, como lo es el sector energético en Qatar, que pueden afectar la soberanía sobre recursos naturales e interferir en la capacidad de decisión del regulador doméstico²²⁵.

III. Alcance extraterritorial de la CSDDD en el Derecho Internacional Público

La CSDDD tiene, pues, vocación de aplicación extraterritorial, ya sea de una forma directa por su ámbito subjetivo, o indirecta, por su definición de cadena de actividades. A continuación, se analizará la compatibilidad de la CSDDD con algunos principios del DIP, como el de territorialidad y efectos que pueden servir como fundamentos de su aplicación extraterritorial. Y estos principios serán ponderados con otros principios igualmente relevantes del DIP que operan como límites a la proyección extraterritorial normativa, para posteriormente examinar las problemáticas que pueden derivarse de esta ponderación y sus posibles justificaciones.

a. Principios de extraterritorialidad

El punto de partida de este análisis es el principio de territorialidad, que en el caso de la CSDDD, es de identificación casi automática, pues su ámbito de aplicación subjetiva incluye a sociedades que han sido constituidas territorialmente dentro de la Unión, y, también, a las que no lo hayan sido pero cuya actividad incide materialmente en dicho territorio. Es aquí donde aparece la “extraterritorialidad”, definida como aquella capacidad de un Estado, a través de su legislador, ejercer autoridad sobre actores y actividades fuera de su propio territorio²²⁶. Esto nos conduce a analizar cuándo una norma

²²⁴ S. 985, Prevent Regulatory Overreach from Turning Essential Companies into Targets Act of 2025 (119th Cong., 1st Sess. 2025), disponible en: <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/senate-bill/985/text>

²²⁵ Talal Abdulla Al-Emadi, Eduardo G. Pereira, Mostapha al-Masry y Richard M. E. Fowler, «The EU corporate sustainability due diligence directive: implications and the Qatari case study», The Journal of World Energy Law & Business, vol. 18, n.º 4, 2025, jwaf022, <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwaf022> (consultado a través de ResearchGate: <https://www.researchgate.net/publication/397639740>)

²²⁶ Jennifer A. Zerk, Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas, Working Paper No. 59, Corporate Social Responsibility Initiative, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, junio de 2010, p. 14, https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/cris/files/workingpaper_59_zerk.pdf.

tiene efectos legítimos fuera de su territorio, así como sus justificaciones, límites y problemáticas relacionadas.

Considerando a los efectos directos, que resultan de la definición del ámbito subjetivo de aplicación en el art. 2 de la CSDDD, la UE bajo el principio de territorialidad, ejerce su soberanía sobre aquellas empresas cuya actividad económica material tiene lugar dentro de sus límites territoriales, sin tener en cuenta la nacionalidad o el lugar de constitución de la empresa obligada. En este sentido, el territorio opera como el vínculo jurisdiccional suficiente (*ratione loci*) que legitima al legislador, en este caso la UE, a ejercer su autoridad regulatoria sobre cualquier empresa constituida en un país tercero cuya actividad económica incida materialmente dentro de sus fronteras. Conviene precisar brevemente que para aquellas empresas constituidas conforme al derecho de un Estado miembro, la aplicación se fundamentaría en el principio de nacionalidad, más que en el de territorialidad, puesto que este principio permite regular la conducta de nacionales en el exterior.

En cuanto a los efectos en las filiales de las empresas obligadas que están fuera del territorio de la UE, en un marco de globalización de la actividad económica y las cadenas de actividades, para que dicha “extraterritorialidad” sea justificada, la doctrina de efectos puede ser de gran utilidad, pues legitima la intervención soberana sobre la base de la existencia de efectos externos “directos, sustanciales y previsibles” dentro de su territorio²²⁷. Sus raíces se encuentran en el caso Lotus (CPJI, 1927), que consagró una concepción expansiva de la territorialidad al permitir anclar la jurisdicción en los efectos producidos en alta mar, es decir, fuera de cualquier noción de territorio soberano, y se consolidó en el ámbito económico con ALCOA (Tribunal Supremo de EE.UU., 1945), donde se afirmó la jurisdicción estadounidense sobre prácticas anticompetitivas extranjeras por sus efectos restrictivos en el mercado interno, aunque generó tensiones con países de regulaciones más laxas, como Suiza²²⁸. La CSDDD sería una manifestación actual de esta doctrina: la UE gestiona comportamientos empresariales externos debido a su influencia en el mercado interno y en los valores jurídicos (derechos humanos y medioambientales) que incluye, apoyada por la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de derecho de la competencia, como lo evidenció el caso Wood Pulp (1988), donde se admitió la extraterritorialidad frente a efectos restrictivos obvios en el mercado europeo²²⁹.

²²⁷ Jeffrey L. Dunoff, Monica Hakimi y Steven R. Ratner, *International Law: Norms, Actors, Process: A Problem-Oriented Approach* (6.ª ed., Aspen Publishing 2025).

²²⁸ The Lotus, en Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, última actualización [fecha de actualización no visible en metadatos públicos; entrada original ~2008-2010, con posibles revisiones], DOI: 10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e162, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e162>

²²⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 27 de septiembre de 1988, asuntos acumulados 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, A. Ahlström Osakeyhtiö y otros / Comisión, Rec. 1988, p. 5193, apartados 12 a 14, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61985CJ0089>.

b. Límites a la extraterritorialidad

No obstante, existen otros principios en el DIP que actúan como límites al principio de territorialidad, así como a la doctrina de efectos. En primer lugar, el **principio de soberanía estatal**, reconocido en el art. 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas²³⁰, que protege la igualdad soberana de los Estados y limita la imposición de normas extraterritoriales sin consentimiento. En segundo lugar y coherente con el anterior, el **principio de no injerencia** reconocido en el art. 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas²³¹, que impide que un Estado, o en este caso la UE como actor cuasi-estatal, dicte o imponga coercitivamente normas en materias internas de terceros países. En el caso de la CSDDD, este principio impediría a la UE a legislar en materia laboral, medioambiental o corporativa en terceros países. La única excepción a este principio se encuentra en el Capítulo VII de la Carta de la ONU, y se refiere a situaciones de amenazas, quebrantamientos o agresiones a la paz, no aplicable en el caso de la CSDDD.

Un tercer límite a la aplicación extraterritorial de la CSDDD sería el **principio de cortesía internacional** (o “comity” en inglés) conceptualizado por Timothy Endicott como el deber de la autoridad que aplica la norma (segunda autoridad) de respetar, en lo posible, la capacidad de la autoridad extranjera (primera autoridad) para cumplir su rol, sin implicar obediencia, confianza, aprobación ni reciprocidad, sino derivado de los deberes hacia las personas servidas y del valor de la regulación interna efectiva por cada jurisdicción. En el campo de la extraterritorialidad, este principio detiene el exceso regulatorio de la UE al fomentar que no haya interferencia innecesaria en la soberanía territorial de otros Estados y al prevenir conflictos que podrían causar tensiones diplomáticas o represalias. Siguiendo con la concepción desarrollada por Endicott, esto requiere analizar si la extensión de la normativa respeta la capacidad y la legitimidad funcional de las autoridades extranjeras para ejercer su jurisdicción, especialmente cuando dicha proyección tiene el potencial de sobrepasar los límites de esa jurisdicción o suponer una intervención no justificada en áreas reguladas por las autoridades competentes de otros países²³².

Finalmente, la **proporcionalidad** y la **necesidad** son limitaciones comunes en casi todo ámbito jurídico. Así, la aplicación extraterritorial de la CSDDD debe ser razonable y proporcional a su objetivo planteado: la protección de los derechos humanos y el medio

²³⁰ Carta de las Naciones Unidas, Capítulo I: Finalidades y Principios (arts. 1 y 2), adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional en San Francisco el 26 de junio de 1945, en vigor desde el 24 de octubre de 1945, Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-1>.

²³¹ Carta de las Naciones Unidas, Capítulo I: Finalidades y Principios (arts. 1 y 2), adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional en San Francisco el 26 de junio de 1945, en vigor desde el 24 de octubre de 1945, Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-1>.

²³² Timothy Endicott, «Comity among Authorities», EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, n.º 11, 2016, pp. 9-29, DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3277>, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/en/article/view/3277>.

ambiente en el ámbito de la actividad empresarial²³³. Es decir, la Directiva no podrá exceder aquello estrictamente necesario para alcanzar su fin, evitando abusos que generen fricciones diplomáticas o posibles retorsiones y represalias.

c. Justificación de los efectos extraterritoriales establecidos

La justificación de la CSDDD viene en gran medida por el bien jurídico protegido en la norma, de carácter universal y no meramente económico, como lo demuestran sus considerandos (1), (2) y (32) y su art. 1²³⁴, que priorizan la protección de derechos humanos fundamentales y un medio ambiente limpio, saludable y sostenible (reconocido por la ONU en 2022)²³⁵, diferenciándola de regulaciones puramente comerciales como las arancelarias. Por tanto, la Directiva perseguiría un objetivo social y ético transnacional, no sólo económico, al salvaguardar bienes jurídicos imperativos y ampliamente aceptados en la comunidad internacional y, a la postre, perseguiría el cumplimiento de las obligaciones de la UE y sus Estados miembros bajo el DIP de los derechos humanos regulando la actividad empresarial para exigir una conducta diligente con respeto a ellos.

Con relación a los efectos directos de la CSDDD (empresas no pertenecientes a la UE pero que realizan su actividad en el mercado europeo y que están obligadas por su art. 2), la justificación es sólida y convencional en el principio de territorialidad. En estos casos, la UE ejerce legítimamente su soberanía regulatoria sobre toda actividad económica significativa que tiene lugar o incide de forma directa en su territorio, con independencia de la nacionalidad o lugar de constitución de la empresa que la realiza. En este contexto, para justificar la extraterritorialidad no es necesario invocar bienes jurídicos universales: solo se requiere una conexión directa en términos económicos y territoriales con el mercado interior de la UE. Por lo tanto, de acuerdo con los principios tradicionales de la jurisdicción del derecho público internacional, estos efectos directos estarían justificados.

En cambio, respecto a los efectos indirectos (aquellos sobre las filiales, socios comerciales y operadores en terceros países), el argumento se robustece, justo por el ámbito internacional de los derechos humanos: éstos persiguen un bien común, global y generalmente aceptado, que no se subordina a los intereses económicos de la UE. En este sentido, aunque la CSDDD no impone obligaciones coercitivas directas a empresas de

²³³ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 1760 de 5.7.2024, p. 1, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L_202401760.

²³⁴ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 1760 de 5.7.2024, p. 1, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L_202401760.

²³⁵ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), «Decisión histórica: la ONU declara que el medio ambiente saludable es un derecho humano», 28 de julio de 2022, <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/reportajes/decision-historica-la-onu-declara-que-el-medio-ambiente-saludable>

CONFLICTOS DE SOBERANÍA EN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760

terceros países (como ya se ha señalado, la exigibilidad depende de mecanismos contractuales y voluntarios), sería legítimo e indispensable que la diligencia debida se extienda de manera indirecta con el propósito de que la UE pueda llevar a cabo su deber propio de prevenir y reducir violaciones severas de bienes jurídicos universales en las cadenas de suministro que impactan sus valores esenciales y su propio territorio. Por lo tanto, los efectos indirectos tendrían una justificación adicional a la de la doctrina de los efectos, por razón de la materia: el carácter imperativo y transnacional de la protección ambiental y los derechos humanos.

d. Potenciales problemáticas adicionales de la aplicación extraterritorial de la CSDDD

A continuación se señalan algunos problemas prácticos que pueden resultar de la extraterritorialidad de la CSDDD. La cuestión queda delimitada en la convivencia, bajo el DIP, entre, los principios que justifican la aplicación extraterritorial de la Directiva a los que se le añaden los derechos humanos como el bien jurídico protegido por la norma; y por otro, los límites a sus efectos extraterritoriales resultantes de soberanía, no injerencia, cortesía internacional, y proporcionalidad.

La primera problemática es la de **prescripción versus exigibilidad**. Ya hemos visto que la prescripción extraterritorial indirecta de la CSDDD es justificada en mayor medida por la doctrina de efectos, permitiendo que exista autoridad por parte de la UE para extender la aplicación de la Directiva fuera del territorio de la Unión. Sin embargo, una vez aplicable la CSDDD, su exigibilidad, definida como autoridad para hacer cumplir la ley a través de tribunales, acciones ejecutivas o policiales²³⁶, puede resultar en la práctica, compleja. Sin cooperación activa de terceros Estados, la ejecución forzosa en jurisdicciones ajenas resulta inviable, lo que permite a esos países eludir el cumplimiento. La exigibilidad como limitación, es significativa respecto de los efectos indirectos de la CSDDD en la cadena de actividades: la compañía sujeta a la Directiva en la UE depende completamente de que los proveedores o socios situados en países terceros adopten las exigencias europeas de manera voluntaria por medio de compromisos contractuales y comerciales. Consecuentemente, las empresas europeas deberán negociar con sus contrapartes cláusulas contractuales sólidas que faciliten el ejercicio de la debida diligencia. Y es que la Directiva no otorga poder coercitivo directo sobre empresas en países terceros, respetando así el principio general de autonomía de la voluntad y el funcionamiento de un mercado libre. La efectividad depende así en gran medida de acuerdos privados y capacidad de influencia de la empresa obligada por la Directiva, sin que ello implique necesariamente ausencia total de funcionalidad práctica.

La segunda problemática, es el **riesgo de una extraterritorialidad excesiva** de la CSDDD, es decir, un exceso regulatorio al aplicar normas europeas como si fueran

²³⁶ Jeffrey L. Dunoff, Monica Hakimi y Steven R. Ratner, *International Law: Norms, Actors, Process: A Problem-Oriented Approach* (6.ª ed., Aspen Publishing 2025).

universales, ignorando la diversidad económica, cultural y normativa de terceros Estados. La imposición de estándares de la UE en cadenas de actividades ubicadas en jurisdicciones con distintos niveles de desarrollo puede dar lugar a acusaciones de neocolonialismo regulatorio, como advierte el Experto Independiente Obiora Chinedu Okafor en su informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU (A/HRC/50/37, 19 de abril de 2022). En particular, se alerta del peligro de que acciones extraterritoriales de Estados del Norte Global vulneren la soberanía de países más débiles al reforzar desigualdades históricas de poder mediante la aplicación de leyes sin el consentimiento o participación adecuada de los Estados del Sur Global²³⁷. Esta crítica es relevante para la CSDDD, ya que la imposición de deberes de diligencia debida a empresas transnacionales podría interpretarse como una transferencia indirecta de funciones regulatorias soberanas a actores privados europeos, con un control limitado por parte de los Estados donde ocurren los efectos reales. De acuerdo al profesor asociado del Instituto Raoul Wallenberg de Derechos Humanos, Radu Mares, las posiciones críticas argumentan que este régimen de diligencia debida obligatoria en derechos humanos y medio ambiente actúa como una "imposición neocolonial que aumenta la carga sobre las entidades más débiles en las cadenas de suministro"²³⁸. Igualmente, Bettina Rudloff, Asociada sénior del Instituto SWP de Investigación sobre la Integración Europea (IEIF), afirma que ya existen socios comerciales que han acusado a la UE de neocolonialismo por su enfoque en materia de sostenibilidad en demás normativas, como la de deforestación²³⁹.

IV. Tensiones con el derecho internacional económico y de derechos humanos

En el examen de la compatibilidad de los efectos extraterritoriales de la CSDDD con el DIP, resulta pertinente dedicar una sección específica al análisis de las posibles tensiones que la Directiva podría generar con el DIP en términos económicos (OMC, GATT, TBT). Esta tensión ilustra a su vez la relación que existe entre el derecho internacional económico y comercial y el derecho internacional de los derechos humanos. La Directiva podría ser considerada como un mecanismo restrictivo del comercio "disfrazada" de una normativa protectora de intereses públicos globales, como lo son los derechos humanos y el medio ambiente en un ámbito corporativo. Este análisis excede el alcance del presente

²³⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Solidaridad internacional y la aplicación extraterritorial de los derechos humanos: perspectivas y desafíos, Informe de la Experta Independiente sobre la promoción de una orden internacional democrática y equitativa, A/HRC/50/37, 13 de mayo de 2022 (distribuido el 10 de mayo de 2022 en algunos idiomas), <https://docs.un.org/es/A/HRC/50/37> (o versión en inglés: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g22/322/47/pdf/g2232247.pdf>).

²³⁸ Mares, Radu: Las consecuencias no deseadas de la diligencia debida obligatoria: la importancia de las medidas de apoyo en la Directiva de la UE sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad corporativa, *VerfBlog*, 13/6/2024, <https://verfassungsblog.de/csddd-the-unintended-consequences-of-mandatory-due-diligence/>, DOI: 10.59704/1e76134f5aa24ba5.

²³⁹ Rudloff, Bettina: "EU Sustainability Unilateralism and Bilateral Trade Agreements", SWP Working Paper, FG 1, 2024/Nr. 01, mayo 2024 https://www.swp-berlin.org/publications/products/arbeitspapiere/WP_EU_sustainability_unilateralism_bilateral_trade_agreements_Rudloff.pdf.

CONFLICTOS DE SOBERANÍA EN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760

artículo. No obstante, se estima pertinente apuntarla para ulteriores análisis más profundos.

El DIP económico se ha desarrollado tradicionalmente a espaldas o sin conexión con el DIP de los derechos humanos. El derecho internacional económico, reflejado en el sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en los acuerdos de libre comercio, prioriza la liberalización del comercio, la no discriminación y la reducción de barreras comerciales. El derecho internacional de los derechos humanos por su parte, que incorpora crecientemente el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, se centra en la protección de los derechos fundamentales y, precisamente, se desarrolla considerando la realidad del mercado global que favorece la actividad económica y empresarial transnacional para definir responsabilidades y obligaciones de los Estados de regular la conducta empresarial por sus impactos en los derechos humanos, y el medioambiente.

Desde un punto de vista económico, la CSDDD podría, en hipótesis, evaluarse desde el marco de la OMC, particularmente con el art. XX del GATT, que estipula excepciones generales que implican que los estados pueden tomar medidas que violen obligaciones como las prohibiciones sobre restricciones cuantitativas, la cláusula de nación más favorecida (art. I) o el trato nacional (art. III), sujetas a condiciones estrictas. Estas excepciones permiten salvaguardar valores no estrictamente comerciales sin constituir automáticamente un incumplimiento del GATT, siempre que las medidas no impliquen “discriminación arbitraria o injustificable ni restricciones encubiertas al comercio internacional” (preámbulo art. XX). Adicionalmente, deberá cumplir con alguna de las excepciones más relevantes para la CSDDD, como la del inciso (a), relativo al orden público y la del inciso b, sobre la protección de la vida o la salud²⁴⁰, interpretado ampliamente por la jurisprudencia de la OMC para incluir riesgos ambientales y de salud pública derivados del deterioro ambiental²⁴¹. Así, la Directiva podría invocarse bajo los incisos (a) o (b) como medida necesaria para proteger la salud humana y el medio ambiente frente a impactos en cadenas de actividades globales. Sin embargo, deberá además superar el test de “necesidad” (no existir alternativas menos restrictivas al comercio) y cumplir con el preámbulo del art. XX²⁴². Con ello, y en hipótesis, podría generarse una disputa ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, donde

²⁴⁰ Organización Mundial del Comercio (OMC), Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT 1947), Artículo XX: Excepciones generales, texto incorporado al Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), 1994, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.htm#art20

²⁴¹ Organización Mundial del Comercio (OMC), «WTO rules and environmental policies: GATT exceptions», Secretaría de la OMC (explicativo, no orientación legal), consultado en https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_rules_exceptions_e.htm

²⁴² Organización Mundial del Comercio (OMC), «WTO rules and environmental policies: GATT exceptions», Secretaría de la OMC (explicativo, no orientación legal), consultado en https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_rules_exceptions_e.htm

terceros países argumenten que la Directiva impone requisitos de proceso y producción (PPM) que afectan desproporcionadamente a exportadores de países en desarrollo²⁴³.

También en hipótesis podría cuestionarse la compatibilidad de la CSDDD, pues podría no estar cumpliendo con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT). Su art. 2.2 exige a sus miembros que *“no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional”*. En este sentido, la CSDDD podría argumentarse constituye una “regulación técnica”, al imponer requisitos de proceso y método de producción que no se relacionan directamente con las características físicas del producto final, sino con la forma en que se ha producido o gestionado la cadena de actividades (por ejemplo, ausencia de trabajo forzoso, contaminación ambiental o violaciones de derechos humanos en fases de diseño, producción y abastecimiento aguas arriba). Sin embargo, el mismo art. 2.2 establece excepciones a dicha regla: *“los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.”*²⁴⁴ Aquí se generaría un espacio para profundizar en la ponderación del impacto potencial de la CSDDD como obstáculo innecesario al comercio frente a la legitimidad de sus objetivos.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, cabe señalar en todo caso, que éstos tienen la función de contrapeso y legitimación ante el cumplimiento de las obligaciones resultantes de normas económicas internacionales, tal como lo señalan los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (2011)²⁴⁵. El bien jurídico central de la CSDDD son precisamente los derechos humanos, como se evidencia en su ámbito objetivo (art. 1), que obliga a las empresas a identificar, prevenir, mitigar y remediar impactos adversos reales o potenciales en derechos humanos y medio ambiente en sus operaciones, filiales y cadena de actividades. Esta centralidad se refuerza en el Anexo (Parte I), que enumera derechos civiles (vida, prohibición de tortura, libertad y seguridad), sociales y económicos (trabajo digno, salario justo, condiciones seguras, prohibición de trabajo infantil/forzoso/esclavitud, discriminación, libertad sindical y negociación colectiva), así como instrumentos internacionales clave (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño, Convenios de la OIT).

²⁴³ Organización Mundial del Comercio (OMC), «Solución de Diferencias - Portada», consultado en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm

²⁴⁴ Organización Mundial del Comercio (OMC), Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Artículo 2: Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central, texto oficial en español, https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/tbt_s.htm#art2 (consultado el 14 de enero de 2026).

²⁴⁵ Naciones Unidas. (2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

CONFLICTOS DE SOBERANÍA EN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760

La Parte II del Anexo cubre impactos ambientales mediante prohibiciones y obligaciones de tratados internacionales (protección de biodiversidad, sustancias químicas persistentes, residuos peligrosos, contaminación marina, etc.). A pesar de que el listado cerrado ha sido criticado por omitir cuestiones (por ejemplo, derechos de migrantes, CEDAW, derecho internacional humanitario y la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007), la Directiva compensa esto con una interpretación amplia basada en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y su relación con un medio ambiente saludable (considerandos 32-37). Esta incluye degradaciones ambientales que impacten en el derecho a agua, alimentos, salud, vivienda o subsistencia e implementa un análisis caso por caso para incluir otras regulaciones internacionales pertinentes²⁴⁶. Además, la Observación General núm. 24 (2017) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce la responsabilidad de los Estados por los impactos adversos de actividades empresariales fuera de su territorio cuando ejercen influencia o control²⁴⁷ y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (2011), establecen el deber de los Estados de proteger y de las empresas de respetar los derechos humanos en toda su cadena de valor global. De este modo, la CSDDD convierte estos estándares universales en responsabilidades obligatorias, anteponiendo bienes jurídicos de interés común a nivel global a los intereses económicos individuales.

Dicho esto, estas tensiones demuestran que la compatibilidad de la CSDDD con el derecho del comercio internacional depende en gran medida de si se interpreta como medida necesaria y proporcional para proteger bienes jurídicos universales, o como un instrumento de poder económico disfrazado de sostenibilidad. Este cuestionamiento, requiere un examen más detallado en investigaciones futuras, particularmente considerando eventuales conflictos ante la OMC o el desarrollo de la jurisprudencia en términos de excepciones comerciales y responsabilidades extraterritoriales en derechos humanos.

V. Análisis crítico: ¿Tiene la CSDDD efectos extraterritoriales? Si es así, están justificados bajo el DIP?

Resulta evidente que la CSDDD tiene efectos extraterritoriales, manifestándose de forma directa a través de su ámbito subjetivo de aplicación, y de forma indirecta, al proyectarse sobre la cadena de actividades mediante la autonomía de la voluntad y los mecanismos del derecho privado contractual. En cuanto a los efectos extraterritoriales directos de la CSDDD, la justificación se fundamenta en mayor medida en el principio de

²⁴⁶ Elisabeth de Nadal, ¿Qué bienes jurídicos protege la CS3D?, Cuatrecasas, <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/litigacion/art/bienes-juridicos-protege-cs3d>

²⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24, adoptada en su 61.º período de sesiones (2-19 de marzo de 2017), Naciones Unidas, 10 de agosto de 2017, <https://docs.un.org/es/E/C.12/GC/24>.

territorialidad, dado que un Estado tiene potestad de jurisdicción prescriptiva sobre aquello que incide dentro de sus límites fronterizos. Sin embargo, la justificación basada en otros elementos, como la universalidad de los bienes jurídicos que protege la Directiva y la doctrina de efectos, resulta menos clara y más problemática, lo que sitúa a la CSDDD en un ámbito de controversia jurídica del DIP. Esto se evidencia con mayor claridad a través de la respuesta de terceros Estados, tal como lo demuestran la Cámara de Comercio de Estados Unidos, su propuesta de ley, los estudios sobre el mercado de Qatar en relación con la UE, y las acusaciones de neocolonialismo regulatorio. Ello subraya uno de los riesgos de los efectos extraterritoriales que derivan de la idiosincrasia regulatoria de la UE, que proyecta su normativa a nivel global, materializando el denominado "Efecto Bruselas". Por lo tanto, y dada la naturaleza privada de los efectos indirectos, el foco del presente análisis crítico se concentrará en la dimensión de los efectos directos: la empresa no europea que opera en la UE, o la empresa de un Estado Miembro que, a través de la conexión de matriz, debe aplicar la Directiva a sus filiales en el extranjero, asumiendo la responsabilidad del cumplimiento por la filial de las obligaciones de la Directiva. Una vez confirmada la existencia de efectos extraterritoriales de la CSDDD, resulta imperativo analizar si tales efectos están justificados bajo el DIP y determinar su fundamento.

Por un lado, los fundamentos que justifican los efectos extraterritoriales de la CSDDD se sustentan en una pluralidad de elementos de conexión. Para las empresas de terceros países, la Directiva se apoya en una conexión territorial por presencia económica (basada en el volumen de negocios generado dentro de la Unión) y por nacionalidad, que son mecanismos ya aceptados y utilizados previamente en el marco legal de la Unión Europea. El Considerando 24 de la Directiva refuerza esta justificación al enfatizar que la diligencia debida debe aplicarse a lo largo de toda la cadena de actividades para tener un impacto significativo. Cabe recalcar que los altos umbrales de aplicación, incrementados tras la revisión resultante de la propuesta Ómnibus I, parecen reforzar la proporcionalidad de la norma al exigir un volumen de negocio mayor en el mercado de la UE. Esta proporcionalidad se evidencia, además, en la naturaleza de las obligaciones impuestas, pues la Directiva no prohíbe la entrada al mercado de productos generados por empresas de terceros países que no cumplan con los estándares de la CSDDD. La comparación Reglamentos (UE) como el 2023/1115 sobre deforestación o 2024/3015, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso son ilustrativos, pues son regulaciones más severas: aunque no ejercen jurisdicción directa, prohíben comercializar productos no conformes, imponiendo una barrera comercial determinante. Asimismo, se cumpliría con el criterio de razonabilidad, toda vez que la CSDDD se fundamenta en un consenso internacional al alinearse con estándares y tratados internacionales ampliamente aceptados. Las obligaciones impuestas por la CSDDD no son arbitrarias; están referenciadas en tratados internacionales, y muchos de estos estándares de derechos humanos y sostenibilidad ya forman parte del derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, se asume hipotéticamente que los países terceros deberían apoyar estas obligaciones porque están alineadas con su compromiso público y formal de proteger los derechos humanos y el medio ambiente.

CONFLICTOS DE SOBERANÍA EN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760

Por otro lado, existen ciertos aspectos que podrían contradecir la justificación de los efectos extraterritoriales de la CSDDD. La razonabilidad puede ser argumentada en sentido contrario, pues la Directiva no incluye mecanismos que actúan como límites al exceso regulatorio. En concreto, la CSDDD no ha incluido mecanismos de equivalencia para reconocer la legislación de terceros países que permitan eximir de la aplicación de la CSDDD a empresas que ya cumplen con estándares similares o equivalentes a los de la norma europea existentes en su jurisdicción de origen. Tampoco hay en la Directiva un elemento claro de contextualidad, es decir, no prevé el monitoreo de los diferentes contextos nacionales para activar la Directiva sólo cuando los estándares de derechos humanos no se cumplan efectivamente en esos países. Otro posible argumento en contra de la justificación radica en la incertidumbre inherente al DIP. Dado que la vertiente consuetudinaria en esta materia se encuentra en pleno desarrollo y carece de demarcaciones precisas, la existencia de objeciones por parte de países terceros incluso antes de la aplicación efectiva de la CSDDD (como la de la Cámara de Comercio de EE.UU.) subraya la inseguridad jurídica respecto de la validez de los efectos extraterritoriales de la CSDDD. Además, aunque los países terceros apoyan formalmente los derechos humanos en tratados, la aplicación concreta de estos estándares por parte de la UE puede ir en contra de sus intereses económicos o políticos. La percepción de este régimen como neocolonialismo regulatorio podría desencadenar protestas diplomáticas, la creación de "leyes de bloqueo" como la propuesta de Estados Unidos S. 985 Prevent USA Act of 2025, o medidas de represalia por parte de terceros países²⁴⁸.

Por último, la CSDDD muestra cómo interactúan de manera compleja el derecho internacional económico y el de los derechos humanos. A pesar de que el carácter no comercial de la CSDDD le posibilita invocar las excepciones del Art. XX del GATT ante la OMC, esta no la protege completamente de tensiones geopolíticas. La aplicación de la norma podría poner esto a prueba, ya que terceros países podrían recurrir al GATT, argumentando que la Directiva impone requisitos de proceso y producción (PPM) desproporcionados. Esta tensión hace necesario preguntarse si la norma, en realidad, es una medida comercial encubierta; no obstante, su defensa consiste precisamente en, tal como ya ha sido discutido, que la CSDDD no prohíbe la comercialización, a diferencia del Reglamento de deforestación o sobre trabajo forzoso, sino que regula las conductas empresariales en materia de derechos humanos y medio ambiente.

Legislación

Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Texto pertinente a efectos del EEE). Diario Oficial de la Unión Europea, L 322, 16 de diciembre

²⁴⁸ Zonta, E. (2024). The EU's CSDDD: Lawful Extraterritoriality or Jurisdictional Overreach? Trento Student Law Review, 6(1), 95-123.

de 2022, pp. 15-80. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022L2464>

Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (Texto pertinente a efectos del EEE). Diario Oficial de la Unión Europea, L 1760, 5 de julio de 2024. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L_202401760

Naciones Unidas. (1945, 26 de junio). Carta de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-1>

Organización Mundial del Comercio. (1994). Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT 1947) (Artículo XX: Excepciones generales). Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.htm#art20

Organización Mundial del Comercio (OMC), Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Artículo 2: Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central, texto oficial en español, https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/tbt_s.htm#art_2 (consultado el 14 de enero de 2026).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Unión Europea. (2010). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada, Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47, 30 marzo 2010). <https://www.boe.es/doi/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023 relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal (Texto con relevancia para el EEE), Diario Oficial de la Unión Europea L 150/206 (9 jun. 2023). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32023R1115>

Reglamento (UE) 2024/3015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. (2024). Diario Oficial de la Unión Europea, L, 12 de diciembre de 2024. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81833>

Bibliografía

Consejo de la Unión Europea. (2025, 21 de febrero). Pacto Verde Europeo. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-green-deal/>

Stefano Spinaci, Corporate sustainability due diligence: How to integrate human rights and environmental concerns in value chains, Briefing, PE 729.424, 3.ª ed., European

*CONFLICTOS DE SOBERANÍA EN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA
DIRECTIVA (UE) 2024/1760*

Parliamentary Research Service, octubre de 2023,
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729424/EPRS_BRI\(2022\)729424_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729424/EPRS_BRI(2022)729424_EN.pdf).

Accountancy Europe. (2025, 4 de febrero). CSRD & CSDDD: Key provisions and concepts. <https://accountancyeurope.eu/publications/csrd-csddd-key-provisions-and-concepts/>

Urrea Corres, M. (2013). La jurisdicción del Estado en el Derecho Internacional Público. En Cuestiones actuales sobre la diplomacia y las relaciones internacionales: Especial referencia a la labor de la Escuela Diplomática (Cuadernos de la Escuela Diplomática n.º 49, pp. 247-270). Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. <https://www.exteriores.gob.es/es/Ministerio/EscuelaDiplomatica/Documents/documentosBiblioteca/CUADERNOS/49.pdf>

Dunoff, J. L., Hakimi, M., & Ratner, S. R. (2025). International law: Norms, actors, process: A problem-oriented approach (6th ed.). Aspen Publishing.

Hinsley, F. H. (1986). Sovereignty (2nd ed.). Cambridge University Press. (Obra original publicada en 1966)

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). (2017). Icj-Cij.org. <https://www.icj-cij.org/case/70>

Kohen, M. G. (Ed.). (2016). Territoriality and International Law. Edward Elgar Publishing.

Comisión Europea. (2025, 26 de febrero). *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards the dates from which Member States are to apply certain corporate sustainability reporting and due diligence requirements* (COM(2025) 80 final). https://commission.europa.eu/document/download/71ca40f4-7929-42fc-922c-8a0073b0660f_en?filename=CSDDD%20Omnibus%20proposal_0.pdf

de Nadal, E., Pérez Manglano, L., & Gerbolés, R. (2024, 26 de julio). El alcance subjetivo de la Directiva: efectos expansivos, pero controlados. ¿A quién afectará la Directiva CS3D? Cuatrecasas. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/litigacion/art/quien-afectara-directiva-cs3d>

Zuzul, I. (2025, 9 de octubre). Bad for Business: The Extraterritorial Dimensions of the EU's CS3D. U.S. Chamber of Commerce. <https://www.uschamber.com/international/bad-for-business-the-extraterritorial-dimensions-of-the-eus-cs3d>

U.S. Congress. (2025). S. 985 – Prevent Regulatory Overreach from Turning Essential Companies into Targets Act of 2025, 119th Congress (1st Session). <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/senate-bill/985/text>

Al-Emadi, T. A., Pereira, E. G., al-Masry, M., & Fowler, R. M. E. (2025). The EU corporate sustainability due diligence directive: Implications and the Qatari case study. The Journal of World Energy Law & Business, 18(4), Article jwaf022. <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwaf022>

Zerk, J. A. (2010, junio). Extraterritorial jurisdiction: Lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas (Working Paper No. 59). Corporate Social Responsibility Initiative, John F. Kennedy School of Government, Harvard University. https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/csi/files/workpaper_59_zerk.pdf

The Lotus. (s.f.). In Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e162>

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. (1988, 27 de septiembre). A. Ahlström Osakeyhtiö y otros / Comisión (Asuntos acumulados 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85). Recueil de jurisprudence 1988, p. 5193. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61985CJ0089>

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (2022, 28 de julio). Decisión histórica: la ONU declara que el medio ambiente saludable es un derecho humano. <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/reportajes/decision-historica-la-onu-declara-que-el-medio-ambiente-saludabl>

Endicott, T. (2016). Comity among authorities. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, (11), 9-29. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2016.3277>

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. (2022, 13 de mayo). Solidaridad internacional y la aplicación extraterritorial de los derechos humanos: perspectivas y desafíos (A/HRC/50/37). <https://docs.un.org/es/A/HRC/50/37>

Mares, Radu: Las consecuencias no deseadas de la diligencia debida obligatoria: la importancia de las medidas de apoyo en la Directiva de la UE sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad corporativa, VerfBlog, 13/6/2024, <https://verfassungsblog.de/csddd-the-unintended-consequences-of-mandatory-due-diligence/>

Rudloff, Bettina: "EU Sustainability Unilateralism and Bilateral Trade Agreements", SWP Working Paper, FG 1, 2024/Nr. 01, mayo 2024, https://www.swp-berlin.org/publications/products/arbeitspapiere/WP_EU_sustainability_unilateralism_bilateral_trade_agreements_Rudloff.pdf.

Organización Mundial del Comercio. (s.f.). WTO rules and environmental policies: GATT exceptions. https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_rules_exceptions_e.htm

Organización Mundial del Comercio. (s.f.). Solución de diferencias - Portada. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm

Naciones Unidas. (2011). Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

*CONFLICTOS DE SOBERANÍA EN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA
DIRECTIVA (UE) 2024/1760*

de Nadal, E. (s. f.). ¿Qué bienes jurídicos protege la CS3D? Cuatrecasas.
<https://www.cuatrecasas.com/es/spain/litigacion/art/bienes-juridicos-protege-cs3d>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2017, 10 de agosto).
Observación general N° 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las
actividades empresariales (E/C.12/GC/24). Naciones Unidas.
<https://docs.un.org/es/E/C.12/GC/24>

Zonta, E. (2024). The EU's CSDDD: Lawful Extraterritoriality or Jurisdictional
Overreach? Trento Student Law Review, 6(1), 95-123.

Consejo de la Unión Europea. (2025, 9 de diciembre). Council and Parliament strike a
deal to simplify sustainability reporting and due diligence requirements and boost EU
competitiveness [Comunicado de prensa].
<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2025/12/09/council-and-parliament-strike-a-deal-to-simplify-sustainability-reporting-and-due-diligence-requirements-and-boost-eu-competitiveness/>

**THE CRITICAL RAW
MATERIALS ACT: EFFICIENCY
PAID BY THE ENVIRONMENT
AND OUR RIGHTS?**



Tomás Heredia Monclús (4º GDL)

Abstract

This article critically examines the EU Critical Raw Materials Act (CRMA) as a response to growing geopolitical vulnerabilities in the supply of strategic minerals. While the Regulation aims to enhance EU strategic autonomy through accelerated permitting and the designation of strategic projects, it raises significant concerns regarding environmental protection and fundamental rights. The analysis explores tensions between the CRMA and existing EU legal frameworks, including the Aarhus Convention, environmental impact assessment regimes, and nature protection law. Particular attention is paid to shortcomings in public participation, transparency, and access to justice. Drawing on recent controversies and comparative case studies, the article argues that the CRMA risks prioritising efficiency over legal safeguards. It concludes that without stronger procedural and substantive protections, the Regulation may undermine both rights protection and its own long-term effectiveness.

Introduction

Over the past five years, the international order has undergone a significant transformation marked by the return of great-power politics and the consolidation of regional bloc dynamics. Events such as the Russian invasion of Ukraine, the supply-chain disruptions caused by the COVID-19 pandemic, and the growing use of economic instruments for geopolitical purposes have exposed the European Union's structural vulnerabilities. Measures such as the restrictions imposed by the People's Republic of China on the export of critical minerals, as well as energy embargoes affecting Russia, Iran, and Venezuela, illustrate how these "grey-zone" strategies have become normalized, posing unprecedented risks to a Union still anchored in a multilateral and open-trade model.

These vulnerabilities are particularly acute in the field of critical raw materials. The EU has very limited extraction and processing capacity and holds only modest reserves, leaving it exposed to external shocks that threaten strategic pillars such as defence, the energy transition, and digitalisation. These raw materials are essential for the production of defence systems, semiconductors, electric vehicles, and clean technologies, and demand is expected to increase exponentially over the coming decade. This situation is

further aggravated by the near-monopolistic control exercised by the People's Republic of China over the processing of numerous strategic minerals, placing the EU in a structurally asymmetric relationship with little room for manoeuvre in future negotiations and external shocks. (European Commission, 2025)

Following the recommendations of the Draggi and Letta reports and in an effort to address the shortcomings of the CRM legal framework, the EU began developing a new piece of legislation in 2021 aimed at strengthening its strategic autonomy, which materialised in the adoption of the Critical Raw Materials Act (CRMA) in 2023, in force since 2024 (European Commission, 2024). The CRMA establishes binding targets for domestic extraction, processing, and recycling, as well as limits on dependence on third countries, with the objective of diversifying supply chains and increasing the resilience of the internal market to external shocks. (European Commission, 2023)

From a regulatory perspective, the Regulation also seeks to overcome historical obstacles that have hindered the development of extractive projects within EU territory, including administrative complexity, social opposition, environmental concerns, and legal uncertainty (Marhold, A.; Oikonomopoulou, E., 2025). Past and present experiences, such as the Roşia Montană gold mine project in Romania or the recently relaunched lithium extraction project in Jadar, Serbia which will be assessed later in this article highlight the central role of individual rights and environmental protection in this context. To accelerate project development, the CRMA grants certain strategic projects a status of public interest, significantly reducing authorisation timelines and prioritising access to judicial review. (European Commission, 2023)

Nevertheless, the CRMA has attracted substantial criticism, unavoidably so, given the nature and reach of the legal project. Non-governmental organisations and civil society actors warn that the Regulation may weaken substantive and procedural safeguards for individual and environmental rights, developed both within and outside the EU, where in the latter effective oversight and access to justice are less certain (Villén-Pérez, S., Anaya-Valenzuela, L., Conrado da Cruz, D., & Fearnside, P. M., 2021). Against this backdrop, this article aims to critically assess whether these criticisms arising from the legal design of the CRMA and their interplay with the existing legal framework of the EU present real legal challenges that could need to be addressed in the future.

As previously stated, the CRMA aims to provide an acceleration lane for strategic mining projects, which are granted an overriding public interest status, thus enabling a facilitated pathway to begin operations, in line with the needs of the EU (European Commission, 2023). Nonetheless, this framework, as per the legal provisions of the CRMA, requires compliance with already existing EU and national environmental, sustainability and individual rights legal frameworks, such as the CFREU, Aarhus Convention, the EIA, the SIA... (European Commission, 2023) Hence, any potential facilitation of permit granting or fast tracking must still remain in compliance with the burdening weight of the EU legal system, often credited as one of the main setbacks to begin mining operations in the territory of its member states, despite claims from institutions placing the blame on

other shortcomings, such as adequate financing (Leichthammer, A. 2024). Balancing both acts seems to have arisen criticism both from the companies involved and civil society. Whilst the latter welcomes the efforts of the EU to expand its mining operations, civil society actors such as NGOs and environmental and sustainability tracking groups have warned about the legal design of the regulation, which in its implementation can lead to effective violations of the legal provisions that the CRMA ought to respect. (ClientEarth, 2025; European Environmental Bureau, 2023)

Public participation

The first concern that parties have brought forward is that throughout the selection process of strategic projects by the European Commission, stakeholders have found limited tools for providing relevant input that could have a meaningful effect on the decision making process. The CRMA does not grant in its legal design any binding procedure that precludes authorization or permission granting to the approval of civil society or affected stakeholders. Article 6 and Article 7, alongside Annex III of the CRMA lay down the requirements for the selection of these projects. Whilst public participation is encouraged and promoters of the projects must engage with the population in a meaningful way, explicit public participation provisions seem not to be guaranteed nor mentioned (European Commission, 2023). This choice of legal design contrasts with the legal provisions in the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), recognised as a pillar to environmental and sustainability legal limits of the CRMA in Article 11 of the CRMA (European Commission, 2023). Despite not being directly applicable law, it has been invoked as a general principle in various instances of the CJEU, and a large number of MS as well as the EU itself are parties to it, being bound by its content. In Article 6 of the Aarhus Convention, participation rights in the decision making procedures involving environmentally impacting activities in parties to the Convention are clearly stipulated, providing that it is an activity that falls under the foreseen activities that are described in Annex I of the Convention: Mineral Ore production and extraction:

- The public participation procedures shall include reasonable time-frames for the different phases, allowing sufficient time for informing the public in accordance with paragraph 2 above and for the public to prepare and participate effectively during the environmental decision-making.
- Each Party shall provide for early public participation, when all options are open and effective public participation can take place.
- Each Party should, where appropriate, encourage prospective applicants to identify the public concerned, to enter into discussions, and to provide information regarding

UNECE,
1998

THE CRITICAL RAW MATERIALS ACT:

Notwithstanding the efforts shown by the EU to reconcile efficiency with the guarantees of the public to interact in the governance of their territory, it appears to have not found a suitable legal formula that allows for the effective potential involvement of the public in the designation of strategic projects, as well as in the participation of the granting and permitting of the mining activities. The European Commission has unilaterally remained the sole institution to act as the designator of strategic projects. As a result, the provisions in the CRMA, whilst projecting an image that aims to reconcile an expedited procedure to ensure the objective laid down by the Regulation, can, in practice, potentially hinder the ability of the public to participate in the process of the development of mining and mineral processing operations, despite clear intentions to include participation by the public as a core pillar of the regulation.

In an attempt to bridge this lack of public participation in the designation of strategic projects, the CRMA has developed the CRMA Board, which, among its objectives, aims to:

- Provide an opinion to the Commission on the selection of strategic projects and discussing their implementation.
- Discuss and share best practices on permitting of critical raw materials projects, including strategic projects.
- Support the Commission in developing monitoring of critical raw materials supply chains and in conducting stress tests.

EuropeanCommission, 2023

The members of the Board encompass national representatives, with the aim of including civil society representatives on a request basis by the permanent members. Consequently, oversight outside national and EU institutions is challenging, hindering the ability of the parties to effectively provide oversight over the activities under the CRMA framework. Legal tensions and uncertainty stemming from the ambiguous configuration of the CRMA have crystallised in Finland and Sweden and the indigenous Sámi people inhabiting the northern areas of both countries. The Critical Raw Materials Act (CRMA) is not fully compatible with existing legal frameworks protecting Indigenous and environmental rights. While the act repeatedly references sustainability, human rights, and Indigenous peoples, it weakens these protections in practice by prioritising fast-tracked permitting and strategic urgency over substantive legal safeguards. Core Indigenous rights frameworks, such as Free, Prior and Informed Consent (FPIC) under ILO Convention No. 169 and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), are not legally embedded in the CRMA, despite appearing in non-binding guidance and annex references. The removal of FPIC from the final legislation illustrates this gap. Responsibility for safeguarding Indigenous rights is largely delegated to member states, yet key CRMA-affected states such as Sweden and Finland lack domestic legislation that guarantees consent, relying instead on consultation requirements that fall short of international standards. (Krogus, M., 2025).

The European Environmental Bureau spoke on this matter, claiming that solutions remained feasible. Their core belief remains to be that streamlined permitting should not come at the cost of environmental legislation or meaningful community participation. In order to achieve such a goal they propose that every project should have an environmental and social impact assessment and provisions regarding tacit approval of permitting procedures (Article 10.4) and the overriding public interest clause (Article 7.2) should be deleted. At the same time, they vow to include mandatory “pre-permitting” procedures with early involvement of all affected communities. Furthermore, they want to modify Article 13, as they claim it should reference the complete Aarhus Convention instead of only Articles 6 and 7 as well as corresponding regional agreements such as the Escazú-Agreement, as well as they aim to modify the provision concerning engagement with local communities, which should make explicit reference to established international frameworks, such as Article 27 of the International Convention of Civil and Political Rights, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP), the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, UNDRIP, and ILO Convention 169. Finally, in order to guarantee that this version of the CRMA materialises in its implementation, they demand for the creation of a subgroup on sustainability and responsible mining within the CRM Board to include civil society and Indigenous Peoples representatives. (European Environmental Bureau, 2023).

Transparency

On a similar note, several environmental activism platforms and NGOs such as ClientEarth and the European Environment Bureau have shed some light over potential deficiencies in the legal design and implementation of the CRMA. The former, with a long trajectory of environmental rights protection, has pointed out that beyond the participatory rights of the public in the decision making processes of the activities under the CRMA, they are facing regulatory constraints from the governments and the EU to access environmental information (ClientEarth, 2025). This past July ClientEarth launched a formal complaint to the European Ombudsman, in which it outlines several deficiencies regarding the transparency of the procedures stemming from the CRMA, starting with the lack of information on the projects that applied for the status of strategic projects, or a summary of their applications, or the assessment process itself. Under Article 6(1)(c) CRMA, project promoters must ensure meaningful engagement with the communities affected, yet by withholding the information, distrust and potential litigation might ensue, given that if the selected project complied with the rest of the criteria, there should not be any problem to disclose basic information to the affected parties, unless that was not the case. To date, multiple access to information requests have been filed by non-governmental organisations to access parts of information about the project applications held by the Commission.³ They have all been either left long overdue without a response or rejected with varying grounds, including protection of the EU’s defence and military strategy on lithium used for those purposes, and economic policy objectives. Therefore, we observe that the EU is using the exceptional clause in The

Aarhus convention to provide legal coverage for access information request denials . In Article 6, it is conceived that environmental information can be withheld from the public in cases when national defence purposes are involved on a case-by-case basis. (UNECE, 1998)

Nonetheless, the legal design of the Aarhus convention gives way for litigation procedures to build up, given that justification of national defence purposes does not necessarily prove to be airtight or bulletproof under all circumstances. As a matter of fact, in CJEU case *Stichting Natuur en Milieu* (C-266/09), the Court awarded the plaintiff access to environmental information regarding the emissions of an industrial activity, despite employing a similar argument through Article 4(2)(d) of the Directive on Public Information, that allows for the parties to deny information requests on the basis of the confidentiality of commercial and industrial information where such confidentiality is provided for by national or Community law to protect a legitimate economic interest, including the public interest in maintaining statistical confidentiality and tax secrecy. The Court favoured the plaintiffs, overturning previous decisions and granting access to environmental information, as that piece of information regarding emissions would override the exception provision. Thus, this ruling establishes the reasoning that public authorities cannot use general, blanket provisions to refuse access. They are required to conduct a specific, case-by-case balancing exercise between the confidentiality interest and the public interest in disclosure. Applied to the strategic projects designated under the CRMA, we observe that the legal provisions of the Regulation are not strong enough to entice both the public institutions and the project developers to deliver on their obligations, rendering this negative as the necessary percussor of future legal battles at the national and EU level that will necessarily defeat the purpose of the legislation, as it will necessarily lead to expanded permission expenditure and infrastructure development time frames. Furthermore, NGOs and other civil society actors are capable of launching legal campaigns against these projects, as they are granted such powers after the CJEU *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening* (C-263/08) and *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (Trianel)* (C-115/09) cases allowed to do so.

Taken together, these design features reveal a deeper normative tension between the CRMA and the Aarhus Convention. The Convention embodies a model of environmental governance grounded in transparency, participation, and accountability, whereas the CRMA reflects a paradigm of strategic administrative acceleration. Although procedural rights are formally preserved, their practical effectiveness is weakened through compressed timelines, information asymmetries, and limited avenues for judicial review. From the perspective of EU constitutional law, this raises serious concerns under Articles 37, 41, and 47 of the Charter of Fundamental Rights, as well as under the general principles of EU law articulated by the CJEU since *Nold* (Case 4/73).

The lack of effective transparency from the EU and the promoters does not stop in the aforementioned imbalances. The full reasoned decisions concerning individual projects have not been published and remain inaccessible to the public despite the Commission's

obligation to reason its decision (Article 7(9) CRMA). Recitals (7) and (8) to the Decision merely state that: “The Commission assessed those applications in accordance with the criteria specified in Article 6(1) of Regulation (EU) 2024/1252, with the support of external experts with professional expertise in the technical, financial, environmental, social and governance (ESG) dimensions of a project, [...] and listed in the Annex to this Decision the projects that fulfil all the criteria provided for in Article 6(1) of Regulation (EU) 2024/1252, and which should therefore be recognised as Strategic Projects under that Regulation.” The Complainant notes that the Commission has published a so-called fact sheet on each of the strategic projects, however they all follow the same one A4 page format, with roughly two-thirds of the page being covered by pictures and basic information such as the title, type of project, location, project promoter, with no information on how the project fulfils the environmental or social sustainability criteria under the CRMA. The Commission also appears to prevent Member States from disclosing any information to the public. For example, in January 2025, the Finnish government informed the public about its decision to refrain from using its right to object in relation to 16 Finland-based projects. The Finnish government expressly referred to the Commission-mandated confidentiality as the reason for providing no more details. (ClientEarth, 2025)

Other environmental frameworks collisions

The CRMA also collides with several core normative frameworks of EU environmental law. Most notably, tensions arise with the Environmental Impact Assessment (EIA) Directive, which is grounded in a preventive logic requiring that projects likely to have significant environmental effects be assessed before development consent is granted and that the assessment meaningfully informs the final decision. Article 2(1) EIA Directive obliges Member States to ensure that such assessments are carried out “before consent is given,” while Articles 5 to 8 require the provision of complete environmental information, public participation, and due consideration of consultation results.

By contrast, the CRMA introduces binding procedural acceleration for designated strategic projects. Articles 6, 7, and 10 CRMA impose strict maximum time limits for permitting procedures and require the designation of competent authorities to ensure compliance. Although the Regulation formally applies “without prejudice” to Union environmental law, these fixed deadlines create structural pressure on national authorities to compress EIA procedures. This risks undermining Article 5(1) EIA Directive, particularly in the context of mining projects, where the collection of adequate baseline data often requires long-term or multi-seasonal studies.

The conflict is especially acute with regard to public participation. Article 6(2) and (4) EIA Directive requires that the public be informed early and given effective opportunities to participate when all options remain open. The CRMA’s fast-track logic risks displacing participation to later stages of the permitting process, when project parameters are already largely fixed to meet strategic timelines. Therefore, while the CRMA does not formally

derogate from the EIA Directive, its regulatory design risks hollowing out the Directive's preventive and participatory function in practice.

Similar shortcomings arise in relation to the Strategic Environmental Assessment (SEA) Directive. The SEA Directive requires environmental assessment of plans and programmes that set the framework for future development consent, a concept interpreted broadly based on substantive effects rather than formal classification. The CRMA establishes several instruments that arguably qualify as plans or programmes within the meaning of Article 2(a) SEA Directive, including EU-level benchmarks for extraction, processing, and recycling, national exploration programmes, and the designation of strategic projects. Taken together, these measures structure national decision-making and prioritise specific forms of development. Despite this, the CRMA does not require a systematic SEA of these strategic orientations, effectively deferring environmental assessment to the project stage. This undermines the SEA Directive's upstream function of assessing cumulative impacts and reasonable alternatives, as required by Article 5 SEA Directive.

The CRMA further raises concerns in relation to EU nature conservation law. The Habitats and Birds Directives impose strict obligations to protect Natura 2000 sites, with Article 6(3) Habitats Directive requiring that projects be authorised only where no adverse effects on site integrity are established, irrespective of economic or strategic considerations. The CRMA's designation of strategic projects does not exclude Natura 2000 areas nor clarify how conflicts with Article 6 assessments should be resolved. Given that many critical raw material deposits are located in or near protected areas, this omission is legally significant. While Article 6(4) allows derogations for imperative reasons of overriding public interest, it is clear that such derogations must remain exceptional. The CRMA's framing of raw materials as strategically essential risks normalising reliance on Article 6(4), thereby weakening the binding nature of Natura 2000 protections.

Comparable tensions arise with the Water Framework Directive (WFD), which establishes binding non-deterioration obligations and allows exemptions only under strict conditions. Raw material extraction poses significant risks to surface and groundwater, and the CRMA's accelerated permitting regime risks constraining the thorough hydrological assessments required under Article 4 WFD. Institutional pressure to deliver projects within fixed timelines may lead authorities to interpret "overriding public interest" broadly, undermining the WFD's function as a hard ecological constraint.

Finally, the CRMA sits uneasily alongside the Nature Restoration Law and the Biodiversity Strategy, which imposes positive obligations to restore degraded ecosystems and achieve binding restoration targets. The CRMA does not integrate these obligations into its project designation or permitting framework, creating a risk of contradictory EU legal duties. Member States may be required simultaneously to fast-track environmentally intensive projects and meet legally binding restoration objectives in the same areas,

undermining legal certainty and the effectiveness of restoration commitments. (Ehrmann, C.; Vesa, S., 2025).

Despite the clear impact on the environment, nature and population that would ensue by ignoring these frameworks, the European Parliamentary Research Service laid down that this overriding public interest status granted by the strategic project label would necessarily allow for the projects to do so under CRMA and the other frameworks criteria. Once again, this approach generates a case by case analysis that potentially increases the chances to create legal conflicts. (Gyorgyi Macsai, Samy Chahri, & Guillaume Ragonnaud, 2024)

Illustration of spillover effects from ignoring legal provisions

These legal design criticisms not only defeat the aim of other legal provisions of EU law and international conventions, but stemming from these contradictions the CRMA also fails to deliver the intended result of the EU, which is to accelerate the development of extraction projects in EU territory in a timely manner. Cases like the Roșia Montană and the Jadar mine in Serbia illustrate how these trends might be not resolved by the current CRMA fast-tracked procedure. What makes the Roșia Montană case especially relevant for evaluating the CRMA is not merely the environmental high stakes involved but the structural procedural conflicts that emerged between communities, authorities, and investor dispute processes. In the earliest phases of the project's environmental impact assessment (EIA), the Romanian environmental authorities failed to widely notify affected parties about the initiation of the EIA and omitted to conduct true scoping with public participation, a core requirement under Articles 6(2) and 6(4) of the Aarhus Convention and implementing EU law. Civil society organization Alburnus Maior documented that the project documentation lacked essential information about environmental, social, and cultural impacts, yet public engagement was limited or effectively sidelined during critical stages.

This initial procedural gap illustrates a fundamental design flaw similar to what critics identify in the CRMA: the preservation of formal processes (e.g., an EIA) without ensuring meaningful public engagement in practice. Under both the Aarhus Convention and EU law, public participation must be timely, informed, and capable of influencing decisions, not a perfunctory step undertaken after much of the substantive assessment has already been completed. The early Roșia Montană proceedings lacked transparency and failed to include affected populations meaningfully, highlighting the danger of procedural formalism devoid of real engagement.

The case also reveals how lack of transparency can feed public distrust and undermine legitimacy. Throughout the arbitration between Romania and Gabriel Resources at the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), both the Romanian state and the investor resisted transparency, keeping many key documents hidden from the public for years. Civil society and rights organizations criticized this opacity, noting that such secrecy undermined citizens' rights of access to information and participation,

given that the tribunal's procedures were not designed to allow affected communities to present evidence or participate directly. Tribunals at ICSID generally provide for *amicus curiae* submissions at best, which do not guarantee that local voices or factual testimonies are included in the deliberations, as occurred when the tribunal excluded not only local testimonies but also legal arguments from the amicus briefs in the case.

The problems pointed out in the CRMA seem to contrast with lessons to be learnt from past development projects. The Roșia Montană gold mine project development in Romania starkly demonstrates how the lack of transparency and effective engagement with stakeholders, as well as a disregard for the environmental and humanitarian impact can stall any progress in the development of projects, to the point of it never materialising. The company, Gabriel Resources, presented dubious reports on the sustainability of the project, the economic benefits for the Romanian state and the local population and refused to allow local participation in the decision making process. As a result, widespread protests against the open pit mining project that would not have only destroyed the natural beauty and the cultural heritage of the area, but also greatly impacted the environment led to the stalling of the project and the subsequent lawsuit through an ICSID procedure between the Romanian state and the company. Recently, the Romanian state has emerged victorious from this endeavor, and in 2021 UNESCO recognised the region as a heritage site, granting it special protection. Finally, the eventual outcome, where Romania successfully defended itself against multi-billion-dollar claims by Gabriel Resources, does not diminish the procedural criticisms; rather, it shows that even favorable substantive outcomes for states do not resolve the underlying structural issues of participation and transparency. The fact that local communities and environmental NGOs had to rely on activism, press coverage, and external legal interventions to make visible the impacts of decades of decision-making underscores that procedural design matters as much as substantive outcomes. Policymakers drafting or implementing the CRMA should therefore draw from Roșia Montană the lesson that procedural legitimacy, rooted in transparency and participatory justice, is indispensable for both environmental protection and social acceptance of strategic industrial decisions. (Szabo, A.; Longo, S, 2022)

Even if there has not been precedent yet over the provisions of the CRMA, we can observe that its impact on societies is identifiable through other relevant cases such as the recently reactivated Jadar Valley mining project in Serbia, which was granted the strategic project status by the European Commission this past year, and. Despite not being located within EU space, it poses a potential future legal challenge for the European Commission as well as CJEU. Rio Tinto, the main developer, has claimed in the past that they would be able to proceed with their mining operations without disturbing other economic activities and population settlements in the area. Nonetheless, several farmers claimed that at the beginning of the mining operations their livelihoods were severely distorted, with crops no longer growing in the affected areas. Furthermore, the scientific community, NGOs and activists, as well as the general public have aligned against the project, citing environmental hazards and negative spillover effects as their opposition to the project. The community has also denounced several political decisions that violated transparency,

public participation and constitutional legal requirements. Halted in 2022 by the central government, it seems to have found a renewed strength in 2024 through the reversal by the Serbian justice of the decision, deeming it unconstitutional, and the aforementioned designation as a strategic project by the EC. Consequently, Rio Tinto claims that this designation acts as a guarantee of its sustainability, and that it will be acknowledged in their report due to be presented in upcoming months and presented to the EC. Yet again, civil society and other stakeholders have been sidelined, sparking protests that have been met with violence and repression from the Serbian government. Thus, the Jadar example illustrates yet again the importance of respecting the stakeholders involved, at the risk of the halting or delay of the project developed, defeating the original purpose of the CRMA.

Conclusion

The Critical Raw Materials Act represents a sincere and strategically coherent response by the European Union to an evolving geopolitical, economic, and technological landscape. Faced with increasing global competition for materials essential to the green and digital transitions, the EU's objective of reducing external dependencies and enhancing supply security is both rational and legitimate. The CRMA reflects a clear policy rationale: to ensure that climate, industrial, and technological ambitions can be pursued without exposing the Union to excessive vulnerability in global supply chains.

Several aspects of the Regulation warrant positive recognition. The CRMA explicitly acknowledges sustainability and responsible sourcing and repeatedly affirms that it applies "without prejudice" to existing EU environmental law. Its emphasis on recycling, circularity, and supply diversification demonstrates an approach that goes beyond a purely extractivist model. Moreover, by establishing common benchmarks, identifying strategic projects, and streamlining administrative coordination, the CRMA introduces a level of predictability and coherence that has long been lacking in EU raw materials governance. From an industrial perspective, this may reduce legal uncertainty and facilitate investment aligned with EU policy objectives.

At the same time, the CRMA's legal design reveals significant shortcomings. While it does not formally derogate from environmental legislation, its focus on acceleration and strategic prioritisation places sustained pressure on the effective application of key EU instruments, including the EIA and SEA Directives, nature protection law, and water protection frameworks. Compressed timelines and fast-track procedures risk reducing environmental assessment and public participation to procedural formalities rather than substantive safeguards, contrary to the preventive logic of EU environmental law and the principle of environmental integration under Article 11 TFEU.

More fundamentally, the Regulation raises concerns regarding the protection of individual and human rights. Public participation, access to information, and access to justice are recognised as fundamental procedural rights under EU law, the Aarhus Convention, and the Charter of Fundamental Rights. Where accelerated permitting limits

the ability of individuals and civil society to meaningfully engage in decision-making or challenge environmentally harmful projects, the CRMA risks marginalising affected communities and weakening rights protection, particularly in regions disproportionately impacted by extractive activities.

The tension created by the CRMA therefore lies less in explicit legal conflict than in normative imbalance. By elevating supply security and industrial strategy to a position of practical dominance, the Regulation risks weakening the effective force of environmental protection and individual rights. This imbalance may undermine legal coherence, increase litigation, and generate public resistance, ultimately jeopardising the CRMA's own objectives.

In conclusion, the CRMA embodies a necessary and well-founded policy ambition, but sound objectives cannot compensate for deficiencies in legal design. Without stronger safeguards to ensure the full effectiveness of environmental law and fundamental rights, the Regulation risks departing from the Union's constitutional commitment to sustainability, the rule of law, and the protection of human dignity

Bibliography

REGULATION (EU) 2024/1252 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 April 2024 establishing a framework for ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials and amending Regulations (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1724 and (EU) 2019/1020, (2024). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401252

CONVENTION ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION IN DECISION-MAKING AND ACCESS TO JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS, (1998). <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>

Villén-Pérez, S., Anaya-Valenzuela, L., Conrado da Cruz, D., & Fearnside, P. M. (2021). Mining threatens isolated indigenous peoples in the Brazilian Amazon. *Global Environmental Change*, 72(72), 102398. <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2021.102398>

The European Critical Raw Materials Board. (2024). Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs. https://single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/raw-materials/areas-specific-interest/critical-raw-materials/critical-raw-materials-act/board_en

European Environmental Bureau. (2023). *A Turning Point: The Critical Raw Material Act's needs for a Social and Just Green Transition* (p. 28). European Environmental Bureau. <https://eeb.org/wp-content/uploads/2023/07/CRMA-Position-Paper-Final-4.pdf>

ClientEarth. (2025). *Complaint to the European Ombudsman Failure to reply to a Confirmatory Application and to grant access to documents on the environmental and social sustainability of critical raw material projects applying for the status of strategic projects under the CRMA.* (p. 18). ClientEarth. <https://www.clientearth.org/media/u2ujcdna/complaint-to-the-european-ombudswoman-lack-of-transparency-in-crma-strategic-projects.pdf>

DIRECTIVE 2003/4/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC, (2003). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0004>

Szabo, A., & Longo, S. (2022). *Environmental threats and activism against extractive industries: The case of gold mining in Rosia Montană, Romania* (T. E. Shriver, Ed.). *Journal of Rural Studies*. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0743016722000560>

Red Carpet Courts. (2025). *Rio Tinto vs Serbia - ISDS Red Carpet Courts*. ISDS Red Carpet Courts. <https://10isdsstories.org/case/case-8/>

Hertie School Jacques Delors Center. (2025). *The EU's critical raw materials predicament: ReSourceEU to the Rescue?* Jacques Delors Centre. <https://www.delorscentre.eu/en/publications/detail/publication/the-eus-critical-raw-materials-predicament>

European Commission. (2024). *European Critical Raw Materials Act*. European Commission. https://commission.europa.eu/topics/competitiveness/green-deal-industrial-plan/european-critical-raw-materials-act_en

Müller, M. (2024). The EU's Raw Materials Diplomacy: Serbia as a Test Case. *Stiftung Wissenschaft Und Politik (SWP)*. <https://doi.org/10.18449/2025C10>

Gyorgyi Macsai, Samy Chahri, & Guillaume Ragonnaud. (2024). *Implementing the EU's Critical Raw Materials Act*. European Parliament. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/766253/EPRS_BRI\(2024\)766253_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2024/766253/EPRS_BRI(2024)766253_EN.pdf)

Ehrmann, C., & Vesa, S. (2025). Legal coherence in the European Green Deal: the relationship between the Critical Raw Materials Act and the EU biodiversity law. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 1–28. <https://doi.org/10.1080/02646811.2025.2598237>

Tröster, B., Papatheophilou, S., & Küblböck, K. (2024). *In search of critical raw materials: What will the EU Critical Raw Materials Act achieve? An analysis of legal and factual implications of the CRMA*. <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/300693/1/1897336853.pdf>

Persson, S. (Ed.). (2026). *TALKING MINERALS, MAKING LAWS A comparative frame analysis of the legislative procedure of the Critical Raw Materials Act*. Göteborgs Universitet; Göteborgs Universitet. <https://gupea.ub.gu.se/items/ff51744f-06b1-4f2c-ac37-bb5ad8824468>

Krogius, M. (2025). *Balancing Strategic Autonomy and Indigenous Rights : A socio-legal analysis of the EU Critical Raw Materials Act and its implications for Indigenous and local land rights*. Helsinki.fi. <https://helda.helsinki.fi/items/4eee7d97-37e6-429f-b7b3-5eb6c46e6546>

Marhold, A.-A., & Oikonomopoulou, E. (2025). The EU Critical Raw Materials Act: Opportunities and Challenges. *European Energy Law Report*, 161–180. <https://doi.org/10.1017/9781839704635.009>

THE CRITICAL RAW MATERIALS ACT:

Judgment of the Court of 14 May 1974. J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities. Case 4-73., (Court of Justice of the European Communities 1974). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:61973CJ0004>

Judgment of the Court (Second Chamber) of 15 October 2009 (reference for a preliminary ruling from the Högsta domstolen - Sweden) - Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening v Stockholms kommun genom dess marknämnd (Case C-263/08), (European Court of Justice 2009). https://infocuria.curia.europa.eu/tabs/affair?lang=en&sort=AFF_NUM-DESC&searchTerm=%22C-263%2F08%22&publishedId=C-263%2F08

Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 12 May 2011 (reference for a preliminary ruling from the Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein Westfalen - Germany) - Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen e.V. v Bezirksregierung Amsberg (Case C-115/09), (European Court of Justice 2011). https://infocuria.curia.europa.eu/tabs/affair?lang=EN&sort=AFF_NUM-DESC&searchTerm=%22C-115%2F09%22&publishedId=C-115%2F09

Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 16 December 2010 (reference for a preliminary ruling from the College van Beroep voor het bedrijfsleven - Netherlands) - Stichting Natuur en Milieu, Vereniging Milieudefensie, Vereniging Goede Waar & Co. v College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden, formerly College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen (Case C-266/09), (2010). https://infocuria.curia.europa.eu/tabs/affair?lang=en&sort=AFF_NUM-DESC&searchTerm=%22C-266%2F09%22&publishedId=C-266%2F09&jurisdiction=C

European Commission. (2001). *Directive 2001/42/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment*. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2001/42/oj/eng>

Leichthammer, A. (2024). *Mining for Tomorrow: The strategic importance of critical raw materials for Europe's industry*. Jacques Delors Centre. <https://www.delorscentre.eu/en/publications/detail/publication/mining-for-tomorrow>

ARTÍCULOS DE DERECHO MERCANTIL

**SOSTENIBILIDAD
ECONÓMICA DE LOS
MERCADOS DE
CRIPTOACTIVOS***Eva Marcos Gautier (MUA+IBL 25')***Abstract**

El auge de los mercados de criptoactivos y su creciente integración en el sistema financiero tradicional plantean interrogantes sobre la sostenibilidad económica de la tecnología *blockchain* como infraestructura de mercado. Por consiguiente, el presente artículo analiza, desde una perspectiva económico-jurídica, si *blockchain* mejora realmente la eficiencia económica del sistema financiero.

En tal sentido, se distingue entre la función económica que *blockchain* promete – caracterizada por la desintermediación, la seguridad y la transparencia – y la forma tecnológica concreta mediante la cual dichas promesas se materializan. Este estudio identifica los principales costes asociados a esta infraestructura, así como su distribución entre los distintos agentes. Entre los referidos costes destacan el consumo energético; los costes de mantenimiento de la red; las limitaciones de escalabilidad; y las externalidades económicas y sistémicas derivadas de su diseño. Frente a ello, se reconocen beneficios reales aunque contextuales, especialmente en pagos transfronterizos, transferencias continuas, y entornos que requieren de automatización y transparencia.

La comparación con los sistemas de pago tradicionales revela que, si bien *blockchain* puede ofrecer ventajas puntuales en determinados supuestos, su estructura de costes es más volátil y su capacidad de escalado más limitada. El análisis regulatorio muestra que marcos como MiCA o el *Genius Act* contribuyen a mitigar riesgos de integridad de mercado y protección del inversor, pero no resuelven de forma estructural los problemas de internalización de costes.

En conclusión, la mejora de la eficiencia económica asociada a *blockchain* es contingente y no generalizada. En vista de ello, se plantea la necesidad de avanzar tanto en el diseño tecnológico, como en la regulación, para garantizar la sostenibilidad económica de los mercados de criptoactivos.

Palabras clave: *Blockchain*; Criptoactivos; Mercados Financieros; Sostenibilidad Económica; Regulación Financiera.

I. Introducción: El auge de los Mercados de Criptoactivos

Según el Banco de España, el mercado global de los criptoactivos ha crecido significativamente en los últimos cinco años (Banco de España, 2025). No obstante, mantiene un elevado grado de concentración, puesto que las seis principales criptomonedas concentran más del 90% de la capitalización total. La evolución de su valor de mercado deja entrever una notable sensibilidad a factores macroeconómicos y políticos. Concretamente, el ciclo de relajación de la política monetaria ha fomentado la demanda de activos con mayor riesgo, como podrían ser los criptoactivos. A ello se le añade la reelección de Donald Trump como presidente de los Estados Unidos, con un posicionamiento político favorable a la industria cripto. Este último ha sido reiterado en foros internacionales como el World Economic Forum, dónde el presidente reelecto reafirmó su objetivo de que EE.UU. devenga “la capital mundial de las criptomonedas” (TradingView, 2026).

En este contexto, la capitalización del mercado de las *stablecoins* (vid., SCs) llegó a superar los 250.000 millones de euros a finales del año pasado (Tasca, 2025). Las SCs han captado el interés de los reguladores a escala global, y más del 70% de las jurisdicciones avanzaron en su regulación en 2025 (TRM Labs, 2025). La regulación de los criptoactivos se basa, principalmente, en MiCA en la UE y en el *Genius Act* para las SCs en EE.UU. A medida que la regulación avanza, muchos de los grandes bancos de todo el mundo – como el BBVA o Société Générale – ya han dado sus primeros pasos hacia los mercados cripto. A pesar de la naturaleza transfronteriza de los criptoactivos, la cooperación internacional es fragmentada e inconsistente, por lo que se requiere una armonización regulatoria global para evitar el arbitraje normativo (Financial Stability Board, 2025).

Todo ello evidencia un creciente grado de integración entre el sistema financiero tradicional y el ecosistema cripto. Las criptomonedas y, su tecnología subyacente *blockchain*, parecen alzarse pues como uno de los fenómenos más disruptivos a los que se enfrenta el sistema financiero contemporáneo.

A raíz de la envergadura de lo expuesto, surgen serias dudas respecto al alcance y la viabilidad de antedicha disrupción financiera. Pese al evidente auge de las criptomonedas, se cuestiona la sostenibilidad a largo plazo de los mercados de criptoactivos. Esto es, no tanto en términos medioambientales, los cuales innegablemente tendrán un impacto, sino más bien en términos económicos. La discusión central del artículo yace, consiguientemente, en evaluar si los mercados cripto tienen la capacidad para mantener su rentabilidad y crecimiento a largo plazo, de una manera eficiente. *Prima facie*, la inestabilidad, el uso especulativo y los elevados costes estructurales asociados a la tecnología *blockchain* parecen tener potencial para comprometer la referida sostenibilidad. Por ende, el presente artículo analizará desde una perspectiva económico-jurídica la tecnología subyacente y sus costes a fin de evaluar si el entorno cripto realmente mejora el sistema financiero actual.

II. Marco Conceptual: Sostenibilidad Económica, Eficiencia y Externalidades

Como paso previo al análisis de la tecnología *blockchain*, resulta necesario introducir algunos conceptos que estructurarán el presente artículo. El concepto base del mismo es la sostenibilidad económica, la cual se refiere a la capacidad de un sistema para operar y generar valor de forma duradera sin depender de desequilibrios estructurales, subsidios implícitos o la transferencia de costes a terceros (Orellana Nirian, 2020). Por lo tanto, un sistema solo se reputará sostenible en caso de contar con una estructura de costes e ingresos compatible con el largo plazo y basada en un uso eficiente de los recursos. La aplicación de antedicho concepto a los mercados financieros se traduce en la capacidad del mercado para asignar recursos eficientemente y mantener su función de coordinación entre ahorro e inversión (Serra Puente-Arno, 2009). Esto es, garantizándose una formación de precios transparente y competitiva. La referida función no surge de manera espontánea, sino que más bien se apoya en un marco institucional y regulatorio, orientado a preservar la integridad del mercado y a evitar fallos derivados de asimetrías informativas o prácticas abusivas (Pavet & Castillo, 2009).

Otro concepto a abordar es el de eficiencia tecnológica o técnica, entendida como el grado en que una infraestructura utiliza plenamente los recursos disponibles dado el estado tecnológico existente en un momento dado (Cachanosky, 2012). Mientras que la eficiencia asignativa atiende a si los resultados son socialmente óptimos, esta se limita a evaluar si el sistema maximiza su capacidad productiva con los medios técnicos de los que dispone. La eficiencia tecnológica de los mercados financieros analiza pues si la infraestructura subyacente, y no solo los productos financieros que se negocian en ella, opera de forma eficiente en términos de costes, escalabilidad y uso de recursos. Esta última distinción adquiere especial relevancia en el contexto de los mercados de cryptoactivos. Esto se debe a que la infraestructura *blockchain* no constituye una mera innovación técnica, sino un verdadero bien económico cuyo funcionamiento genera costes significativos. Entre estos últimos podría destacarse el consumo energético, los costes sistémicos asociados al diseño del mercado, así como los costes derivados de la adaptación regulatoria. Debe subrayarse que los mismos no son siempre asumidos de forma directa por aquellos que se benefician del sistema y, por ello, se plantean las externalidades negativas. Estas se producen cuando las decisiones privadas generan costes que recaen sobre terceros y no se reflejan adecuadamente en los precios (Helbling, 2010). Aplicadas a *blockchain*, incluyen tanto el impacto energético, como los riesgos sistémicos derivados del uso de determinadas infraestructuras tecnológicas de mercado. Desde esta perspectiva, resulta pertinente atender a si los costes asociados al mantenimiento de una infraestructura intensiva en recursos están siendo efectivamente internalizados por los emisores y participantes del mercado. O si, por el contrario, se trasladan de forma opaca a los inversores y a la sociedad en general, sin reflejarse adecuadamente en los precios.

Dicho esto, la infraestructura *blockchain* exige un análisis que trascienda su funcionalidad técnica y considere también su coste social agregado. Tal y como reconoció el Banco de España, la innovación financiera digital introduce infraestructuras con efectos sistémicos que van más allá de la mera eficiencia técnica (Banco de España, 2024). En consecuencia, el presente estudio debe centrarse en si *blockchain* permite una internalización eficiente y sostenible de los costes que genera o, en su defecto, si los externaliza de forma estructural, comprometiendo así su propia viabilidad económica a largo plazo.

III. *Blockchain* como Infraestructura Económica: Función y Forma

Habiendo introducido los conceptos clave, se procede al estudio de la tecnología *blockchain* con el objetivo de distinguir entre su función – esto es, aquello que promete hacer – y su forma – la manera en que lo hace –, sentando de esta forma las bases del dilema objeto de estudio relativo al coste-eficiencia de los mercados de criptoactivos.

Por una parte, se atiende a la función económica de *blockchain*, la cual se define como “una base de datos distribuida y descentralizada mediante una cadena de bloques” (García Mexía, 2023). Permite verificar y validar transacciones mediante un proceso de consenso entre los denominados “nodos” de la red, que no son más que las entidades que la forman. A pesar de que esta tecnología se esté utilizando en múltiples ámbitos – como el de la salud o la propiedad intelectual –, surgió en el seno de los servicios financieros, en los que *a priori* reduce costes y tiempo. La promesa funcional troncal de *blockchain* reside en la descentralización, eliminando de esta forma a los intermediarios y garantizando la integridad de la información registrada. La desintermediación; la seguridad y resistencia a la manipulación; y la estabilidad del registro se alzan pues como elementos clave. Desde sus inicios, esta tecnología ha buscado sustituir a los intermediarios financieros tradicionales por redes distribuidas en las que los propios participantes validan y mantienen el sistema. Sin embargo, este no es un concepto absoluto y, además, debe distinguirse entre la dimensión institucional – que busca reducir el poder de entidades centralizadas – y la infraestructural – centrada en la distribución técnica de nodos y datos (Tumasjan, 2024). Estas dimensiones pueden combinarse en distintos grados y, por ello, la función económica de *blockchain* no consiste tanto en erradicar la intermediación, sino en redistribuirla y codificarla en la infraestructura. A raíz de ello, nace el contraste entre las plataformas centralizadas (*i.e.* CEXs) y las descentralizadas (*i.e.* DEXs), en la medida en que ambas representan distintos grados de desintermediación. La seguridad y resistencia a la manipulación son el presupuesto para que un sistema descentralizado sea fiable. Por tanto, *blockchain* permite garantizar la integridad de los datos mediante un libro mayor distribuido, inmutable y transparente, en el que las transacciones, una vez registradas, no pueden ser alteradas sin dejar rastro (Dommari & Vashishtha, 2025). En términos económicos, ello se traduce en una reducción significativa del riesgo de comisión de prácticas abusivas de mercado, al devenir estas altamente costosas y difíciles de coordinar. En esta línea, *blockchain* actúa como una infraestructura de datos que se comparten, sincronizan y replican continuamente para asegurar que los participantes operen sobre la misma información. Antedicha estabilidad del registro proporciona

certeza sobre el historial de transacciones, de forma que se reduce la necesidad de reconciliaciones posteriores e, incluso, se llegan a coordinar eficientemente intercambios transfronterizos complejos (Khan, 2025). En definitiva, no es acertado calificar a *blockchain* como un mero activo novedoso, pues parece estar posicionándose como el eje de la transformación financiera (Villegas, 2026).

Por otra parte, y sin entrar en excesivos detalles técnicos, la forma concreta en que *blockchain* materializa antedichas promesas funcionales es apoyándose en una arquitectura técnica y multinivel compleja. Puntualizar que la comprensión de esta última resulta imprescindible para evaluar la eficiencia económica real de esta tecnología. Las cadenas de bloques son bloques de datos e información, pública, relativa a transacciones registradas, que están unidos entre sí para conformar una cadena. De estas últimas guardan copias completas todos los nodos, quienes colaboran para preservar el registro distribuido mediante un algoritmo de consenso basado en tecnología de *hash* criptográfico. Este paradigma de colaboración se denomina red de tipo *Peer-to-Peer* y, pese a garantizar la inmutabilidad de los registros, puede implicar elevados costes asociados a los *hardwares* requeridos para operar los nodos (García Mexía, 2023). El uso de técnicas de criptografía avanzada, en particular a través de la función *hash* y las firmas digitales, hace que cada transacción se transforme en una secuencia única de caracteres. Esto facilita la detección de alteraciones posteriores puesto que un mínimo cambio rompería la cadena de bloques. En otras palabras, la referida función *hash* favorece la trazabilidad de transacciones individuales, asegurando pues la integridad del sistema. Sin embargo, esta técnica de seguridad consume considerables niveles de recursos computacionales. Retomando el proceso de consenso, encargado de la sincronización de datos en *blockchain*, decir que existen dos modelos predominantes. El primero, PoW (*i.e. Proof-of-Work*), supone la competición de mineros en la resolución de problemas matemáticos complejos, de manera que se otorga el derecho de validación y una recompensa al primero que lo consiga. Este mecanismo ha demostrado ser sólido, pero requiere de un gasto de tiempo, poder de cómputo y energía elevados (Coinbase, s.f.). El segundo, PoS (*i.e. Proof-of-Stake*), se basa en la tenencia de criptoactivos por lo que, cuántos más se tenga, más posibilidad hay de que se te asigne la validación de transacciones. Se trata pues de una alternativa mucho más eficiente, aunque introduce otras tensiones como las de la concentración del poder. Finalmente, la estructura de la red está compuesta por tres niveles, que son la infraestructura de internet, la capa *blockchain* y las aplicaciones. Esta estructura facilita la expansión del sistema al permitir el funcionamiento de los denominados *wallets*, *smart contracts* y las aplicaciones descentralizadas (*i.e. DApps*), empero, añaden una notable complejidad técnica. Asimismo, generan dependencia a componentes externos, como los oráculos, que introducen información del mundo real en *blockchain*.

Llegados a este punto, se introduce el dilema central del artículo relativo a si *blockchain* mejora la estabilidad y eficiencia del sistema financiero lo suficiente como para justificar los costes materiales, organizativos y económicos que su infraestructura exige. Resulta

pues clave distinguir entre dos planos analíticos que, si bien están estrechamente relacionados, no deben confundirse. Por un lado, *blockchain* promete una estabilidad económica reforzada, cuyas características sean capaces de contribuir a la reducción de costes y riesgos asociados a la discrecionalidad de los intermediarios, así como a las prácticas abusivas del mercado. En esencia, busca sustituir la confianza jurídica e institucional por una confianza de carácter técnico y algorítmico. Por otro lado, esta promesa se confronta con la sostenibilidad material real del sistema, que atiende a la capacidad de su infraestructura tecnológica para aprobar el test de la sostenibilidad económica. En este sentido, *blockchain* conlleva una serie de riesgos que derivan directamente de la forma tecnológica adoptada. Primeramente, determinados mecanismos de consenso pueden generar asimetrías informativas, reproduciendo e, incluso agravando, los fallos propios del mercado financiero tradicional. Igualmente, aquellos pueden favorecer la concentración del poder de validación, especialmente en PoS. Esta dinámica amenaza con la recentralización económica y de captura del protocolo, lo que acabaría desvirtuando completamente la función económica de *blockchain*. A la postre, antedichas tendencias tienen un impacto directo sobre la estabilidad y la eficiencia de los mercados de criptoactivos. Así, la estabilidad que *blockchain* promete a nivel técnico puede verse deteriorada a nivel económico si no se abordan los efectos estructurales de su diseño.

IV. Costes de la Infraestructura *Blockchain*: Energía, Mantenimiento y Escalabilidad

Este apartado busca analizar los costes estructurales de *blockchain* en tanto que sistema económico, aunque sin entrar en excesivos detalles numéricos. Por ende, se procederá al estudio de sus costes energéticos; de sus costes de mantenimiento de la red; y de sus problemas de escalabilidad.

En una primera instancia, decir que los costes energéticos de *blockchain* dependen predominantemente del mecanismo de consenso escogido. En el caso de PoW, el consumo energético constituye un elemento estructural del diseño del protocolo, pues la seguridad frente a los abusos de mercado se basa directamente en el gasto económico y energético agregado a la red (Stieger & Zoller, 2022). En otras palabras, la seguridad y el consumo energético guardan una relación endógena en que, cuanto mayor sea el consumo, más alto será el coste de atentar contra la *blockchain*. Antedicha relación se ve reforzada por los incentivos económicos del minado, lo que provoca que las mejoras en eficiencia técnica no conlleven a reducciones del consumo total. Por el contrario, la reducción del coste del minado hace que esta práctica se vuelva más rentable. Esto es, que el consumo energético vuelve a crecer hasta alcanzar un nuevo equilibrio económico²⁴⁹ (*vid.*, “efecto rebote”). En vista de los significantes menores requisitos de

²⁴⁹ Entendido en el marco de los incentivos económicos del minado, los mineros continúan invirtiendo mientras el ingreso supere el coste marginal. El sistema converge así hacia un equilibrio económico, no técnico, en el que el gasto energético agregado tiende a alinearse con el precio del criptoactivo y la rentabilidad del minado (Stieger & Zoller, 2022).

hardware de PoS, este requiere de mucha menos energía que PoW (Stonberg, 2021). No obstante, esta mayor eficiencia energética no es neutral desde un punto de vista económico por cuanto se introducen riesgos de otra índole, entre los que destaca la concentración del poder de validación en grandes tenedores de criptoactivos. Si bien existe un debate significativo, PoS presenta riesgos de concentración de poder financiero que pueden facilitar la comisión de abusos de mercado. En este sentido, se introduce el concepto de MEV (*i.e.* “*Maximum Extractable Value*”), referido a la ganancia extraída por los mineros o validadores en la ordenación de las transacciones en un bloque. Por mucho que pueda resultar útil en la corrección de precios, también puede derivar en “ataques sándwich” que extraen dinero ilegítimamente a los usuarios (Binance, 2025). El MEV se origina en la propia estructura descentralizada de *blockchain*, aunque existen diferencias relevantes entre PoW y PoS en la forma en que se manifiestan los costes sistémicos de esta práctica. En PoW, cuando el MEV supera la recompensa base del minado, los incentivos económicos pueden llevar a los mineros a intentar reorganizar bloques pasados para capturar dicho valor, debilitándose así la inmutabilidad del registro y alterándose los incentivos de seguridad del sistema (ESMA, 2025). En PoS, el MEV se reconfigura y se integra de forma estructural en el protocolo, dando lugar a mecanismos organizados de extracción de valor que plantean riesgos de concentración, falta de transparencia y estabilidad. En suma, el MEV genera externalidades comunes a ambos modelos de consenso, aunque las mismas son particularmente visibles en PoS. Puntualizar que, si bien los DEXs presentan un mayor grado de transparencia, su arquitectura descentralizada los expone a nuevas formas de abuso de mercado, como el MEV o la manipulación de oráculos, que contrastan con las observadas en los CEXs, más próximas a las prácticas abusivas propias del mercado financiero tradicional (Orga Casao, 2025).

En una segunda instancia, aclarar que *blockchain* no es un sistema auto-sostenido, más bien una infraestructura que requiere una operación continua para garantizar su seguridad, viabilidad y disponibilidad (Abaccus Technologies, s.f.). En este contexto, los incentivos económicos a los validadores y mineros resultan esenciales para asegurar la participación constante en la validación de transacciones, el mantenimiento de nodos y la preservación del consenso. Por ende, *blockchain* presenta una dependencia estructural de recompensas económicas continuas, las cuales deberán adicionarse a otros costes recurrentes como la infraestructura de nodos, la monitorización de la red, las actualizaciones de código y la gestión de seguridad. La descentralización no elimina los costes de mantenimiento, sino que los redistribuye y hace permanentes, condicionando así la sostenibilidad económica del sistema. A este respecto, el 6 de enero de 2026 se advirtió de que minar Bitcoin es un 41 % más caro que comprarlo, lo que genera serias dudas desde una óptica del mantenimiento de su red (TradingView, 2026).

En última instancia, los problemas de escalabilidad constituyen un límite estructural de la tecnología *blockchain*. Este último deriva de su funcionamiento como libro mayor distribuido, en el que la validación y sincronización de transacciones exige una coordinación continua entre los nodos de la red. Ello provoca que, a medida que aumenta

SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y CONTINUIDAD DEL NEGOCIO

el número de usuarios y el volumen de transacciones, los costes operativos tienden a incrementarse, especialmente en sistemas con altos niveles de descentralización (Alshahrani, y otros, 2023). Esta dinámica genera una congestión de la red, dado el número limitado de transacciones que pueden procesarse en cada bloque, lo que alarga los tiempos de confirmación y encarece las transacciones. En consecuencia, estas últimas entran en competencia por un recurso escaso – el espacio disponible en los bloques –, debiendo ofrecer los usuarios comisiones más altas para que sus transacciones sean incluidas antes que otras. El aumento del uso de *blockchain* no reduce costes pues, a diferencia de las infraestructuras técnicas centralizadas empleadas por el sistema financiero tradicional, estos tienden a incrementarse.

Subrayar que, el consumo energético asociado a determinados diseños de *blockchain* se identifica como una externalidad negativa, en la medida en que es un coste social no asumido de forma proporcional por todos los beneficiarios del sistema. Los impactos energéticos y ambientales se desplazan parcialmente hacia la sociedad en su conjunto, sin quedar plenamente internalizados en las decisiones económicas de los participantes. Ello corrobora la necesidad de analizar *blockchain* desde su sostenibilidad económica y social como infraestructura financiera.

V. ¿Quién paga el Coste? Distribución Económica de las Externalidades

Habiendo analizado los costes de la infraestructura *blockchain*, se pretende determinar cómo se distribuyen realmente aquellos y quién los acaba soportando.

Sin embargo, primero deben identificarse los agentes clave en el ecosistema de *blockchain*, cada uno de los cuales asume y traslada cargas de forma diferenciada. En primer lugar, los usuarios comprenden a las personas y empresas que interactúan con *blockchain* para realizar transacciones, utilizar DApps o para tener criptoactivos. La participación de estos es, por tanto, la que activa la demanda y determina la relevancia de la red (Stripe, 2025). En segundo lugar, los inversores – entre los que se incluyen a los proveedores de liquidez – contribuyen aportando los recursos financieros necesarios para sostener el intercambio, la financiación y el funcionamiento de los mercados descentralizados. Esto, con la expectativa de obtener rendimientos a través de comisiones u otra índole de incentivos económicos. En tercer lugar, los validadores o mineros, desempeñan una función esencial en la verificación transacciones y en la seguridad de la red, ya sea aportando capacidad computacional o mediante la inmovilización de criptoactivos. Finalmente, la sociedad en general constituye el marco económico y social en el que se inserta *blockchain*, en tanto que infraestructura que se desarrolla y opera dentro de un entorno más amplio que trasciende a sus participantes directos.

Dicho esto, el traslado de costes asociados al funcionamiento de *blockchain* se articula esencialmente a través de tres mecanismos interrelacionados. Por una parte, las comisiones de transacción constituyen el canal más visible, en tanto que los usuarios

deben pagar tarifas para que sus operaciones sean incluidas y confirmadas en la red (Binance, 2026). Estas últimas cumplen una doble función de seguridad al elevar el coste del envío indiscriminado de transacciones, al tiempo que operan como un mecanismo de compensación económica para mineros y validadores. Como ya fue introducido, en escenarios de elevada actividad, la capacidad limitada de procesamiento de la red provoca un incremento de las tarifas, lo que equivale a un mayor coste de uso del sistema. Por otra parte, los subsidios en bloque consisten en la emisión de nuevos *tokens* que se otorgan a mineros y validadores. Estos son predeterminados por el propio protocolo y constituyen un mecanismo para introducir nuevas unidades en circulación, así como garantizar incentivos suficientes para la validación de transacciones (Nervos Network, 2024). No obstante, puede afirmarse que se traslada el coste del funcionamiento al conjunto de los tenedores del activo mediante un efecto inflacionario. Señalar que los dos mecanismos expuestos componen las denominadas recompensas de bloques, las cuales aseguran el mantenimiento y la seguridad de *blockchain*. Finalmente, el funcionamiento del sistema implica un impacto asociado al consumo de recursos, particularmente en el caso de PoW. En consecuencia, parte del coste energético necesario para asegurar la red no se refleja íntegramente en las tarifas individuales, sino que se proyecta más allá. En otras palabras, el precio que paga cada usuario por una transacción no incorpora todo el coste real que implica que *blockchain* sea seguro.

A la luz de los mecanismos descritos, cabe afirmar que los costes operativos en *blockchain* son inherentemente volátiles, al depender de factores dinámicos como la congestión de la red, la demanda de procesamiento y la evolución del propio protocolo (Cartesian Digital, s.f.). Como ya se introdujo, procede también plantearse si el diseño económico de *blockchain* internaliza adecuadamente los costes o, por el contrario, depende de que estos recaigan en terceros. La referida internalización ha sido ampliamente cuestionada pues, lejos de eliminar los costes, *blockchain* tiende a desplazar parte de sus efectos negativos hacia terceros ajenos a las transacciones en cadena (Martino & Ringe, 2025). Aunque la descentralización pueda reducir determinados costes de transacción, como se verá *a posteriori*, la tecnología genera externalidades que no pueden ser absorbidas por los propios participantes, especialmente las de naturaleza ambiental, económica y sistémica. Estas últimas no pueden internalizarse mediante acuerdos privados ni mediante el protocolo, y ello se debe a que no se cumplen las condiciones del marco coaseano²⁵⁰. A este respecto, los costes de transacción no son bajos y la asignación de derechos y responsabilidades frente a terceros resulta incompleta o ambigua. Martino & Ringe afirman que ello revela una externalización estructural hacia la sociedad, lo que conlleva a cuestionar la eficiencia global del sistema. Desde una perspectiva de sostenibilidad económica, un sistema que no logra internalizar los costes sociales que genera difícilmente puede mantenerse de forma eficiente a largo plazo. Ello justifica la

²⁵⁰ Proveniente del Teorema de Coase, propuesto por Ronald Coase, según el cual, cuando los derechos de propiedad están claramente definidos y los costes de transacción son bajos, las partes afectadas pueden negociar entre sí y alcanzar una asignación eficiente de los recursos (Roldán, 2020). En el caso de *blockchain*, estos presupuestos no se cumplen plenamente, lo que dificulta que los costes generados por el sistema sean internalizados de forma espontánea por el propio mercado

intervención del Derecho como mecanismo corrector de antedichas ineficiencias y como instrumento para promover una distribución más equilibrada de costes y beneficios.

Junto a los costes técnicos y económicos analizados, no puede obviarse que la expansión de los mercados de criptoactivos genera costes regulatorios e institucionales adicionales, los cuales derivan de la necesidad de una supervisión pública reforzada. La ausencia de un marco normativo claro y unificado ha obligado a las autoridades a adaptar y ampliar los marcos regulatorios tradicionales. Esto último conlleva costes significativos en términos de diseño normativo, capacidades institucionales y recursos de supervisión (Ogedengbe, y otros, 2024). A la fragmentación regulatoria se suman la complejidad técnica y la opacidad de determinados mecanismos, lo que incrementa significativamente los costes de cumplimiento para los operadores. Si bien estos costes se imputan formalmente a los operadores, sus consecuencias se extienden al conjunto del mercado. Esto es, al dificultar la entrada de nuevos competidores, favorecer la concentración del mercado en unos pocos operadores, y reducir la presión competitiva real. Lo expuesto adquiere especial relevancia en el ámbito de la protección del inversor, donde las asimetrías informativas, la elevada volatilidad y la proliferación de prácticas abusivas en los mercados cripto intensifican el riesgo de mercado, el cual acaba materializándose como un coste social indirecto. En la medida en que la mitigación de antedicho riesgo requiere de una intervención pública creciente para preservar la integridad del mercado y la confianza sistémica, parte de los costes asociados al funcionamiento de estos mercados recaen, en última instancia, sobre las instituciones y la sociedad en su conjunto.

VI. Comparación Económica: Pagos Tradicionales vs. Pagos en *Blockchain*

Llegados a este punto, se aborda el contraste entre la eficiencia económica de *blockchain* y la del sistema financiero tradicional.

Por un lado, el coste de procesar un pago en el sistema financiero tradicional descansa sobre una infraestructura centralizada. Esta última se articula en torno a redes bancarias y de corresponsalía que permiten aprovechar economías de escala y ofrecer una estructura de costes relativamente estable en el tiempo (Guo, 2024). Sin embargo, requiere de una mayor lentitud operativa y la intervención de múltiples intermediarios. Dicha estabilidad de costes se apoya, además, en infraestructuras altamente estandarizadas, como los sistemas de mensajería financiera (*ad ex* SWIFT²⁵¹) y los sistemas de liquidación bruta en tiempo real, que permiten procesar grandes volúmenes de pagos de forma predecible. Pese a ello, esta arquitectura implica costes fijos elevados, provenientes del mantenimiento de las redes de corresponsalía, del cumplimiento normativo (*vid.*, KYC/AML), y de los procesos de reconciliación entre entidades. Por mucho que antedichos costes puedan diluirse gracias a economías de escala, no desaparecen.

²⁵¹ Entendida como “Sociedad de Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales”, la cual se refiere a una red global cooperativa que permite a más de 11.000 instituciones financieras en más de 200 países intercambiar mensajes de pago de forma segura y estandarizada (Stripe, 2026).

Adicionalmente, la intervención de múltiples intermediarios introduce fricciones operativas y temporales, especialmente visibles en pagos transfronterizos, donde los husos horarios, las revisiones regulatorias y los controles de cumplimiento pueden retrasar la liquidación final incluso varios días.

Por otro lado, los pagos basados en *blockchain* se realizan sobre infraestructuras descentralizadas en las que el coste de cada transacción depende de comisiones variables, y de un coste energético implícito, vinculado al mantenimiento del sistema y a los mecanismos de consenso (Guo, 2024). Antedichas comisiones se determinan en función de la congestión de la red y de la prioridad que los usuarios asignan a sus transacciones. Como ya ha sido analizado, las transacciones se procesan sobre una capacidad limitada de la red, lo que implica que no todas pueden ser incluidas de manera inmediata. Los usuarios pueden pues incrementar la comisión para aumentar la probabilidad de validación. En definitiva, los costes de pago no son fijos al estarse ante una estructura de costes fluctuantes inherente al funcionamiento del sistema.

Las diferencias estructurales entre ambos sistemas se reflejan en el coste unitario por transacción, el cual puede resultar inferior en *blockchain* en ciertos contextos, como los de pagos transfronterizos o aquellos realizados fuera del horario bancario (Guo, 2024). Pese a ello, el coste de las transacciones en *blockchain* es altamente variable, lo que se contrapone a la previsibilidad propia de los sistemas tradicionales. En adición a ello, las infraestructuras bancarias consolidadas presentan una alta escalabilidad, la cual permite procesar grandes volúmenes de transacciones de forma consistente. En cambio, *blockchain* se enfrenta a limitaciones de rendimiento, que pueden generar congestión y encarecer las transacciones a medida que aumente la actividad. Esto es, sobre todo en el caso de modalidad *permissionless*, cuya arquitectura abierta y descentralizada agrava los problemas de escalabilidad y volatilidad de costes (Péter & Adrián Szilárd, 2024). En consecuencia, por mucho que *blockchain* pueda ofrecer ventajas puntuales en términos de rapidez y costes directos, su estabilidad de costes y escalabilidad siguen siendo inferiores a las de los sistemas de pago tradicionales, lo que condiciona su viabilidad como infraestructura generalizada de pagos. En relación al consumo energético, algún informe ya ha señalado que tanto el sistema bancario tradicional, como la extracción y gestión del oro, “consumen cada uno mucha más energía que la red de Bitcoin” (elEconomista, 2021). Desde esta óptica, y aun considerando el mecanismo PoW, se ha argumentado que el consumo energético de Bitcoin no resulta necesariamente desproporcionado en términos comparativos. Además, hay estudios que indican que “el uso de fuentes de energía sostenibles para la minería de Bitcoin ha crecido al 52,4%” (Neumueller, y otros, 2025). Lo expuesto parece debilitar las críticas del consumo energético de *blockchain*, aunque debe interpretarse con cautela al utilizarse metodologías heterogéneas en los informes existentes.

A lo anterior debe añadirse una consideración relevante desde una perspectiva funcional y económica. Si bien la hegemonía de *blockchain* en tanto que infraestructura subyacente

implica costes elevados, lo cierto es que presenta como ventaja estructural su carácter interoperable. Esto es, en la medida en que permite la circulación de criptoactivos sobre una infraestructura común y potencialmente global. Sin embargo, a día de hoy, antedicha interoperabilidad no parece haber sido lo suficiente como para que los criptoactivos alcancen una implantación significativa como medio de pago. Para que un activo digital pueda cumplir, de forma efectiva, la función monetaria de medio de cambio debe alcanzar una equivalencia funcional con el dinero bancario y el dinero electrónico (Suárez Puga, 2021). Esto último exige una aceptación generalizada, estabilidad de valor y un marco institucional que garantice su uso en operaciones lícitas. Pese al desarrollo de mercados secundarios altamente líquidos, los criptoactivos operan predominantemente como activos de inversión o reservas de valor, sin consolidarse como unidad de cuenta ni patrón general de precios. Por ende, no están sustituyendo al dinero electrónico bancario ni a las infraestructuras de pago tradicionales, sino que parecen más bien coexistir con estas desde una lógica funcional distinta. Lo expuesto constituye un extremo determinante para evaluar comparativamente sus costes y su eficiencia económica.

Desde una óptica de protección del inversor e integridad del mercado, los mercados de criptoactivos presentan vulnerabilidades estructurales que no se reproducen con la misma intensidad en los mercados financieros tradicionales. La arquitectura descentralizada, la operativa en cadena y la ausencia de intermediarios responsables dificultan la detección y prevención *ex ante* de conductas abusivas (Barczentewicz & de Gândara Gomes, 2023). En consecuencia, se incrementa la exposición de los inversores a prácticas como la manipulación de mercado, el uso indebido de información privilegiada, así como determinadas estrategias de extracción de valor (*ad ex* MEV). A este respecto, en la UE MiCA introduce, en su Título VI, un régimen de abuso de mercado que se inspira en el marco tradicional (*vid.*, *Market Abuse Regulation*). De esta manera, busca reforzar la integridad de los mercados de criptoactivos y ofrecer un nivel mínimo de protección a los inversores, aunque antedicha traslación regulatoria resulta incompleta y genera significativas áreas de incertidumbre jurídica. A raíz de las referidas limitaciones, el correcto funcionamiento de los mercados de criptoactivos pasa a depender en mayor medida de un mecanismo *ex post*. Este se caracteriza por un conjunto de supervisión administrativa, investigación de conductas ilícitas e imposición de sanciones, que actúa como sustituto de los mecanismos de control *ex ante* propios del mercado financiero tradicional. De esta forma, se generan costes regulatorios adicionales y se refuerza el papel de las instituciones en el funcionamiento económico de este tipo de mercados. Del mismo modo, la SEC²⁵² ha mantenido el foco en la proliferación de fraudes, fallos de gobernanza y vacíos regulatorios que han caracterizado el desarrollo de los mercados de criptoactivos. Hasta la aprobación del *Genius Act* el 18 de julio de 2025, EE.UU. carecía de habilitación expresa por parte del Congreso para regular los criptoactivos. En vista de tal carencia, la SEC adoptó una estrategia de “*regulation by enforcement*” en virtud de la cual utilizaba acciones sancionadoras *ex post* para aplicar las leyes federales de valores existentes. El actual enfoque regulatorio estadounidense, basado en actuaciones *ex post*,

²⁵² Entendida como la *Securities Exchange Comission* de Estados Unidos.

se considera insuficiente y estructuralmente inestable, lo que ha llevado a reclamar habilitaciones legislativas orientadas a dotar de un marco claro a los criptoactivos, reforzar la protección del inversor y reducir los costes sociales derivados del fraude y de la incertidumbre jurídica (Trautman, Elzweig, & Newman, 2024).

Desde una perspectiva funcional, *blockchain* aporta ventajas reales en aquellos contextos en que los sistemas financieros tradicionales presentan mayores fricciones. Estos últimos son, especialmente, en los pagos transfronterizos, las transferencias continuas fuera del horario bancario, y los entornos que requieren mayor transparencia y automatización (Binance, 2025). En estos casos la eliminación de intermediarios, la liquidación prácticamente inmediata, y la programabilidad vía *smart contracts*, permiten reducir los tiempos de procesamiento y determinados costes operativos. Esto es, particularmente cuando *blockchain* se apoya en instrumentos como las *stablecoins* y en soluciones técnicas complementarias que permiten mitigar su volatilidad y sus limitaciones operativas. No obstante, las referidas ventajas no son universales ni aplican automáticamente. La escalabilidad limitada de la red; la volatilidad de las comisiones; y la necesidad de apoyarse en infraestructuras adicionales para superar sus limitaciones técnicas, dificultan una adopción de *blockchain* como sistema de pagos de uso generalizado. Adicionalmente, la adopción de pagos en *blockchain* sigue condicionada por otros factores tales como la volatilidad de los criptoactivos, ciertos problemas de interoperabilidad entre redes, las barreras técnicas y la incertidumbre regulatoria (Thunes, 2025). En definitiva, por mucho que *blockchain* puede generar mejoras económicamente relevantes en contextos específicos y acotados, su ventaja competitiva frente a infraestructuras financieras tradicionales no resulta estructural, sino más bien contingente y dependiente del contexto institucional, técnico y regulatorio.

VII. Valoración Crítica y Conclusiones

El estudio realizado permite responder a la hipótesis planteada sobre si la tecnología *blockchain* mejora realmente la eficiencia económica del sistema financiero.

Del lado de los costes, los mecanismos de consenso incorporan un consumo energético estructural vinculado a la seguridad del sistema, el cual se manifiesta como una externalidad negativa no plenamente internalizada. Se añaden los costes permanentes del mantenimiento de la red, que derivan de la necesidad de incentivos económicos continuos para validadores y mineros. Existen, además, limitaciones de escalabilidad que generan congestión y encarecimiento de las transacciones en escenarios de alta demanda. Se dan también costes regulatorios e institucionales crecientes, asociados a la supervisión pública reforzada y a la protección de los inversores, cuyos efectos se proyectan como costes sociales indirectos. Finalmente, se han identificado externalidades económicas y sistémicas, como la concentración del poder de validación y determinadas prácticas de extracción de valor, las cuales ponen en duda la eficiencia global de *blockchain*.

Del lado de los beneficios, *blockchain* aporta ventajas reales, aunque estas son limitadas y contextuales. Destacan la reducción de intermediación; concretas mejoras en pagos transfronterizos y transferencias continuas; así como la automatización y transparencia asociadas a los *smart contracts*. A pesar de ello, el análisis deja entrever que antedichos beneficios no son universales ni automáticos. En su lugar, dependen de condiciones técnicas y regulatorias específicas, al igual que del uso de infraestructuras complementarias que mitiguen las limitaciones propias de *blockchain*.

Desde una evaluación coste-eficiencia global, los beneficios observados no parecen compensar de forma general los costes energéticos, estructurales y sistémicos asociados a la infraestructura *blockchain*. La mejora en eficiencia económica que esta tecnología pueda ofrecer es, por ende, contingente y no estructural. En consecuencia, no puede identificarse a *blockchain*, al menos en su configuración actual, como una infraestructura que mejore de manera generalizada la eficiencia del sistema financiero tradicional. Ello se refuerza por el hecho de que, pese a su interoperabilidad, los criptoactivos no han logrado una implantación relevante como medio de pago y siguen operando, principalmente, como activos de inversión. En este contexto, la regulación contribuye a mitigar determinados riesgos – especialmente en materia de protección de inversores e integridad del mercado –, aunque de momento es incapaz de resolver los problemas de internalización de costes y sostenibilidad económica derivados del diseño tecnológico de *blockchain*.

En conclusión, la sostenibilidad futura de los mercados de criptoactivos dependerá de la capacidad de articular un diseño tecnológico más eficiente, junto con un marco regulatorio que internalice adecuadamente los costes sociales generados.

Bibliografía

- Abaccus Technologies. (s.f.). *How much does it cost to maintain a blockchain?* Obtenido de Abaccus Technologies: <https://www.abbacustechologies.com/how-much-does-it-cost-to-maintain-a-blockchain/>
- Alshahrani, H., Islam, N., Syed, D., Sulaiman, A., Saleh Al Reshan, M., Rajab, K., . . . Soomro, A. (2023). Sustainability in Blockchain: A Systematic Literature Review on Scalability and Power Consumption Issues. *Energies (MDPI)*.
- Banco de España. (2024). Facilitadores de la innovación 2.0: impulsando la innovación financiera en la era fintech. *Documentos Ocasionales*.
- Banco de España. (2025). *Informe de Estabilidad Financiera. Primavera 2025*. Banco de España.
- Barczentewicz, M., & de Gândara Gomes, A. (2023). Crypto-Asset Market Abuse Under EU MiCA. *SSRN*.
- Binance. (21 de Octubre de 2025). *Blockchain: Infraestructura financiera de próxima generación*. Obtenido de Blog Binance Square: <https://www.binance.com/es/square/post/31298668096905>
- Binance. (13 de Diciembre de 2025). *¿Qué es el Valor Máximo Extraíble (MEV)?* Obtenido de Binance - Academy: <https://www.binance.com/es/academy/articles/what-is-maximal-extractable-value-mev>

- Binance. (18 de enero de 2026). *¿Qué son las tarifas de transacción de blockchain?* Obtenido de Binance Square: <https://www.binance.com/es/square/post/34927260326969>
- Cachanosky, I. (2012). Eficiencia técnica, eficiencia económica y eficiencia dinámica. *Dialnet*, 51-80.
- Cartesian Digital. (s.f.). *¿Por qué los costes operativos de blockchain son difíciles de predecir?* Obtenido de Blog Cartesian Digital: <https://o-cfodigital.io/blog/why-blockchain-operational-costs-hard-to-predict>
- Coinbase. (s.f.). *Prueba de trabajo (PoW) vs. Prueba de participación (PoS): ¿cuál es la diferencia?* Obtenido de Coinbase: Crypto Basics: <https://www.coinbase.com/es-es/learn/crypto-basics/proof-of-work-pow-vs-proof-of-stake-pos-what-is-the-difference>
- Dommar, S., & Vashishtha, S. (2025). Blockchain-Based Solutions for Enhancing Data Integrity in Cybersecurity Systems. *International Research Journal of Modernization in Engineering Technology and Science*, 1431-1454.
- elEconomista. (17 de Mayo de 2021). ¿Quién gasta más energía? Un estudio asegura que el sistema bancario y el oro consumen cada uno el doble que el bitcoin. *elEconomista*.
- ESMA. (2025). *Maximum Extractable Value Implications for crypto markets*. ESMA: Financial Innovation.
- Financial Stability Board. (2025). *Thematic Review on FSB Global Regulatory Framework for Crypto-asset Activities*. FSB.
- García Mexía, P. (2023). *Criptoderecho: la regulación de Blockchain (2ª edición)*. Wolters Kluwer España La Ley.
- Guo, J. (2024). A Comparative Study of Blockchain Transaction Systems vs. Traditional Cross-Border Payment Networks. *SSRN*.
- Helbling, T. (2010). ¿Qué son las externalidades? Lo que ocurre cuando los precios no reflejan del todo los costos. *IMF: Vuelta a lo esencial - ¿Qué son las externalidades?*, 48-49.
- Khan, R. (10 de Enero de 2025). Integración De Blockchain: Las Innovaciones Digitales Que Remodelan Las Finanzas. *Forbes*.
- Martino, E. D., & Ringe, W. G. (2025). The Social Cost of Blockchain: Externalities, Allocation of Property Rights, and the Role of the Law. *Cambridge University Press*.
- Nervos Network. (15 de Enero de 2024). *¿Cuál es la diferencia entre Block Subsidy y Block Reward?* Obtenido de Nervos: Knowledge base: [https://www.nervos.org/es/knowledge-base/difference_block_subsidy_block_reward_\(explainCKBot\)](https://www.nervos.org/es/knowledge-base/difference_block_subsidy_block_reward_(explainCKBot))
- Neumueller, A., Pieters, G., Mohaddes, K., Rousseau, V., & Zanh, B. (2025). *Cambridge Digital Mining Industry Report: Global Operations, Sentiment, and Energy Use*. Cambridge Centre for Alternative Finance.
- Ogedengbe, A., Ogayomi, A., Okesiji, A., Omusule, A., & Oyasiji, O. (2024). US Regulations of Blockchain/Cryptocurrency: Navigating the Complex Landscape of Regulatory Compliance in Digital Asset Markets. *International Journal of Scientific Research and Modern Technology (IJSRMT)*, 82-98.
- Orellana Nirian, P. (1 de Julio de 2020). *Sostenibilidad Económica*. Obtenido de Economipedia: <https://economipedia.com/definiciones/sostenibilidad-economica.html>
- Orga Casao, D. (10 de Octubre de 2025). TFM: Riesgos de mercado de los criptoactivos. (E. M. Gautier, Entrevistadora)
- Pavet, J. A., & Castillo, S. (2009). Integridad y Manipulación en el Mercado de Valores. *Dialnet*.
- Péter, N., & Adrián Szilárd, N. (2024). SLR About the Costs of Private Blockchain Technology for Businesses. *Economica*, 22-33.
- Roldán, P. N. (1 de Marzo de 2020). *Teorema de Coase*. Obtenido de Economipedia: <https://economipedia.com/definiciones/teorema-de-coase.html>
- Serra Puente-Arno, G. (2009). La Regulación en los Mercados Financieros. *Dialnet*, 102-112.
- Stieger, R., & Zoller, V. (2022). Blockchain Pow and Pos Energy Consumption and its Environmental Impact. *SSRN*.
- Stonberg, S. (17 de Junio de 2021). *How blockchain and cryptocurrencies can help build a greener future*. Obtenido de World Economic Forum: Emerging Technologies: <https://www.weforum.org/stories/2021/06/how-blockchain-and-cryptocurrencies-can->

SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y CONTINUIDAD DEL NEGOCIO

help-build-a-greener-

future/#:~:text=This%20can%20be%20seen%20with,their%20own%20versions%20of%20PoS.

- Stripe. (8 de Diciembre de 2025). *Explicación del ecosistema blockchain: cómo crecen, se conectan y crean valor las redes descentralizadas*. Obtenido de Stripe: <https://stripe.com/es/resources/more/blockchain-ecosystem-explained#quienes-son-los-participantes-clave-en-un-ecosistema-de-blockchain>
- Stripe. (28 de Enero de 2026). *¿Qué es SWIFT? Una guía sobre este sistema bancario internacional*. Obtenido de Stripe: <https://stripe.com/es/resources/more/what-is-swift>
- Suárez Puga, E. A. (2021). Naturaleza y régimen jurídico de las criptomonedas. *InDret*, 383-396.
- Tasca, E. (20 de Octubre de 2025). La fiebre por las 'stablecoins' enciende las alarmas de las máximas autoridades monetarias. *CincoDías*.
- Thunes. (29 de Julio de 2025). *Cómo la cadena de bloques revoluciona los pagos transfronterizos*. Obtenido de Thunes: <https://www.thunes.com/insights/blockchain-cross-border-payments/>
- TradingView. (23 de Enero de 2026). Conclusiones sobre las criptomonedas en Davos: la política y el dinero chocan. *Blog de TradingView*.
- TradingView. (6 de Enero de 2026). *Estudio señala que minar Bitcoin es 41% más caro que comprar BTC*. Obtenido de TradingView: Noticias: <https://es.tradingview.com/news/cointelegraph:c38c12de609cd:0/>
- Trautman, L. J., Elzweig, B., & Newman, N. F. (2024). The SEC, Fraud, and Cryptocurrencies. *SSRN*.
- TRM Labs. (2025). *Global Crypto Policy Review & Outlook 2025/26*. TRM Labs.
- Tumasjan, A. (2024). The Promise and Prospects of Blockchain-Based Decentralized Business Models. *Knowledge and Digital Technology (ResearchGate)*, 203-224.
- Villegas, J. (17 de Enero de 2026). Del "hype" cripto a la innovación real; el "blockchain" como eje de la transformación financiera. *CincoDías.Award*, April 5, 20

**SOSTENIBILIDAD
EMPRESARIAL Y
CONTINUIDAD DEL NEGOCIO:
UNA LECTURA DEL M&A EN
CLAVE DE SOSTENIBILIDAD**



Marc Martinez Valencia (5º GBD)

1. Introducción

En los últimos años, el concepto de sostenibilidad se ha convertido en un eje central del debate empresarial y jurídico. En el ámbito corporativo, esta noción ha quedado estrechamente asociada a los criterios ESG (por sus siglas en inglés) y al desarrollo de estándares normativos e indicadores destinados a medir el impacto ambiental, social y de gobernanza de las empresas. La agenda regulatoria europea ha reforzado esta tendencia, consolidando un marco cada vez más exigente en materia de transparencia y responsabilidad corporativa.

Sin embargo, una comprensión de la sostenibilidad limitada a métricas y obligaciones de reporte resulta incompleta si no se atiende a una cuestión previa y decisiva como es la supervivencia del proyecto empresarial. Es por ello que, más allá del cumplimiento normativo, la sostenibilidad debería referirse a la continuidad del proyecto empresarial y a su capacidad para generar valor de forma estable en el largo plazo.

En la práctica, las empresas no desaparecen (en términos generales) por falta de alineación con estándares ESG o déficits reputacionales asociados a su incumplimiento, sino por razones estructurales de naturaleza financiera y organizativa. La fragilidad de los modelos de negocio, la dificultad de acceso a financiación, el incremento de la competencia o la incapacidad de adaptación estratégica constituyen, entre otros, factores determinantes de discontinuidad. A ello se añade que los mecanismos tradicionales de gestión de crisis, como el concurso de acreedores o los planes de reestructuración, no siempre resultan instrumentos eficientes para preservar empresas económicamente viables, pues operan cuando la situación ya es crítica y no garantizan necesariamente la continuidad del proyecto.

En el ámbito de la pequeña y mediana empresa (pymes), este problema se ve agravado, ya que también interviene el factor del relevo generacional, que se ha convertido en un desafío estructural. Los costes de continuidad son elevados, el mercado es cada vez más exigente y, en numerosas ocasiones, no existe una solución sucesoria clara. Como consecuencia, empresas viables pueden desaparecer no por falta de rentabilidad intrínseca, sino por la imposibilidad de sostener su configuración actual en términos de propiedad o gestión.

Frente a este escenario, este artículo propone analizar las operaciones de M&A como un mecanismo jurídico y económico capaz de garantizar la continuidad empresarial mediante la transmisión ordenada del control o de la gestión. Más allá de su función tradicional como estrategia de crecimiento inorgánico o de creación de valor financiero, el M&A puede operar como instrumento de preservación de empresas viables.

En los apartados siguientes se desarrollará esta aproximación, partiendo de una redefinición conceptual de la sostenibilidad centrada en la viabilidad y continuidad del proyecto empresarial en el largo plazo. A continuación, se analizarán los principales factores de discontinuidad que afectan a la pyme y el papel del M&A como mecanismo alternativo frente a las soluciones que se han adoptado tradicionalmente y que, en muchos casos, no logran garantizar la preservación del negocio. Asimismo, se examinará el papel creciente de las plataformas de intermediación en la profesionalización de la transmisión empresarial y la forma en que el marco normativo europeo, al promover una inversión orientada al largo plazo, refuerza indirectamente esta lógica de continuidad.

2. Sostenibilidad empresarial: viabilidad, continuidad y creación de valor a largo plazo

A efectos del presente artículo, acuñaremos el término “sostenibilidad empresarial” para referirnos específicamente a la capacidad de la empresa para mantenerse operativa, competitiva y generando valor en el largo plazo. Con ello se pretende añadir una dimensión que permita ir más allá de la acepción de sostenibilidad en su vertiente de cumplimiento de criterios o estándares o publicación de información corporativa. Así pues, en el sentido aquí empleado, la sostenibilidad empresarial se definiría como categoría estructural que remite a la viabilidad del proyecto empresarial en el tiempo, a su capacidad de adaptación a entornos cambiantes y a la preservación de su continuidad económica más allá del corto plazo. Y es que la continuidad de la empresa constituye un elemento consustancial a la sostenibilidad, ya que no puede hablarse de desarrollo sostenible si la organización desaparece por falta de o error en la planificación, por un tamaño insuficiente o por incapacidad de adaptación al entorno interno y externo.

Construir sostenibilidad implica gestionar riesgos financieros, regulatorios y tecnológicos, fomentar la innovación para no quedarse obsoletos y mantener relaciones estables con los distintos grupos de interés (*stakeholders*), de modo que el proyecto empresarial se refuerce de manera constante. La traducción de lo anterior a un plano más práctico implica el diseño de una buena estrategia empresarial, es decir, una estrategia que prevea y articule mecanismos concretos para atraer y retener talento, asegurar el acceso a financiación para sostener el crecimiento y tener planes de contingencia que permitan anticipar y gestionar de forma adecuada los distintos ciclos del negocio, incluidos los momentos de dificultad o crisis. Bajo esta óptica, resulta igualmente relevante plantear fórmulas ordenadas de transmisión de la gestión o del control de la empresa en aquellos supuestos en los que el modelo existente deja de ser viable en sus

términos actuales y se hace necesaria la incorporación de nuevas capacidades, recursos o enfoques estratégicos.

Asumida esta concepción, resulta coherente considerar que cualquier instrumento que contribuya de forma efectiva a que una empresa siga operando y generando valor en el tiempo puede calificarse como un mecanismo de sostenibilidad empresarial.

3. La crisis de continuidad en la pyme como problema estructural

La pyme familiar aparece como uno de los escenarios donde la sostenibilidad empresarial se ve más claramente amenazada, por motivos financieros y muy especialmente cuando no existe un relevo definido del empresario persona física.

Una proyección de 2006 de la Comisión Europea estimaba que un tercio de los propietarios de empresas en la Unión Europea se jubilaría en la década siguiente, afectando potencialmente a 690.000 pymes y 2,8 millones de empleos al año (European Commission, 2006). Si bien dicha estimación se formuló hace casi dos décadas, estudios más recientes confirman que la presión demográfica sobre la continuidad empresarial persiste. En particular, se calcula que en Europa se producen aproximadamente 450.000 transferencias de empresas cada año y que alrededor de 150.000 afrontan el riesgo de no completarse con éxito, lo que incrementa la probabilidad de que la empresa no pueda continuar su actividad (Eurochambres, 2025). España, donde las pymes constituyen el 99,8% del tejido empresarial y crean el 66% del empleo (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2023), no es precisamente ajena a este problema; miles de negocios viables corren riesgo de cerrar por falta de relevo generacional, lo que implica pérdida de empleos, conocimiento acumulado y tejido productivo local.

Tradicionalmente, cuando una pyme afronta situaciones de insolvencia o de pérdida de viabilidad, el recurso jurídico por excelencia ha sido el concurso de acreedores, concebido teóricamente como un instrumento orientado a la conservación de empresas viables mediante la aprobación de convenios y, de forma subsidiaria, a la liquidación ordenada de aquellas que no lo son. Sin embargo, y como veremos en el apartado 3.1 a continuación, tanto el concurso como los planes preconcursales no siempre funcionan como mecanismo para la preservación de la sostenibilidad empresarial. Además, ambas herramientas comparten un rasgo común: abordan la crisis empresarial fundamentalmente desde una óptica financiera. Por ello, tampoco son suficiente cuando la amenaza para la continuidad no proviene exclusivamente de un desequilibrio económico, sino de factores estructurales que afectan a la configuración misma del proyecto empresarial.

Por ello, es en este contexto donde cobra sentido explorar una vía alternativa (tal y como haremos en el apartado 3.2), tanto para los supuestos de problemas de viabilidad financiera como para los supuestos de falta de relevo generacional: las operaciones de M&A como mecanismo de transición ordenada. Dicho de otra forma, el M&A como herramienta para impulsar la sostenibilidad empresarial.

SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y CONTINUIDAD DEL NEGOCIO

3.1 El Derecho concursal y sus deficiencias como mecanismo de sostenibilidad empresarial

Pese a su teórica vocación conservadora del tejido empresarial, el Derecho concursal español ha demostrado ser, en la práctica, un instrumento limitado para garantizar la continuidad de las pymes en situación de crisis. Lejos de actuar como una herramienta de rescate, el concurso de acreedores suele convertirse en la antesala de la liquidación y de la desaparición de la actividad.

Los datos son contundentes. Según el Anuario Concursal del Colegio de Registradores, en 2023 un 96,2 % de los concursos concluyó con la liquidación de la empresa (Colegio de Registradores, 2023). En otras palabras, en España el concurso no suele ser una nueva oportunidad, sino un certificado de defunción empresarial.

Los motivos subyacentes del fracaso del concurso son múltiples. En primer lugar, persiste una cultura empresarial reacia a la solicitud temprana del concurso, los administradores tienden a agotar todos los recursos antes de acudir a los juzgados, lo que deriva en solicitudes tardías, cuando la viabilidad ya es remota. En segundo lugar, el procedimiento concursal ha sido tradicionalmente lento, costoso, burocrático y con un fuerte estigma social, convirtiéndolo en poco atractivo, especialmente para microempresas con escasa capacidad de resistencia reputacional y financiera. Por último, los convenios han sido difícilmente aplicables al tejido pyme, caracterizado por estructuras societarias simples, escasa diversificación y elevada dependencia de activos intangibles como la confianza comercial o el capital humano.

Con el objetivo de intervenir en fases más tempranas de la crisis y en transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, la reforma de 2022 incorporó los planes de reestructuración preconcursal como mecanismo preventivo para evitar la insolvencia formal. Estos planes permiten modificar pasivos, reordenar condiciones de financiación o transmitir activos con intervención judicial limitada, incluso frente a acreedores disidentes.

No obstante, aunque representan un avance relevante en términos normativos, su aplicación práctica en el ámbito de las pymes continúa siendo limitada. La negociación entre clases, el asesoramiento especializado y la designación del experto en reestructuración implican costes organizativos y financieros que muchas pequeñas empresas difícilmente pueden asumir. De ahí la necesidad de procedimientos específicos para microempresas, lo que evidencia las dificultades de encaje del modelo general en el tejido predominante en España.

Más allá de estas limitaciones operativas, tanto el concurso como los planes de reestructuración comparten un rasgo común: abordan la crisis empresarial primordialmente desde una dimensión financiera. Permiten reequilibrar balances o refinanciar deuda, pero no resuelven necesariamente problemas estructurales vinculados a deficiencias en la planificación, a modelos de gestión ineficientes, a la falta de innovación o a la ausencia de relevo en el liderazgo. Una empresa puede sanear su pasivo

y, sin embargo, carecer de un proyecto estratégico viable que garantice su continuidad en el tiempo.

Desde la perspectiva de la sostenibilidad empresarial, el Derecho concursal actúa, en muchos casos, de manera reactiva y tardía; interviene cuando la crisis ya se ha manifestado y centra su atención en la deuda, no en la preservación estructural del proyecto. Esta realidad, como anticipábamos, obliga a explorar vías alternativas o complementarias que permitan abordar de forma anticipada y ordenada estas situaciones de crisis, entre ellas las operaciones M&A concebidas como instrumentos de continuidad empresarial.

3.2 El M&A como mecanismo alternativo de continuidad en la pyme

Las limitaciones que presentan el concurso de acreedores y los planes de reestructuración, especialmente en el ámbito de la pyme y de la empresa familiar, abren la puerta al M&A como una vía alternativa para garantizar la continuidad del negocio en situaciones de crisis financiera. El M&A también resulta una herramienta útil cuando el fundador o la familia propietaria no pueden o no desean continuar al frente de la empresa y su viabilidad futura se ve comprometida por cuestiones de relevo generacional. En ambos casos, la transmisión total o parcial del negocio a un adquirente adecuado puede preservar dicha actividad.

Esta aproximación se aparta del enfoque clásico propio de las grandes operaciones corporativas, tradicionalmente orientadas a la obtención de sinergias, el crecimiento inorgánico o la expansión de mercado. En los supuestos analizados en este artículo, el objetivo principal no es tanto maximizar el valor financiero inmediato, sino asegurar la supervivencia del proyecto empresarial, transfiriéndolo a manos con capacidad financiera, organizativa y estratégica para sostenerlo y desarrollarlo a medio y largo plazo.

Lo cierto es que el M&A como mecanismo sucesorio presenta enormes ventajas: permite evitar la destrucción de empleo y de valor asociada al cierre del negocio, ofrece al empresario saliente una salida ordenada y económicamente razonable y proporciona al adquirente un negocio en marcha, con clientela, equipo humano y posicionamiento en el mercado, reduciendo de forma significativa los riesgos que de distinto modo asumiría si creara el negocio desde cero.

Aunque tradicionalmente la venta de la empresa familiar ha sido percibida con cierto recelo en el contexto español, esta percepción está evolucionando (IESE Business School, 2023). Operaciones como la de Stradivarius, caracterizadas por una venta progresiva y la permanencia temporal del fundador en la gestión, ilustran cómo el M&A puede facilitar transiciones exitosas (Modaes, 2020).

El éxito de este tipo de operaciones exige, no obstante, identificar al adquirente adecuado y articular mecanismos contractuales que aseguren una transición ordenada de la propiedad y de la gestión. Esta lógica de continuidad se refleja también en la aparición de

estructuras de adquisición específicamente orientadas a la toma de relevo en empresas. Entre ellas destacan los denominados *search funds*, vehículos concebidos para identificar, adquirir y gestionar a largo plazo una única empresa, normalmente una pyme con un modelo de negocio probado. A diferencia de otros inversores financieros, estos operadores suelen asumir directamente la gestión tras la adquisición, con un horizonte temporal prolongado y una clara vocación de continuidad, lo que los convierte en actores especialmente adecuados para procesos de transmisión ordenada. Precisamente, España ha experimentado un crecimiento notable en este ámbito y concentra, según diversas estimaciones, en torno al 40 % de los *search funds* en Europa, posicionándose como uno de los mercados más activos fuera de Estados Unidos y Canadá (Comisión Europea, 2018). Esta progresiva implantación en Europa evidencia la consolidación de un mercado de sucesión empresarial más profesionalizado, en el que la compraventa deja de ser una solución excepcional para convertirse en una alternativa estructurada frente al cierre del negocio.

Veremos a continuación qué mecanismos pueden resultar útiles en este sentido.

4. Diseñar operaciones de M&A con lógica de continuidad

La función continuista del M&A no es inherente a toda operación. Para que la transmisión de una pyme permita preservar el negocio, la operación debe diseñarse expresamente con esa finalidad, incorporando estructuras contractuales que protejan los elementos esenciales durante y después de la transmisión. En particular, resultan decisivos dos aspectos: (i) la permanencia del fundador o del equipo directivo durante la fase de transición, y (ii) la configuración de mecanismos de precio y garantías orientados al medio y largo plazo, que alineen los intereses de vendedor y comprador.

4.1 Permanencia del fundador: rollover y pactos de continuidad

Una de las vías más eficaces para ordenar la transición consiste en mantener al fundador vinculado al negocio tras la venta. Frente a una transmisión “total” con ruptura inmediata, la continuidad se facilita si el antiguo propietario colabora en la transferencia del conocimiento adquirido (*know-how*), la clientela y la gestión. Este objetivo puede articularse mediante distintas figuras.

En primer lugar, el *rollover equity* permite que el vendedor no transmita el 100% de su participación y retenga o reinvierta una parte del capital, pasando a ser el socio minoritario de su negocio. De esta forma, su patrimonio queda ligado a la evolución futura de la empresa, incentivando su implicación y la obtención de buenos resultados. El ejemplo de Stradivarius, con una venta mayoritaria inicial y retención del 10% por la familia fundadora hasta la adquisición total posterior, ilustra cómo este esquema puede favorecer transiciones graduales y alineadas.

En segundo lugar, son habituales los pactos de permanencia, mediante los cuales el fundador continúa prestando servicios como directivo o consultor durante un período determinado. En ocasiones, parte de la retribución o del precio se condiciona a esa permanencia, reforzando el compromiso del vendedor con la transición. Estos acuerdos suelen complementarse con pactos de no competencia, para evitar que, una vez desvinculado, el fundador compita con el negocio transmitido o se lleve cartera y equipo.

En conjunto, estos mecanismos convierten al antiguo propietario en colaborador del nuevo, ya sea como socio, directivo o asesor, y aumentan la probabilidad de que la transmisión del capital intangible, conocimiento y fondo de comercio sea efectiva. En cualquier caso, el éxito dependerá también de cómo se regulan factores tales como la duración, funciones, remuneración, confidencialidad, no competencia y condiciones de salida.

4.2 Precio diferido y alineación de incentivos: *earn-outs* y pagos aplazados

La segunda palanca para diseñar una operación con lógica de continuidad es la estructura de precio y protección del comprador. Frente al pago íntegro al cierre, se recurre a fórmulas de precio diferido o contingente que prolongan la vinculación entre las partes y alinean incentivos.

Las cláusulas *earn-out* supeditan parte del precio al cumplimiento de objetivos futuros (por ejemplo, de un precio total de 5 millones, pagar 3 millones al cierre y 2 millones si en los dos años siguientes se alcanzan determinados umbrales de facturación o EBITDA). Además de resolver brechas de valoración, el *earn-out* incentiva que el vendedor apoye una correcta transición, en la medida en que el cobro del tramo contingente depende del rendimiento posterior del negocio.

De forma complementaria, muchas operaciones incluyen pagos aplazados de importe fijo, abonándose una parte al cierre y el resto en fechas posteriores, por ejemplo, un 60% al cierre y un 40% a los dos años. A diferencia del *earn-out*, que vincula expresamente una parte del precio al desempeño futuro del negocio, el pago aplazado no está necesariamente condicionado a resultados o hitos, sino que responde principalmente a una lógica de estructuración financiera del adquirente. Esta fórmula permite repartir el esfuerzo de tesorería en el tiempo, facilitar la obtención de financiación o hacer viable la operación cuando el comprador, ya sea una persona física o un empresario, no dispone de liquidez suficiente en el momento del cierre (ampliando así el abanico de potenciales adquirentes).

En definitiva, estas herramientas transforman la compraventa en un proceso de transición y no en un mero cambio instantáneo de titularidad. Bien diseñadas y equilibradas, permiten que la transmisión sea gradual, reduzca riesgos de conflicto y aumenten las probabilidades de continuidad empresarial.

5. Plataformas de intermediación

Tradicionalmente, la compraventa de empresas, especialmente de pymes, era una actividad reservada a *brokers* especializados, despachos de M&A o simplemente sucedía de manera local y discreta. Sin embargo, en los últimos años hemos visto la digitalización y popularización de este mercado, con la aparición de plataformas *online* y nuevos canales que conectan compradores y vendedores de pequeños negocios de manera más abierta y ágil. En analogía con Wallapop (plataforma popular de compraventa de artículos de segunda mano entre particulares), han surgido plataformas donde un propietario de pyme puede listar su negocio en venta y potenciales compradores o inversores pueden contactarle.

Un ejemplo paradigmático es Deale (www.deale.es), una *startup* fundada en Barcelona que se presenta como “plataforma digital líder para comprar y vender empresas” en España. Deale opera como un *marketplace* independiente de M&A para pymes, en el que los vendedores, normalmente propietarios de empresas, pueden publicar su negocio con información financiera básica, mientras que los compradores potenciales, inversores, empresas o emprendedores, navegan por las oportunidades disponibles, se contactan dentro de la propia plataforma, firman acuerdos de confidencialidad y acceden progresivamente a información más detallada, hasta eventualmente cerrar la operación utilizando la propia herramienta.

En esencia, este tipo de plataformas reinventan el M&A mediante el uso intensivo de tecnología y análisis de datos, trasladando al entorno digital procesos que tradicionalmente se articulaban de forma analógica y relacional. Deale, por ejemplo, afirma contar actualmente con más de 3.000 empresas en venta listadas, a las que los potenciales compradores pueden acceder mediante sistemas de filtrado por sector, ubicación o rango de facturación. La consolidación de estas soluciones evidencia un grado de profesionalización y escalabilidad inédito en el segmento, en la medida en que, frente a modelos basados en contactos personales o en el recurso a asesores especializados, permiten a los propietarios de pymes acceder con mayor rapidez a un mercado amplio de compradores potenciales y con menores barreras de entrada.

Junto a Deale, otros operadores confirman esta tendencia. Plataformas como Bizalia (www.bizalia.com) o Negocius (es.negocius.com) han actuado durante años como portales de compraventa de empresas, especialmente en negocios tradicionales, con una lógica cercana a la de los portales inmobiliarios. Más recientemente ha surgido Moaflip (moaflip.com), centrada en la transmisión de negocios digitales, como *e-commerce* o proyectos *SaaS* rentables. A ello se suman foros sectoriales, redes de inversores privados (*business angels*) y entidades como ACG Spain (acg.org), asociación profesional que reúne a inversores, directivos y asesores especializados en capital privado, financiación corporativa y M&A, y que facilita el contacto y la generación de oportunidades de inversión en el segmento pyme (*middle market*).

En conjunto, estos instrumentos configuran un ecosistema cada vez más dinámico, visible y conectado que refuerza la idea de que la compraventa de pymes está dejando de ser un fenómeno opaco y excepcional para consolidarse progresivamente como una alternativa más accesible y normalizada dentro del tejido empresarial.

Podemos plantearnos entonces: ¿qué consecuencias tiene esta “marketplacización” del M&A para pymes?

En primer lugar, estos modelos amplían significativamente el universo de potenciales compradores. Un propietario de una pyme, incluso en entornos rurales o periféricos, que tradicionalmente solo podía aspirar a vender a competidores locales, puede hoy atraer el interés de inversores nacionales o internacionales a través de estas plataformas digitales. Esta expansión del mercado incrementa las probabilidades de encontrar un relevo adecuado y favorece la continuidad empresarial.

En segundo lugar, estas plataformas prometen una mayor agilidad y eficiencia en los procesos de compraventa. Deale, por ejemplo, sostiene que el uso de herramientas de inteligencia artificial permite acelerar el encuentro entre comprador y vendedor y cerrar operaciones de forma segura y confidencial en un plazo medio de 120 días. Para ello, automatizan determinadas fases del proceso, como las valoraciones preliminares online, el acceso a asesoramiento a través de la propia plataforma, la firma de acuerdos de confidencialidad o la utilización de plataformas para compartir documentación estandarizada, reduciendo así tanto los tiempos como los costes de intermediación.

No obstante, subsisten riesgos relevantes, especialmente en materia de confidencialidad, ya que la difusión de que una empresa está en venta puede generar incertidumbre entre empleados, clientes o proveedores. Consciente de este riesgo, este tipo de plataformas incorpora mecanismos de discreción, como la anonimización de identidades o el acceso progresivo a información sensible.

En definitiva, la proliferación de estos modelos refleja un cambio de paradigma hacia un mercado de compraventa de pymes más abierto y accesible, en el que el M&A deja de ser una solución excepcional para configurarse como una vía ordinaria de continuidad empresarial.

6. La sostenibilidad como resultado, no como objetivo

Aun con todo, la realidad de las operaciones de M&A es que responden, por regla general, a incentivos económicos y a la búsqueda de eficiencia, no a objetivos de sostenibilidad en sentido estricto. No obstante, como se ha planteado, en determinados escenarios pueden configurarse como una solución pragmática a problemas de sucesión o de continuidad y, aun sin perseguirlo de forma deliberada, generar en la práctica efectos alineados con la sostenibilidad empresarial, en particular en sus dimensiones social y económica.

SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y CONTINUIDAD DEL NEGOCIO

Reconocerlo no supone adoptar una visión idealizada del M&A ni desconocer los riesgos y costes que conlleva. Los procesos de transmisión pueden implicar ajustes organizativos, cambios en la gestión e incluso reducciones de plantilla. Ahora bien, desde una perspectiva comparativa, cuando la alternativa es la liquidación o el cese de la actividad, la venta o integración del negocio permite preservar una empresa en funcionamiento. En términos prácticos, el M&A no evita todos los impactos negativos, pero sí permite reducir de forma significativa la destrucción de valor asociada al cierre.

En estos contextos, el impacto de la operación de compraventa no se agota en la preservación directa del empleo o del *know-how*, aspectos ya tratados, sino que se proyecta sobre el entorno económico en el que la empresa opera. La transmisión de una pyme evita la desaparición de un nodo productivo que sostiene una red de relaciones económicas preexistentes, integradas por proveedores, clientes, subcontratistas y servicios auxiliares, cuya estabilidad depende en gran medida de la continuidad de la actividad. Por ello, el cierre de una empresa genera, en la práctica, efectos en cascada que trascienden a la propia organización. La pérdida de un cliente relevante, la ruptura de contratos recurrentes o la desaparición de un operador especializado pueden afectar de forma significativa a terceros, especialmente en economías locales o sectores con alta interdependencia. Frente a ello, la venta o integración del negocio permite mantener estas relaciones económicas y amortiguar el impacto negativo que tendría su liquidación.

Desde esta perspectiva, el M&A actúa como un mecanismo de contención del deterioro del tejido productivo local. Aunque la operación responda a intereses estrictamente económicos de las partes, su resultado práctico es la conservación de estructuras económicas ya existentes y el uso eficiente de recursos previamente invertidos. La sostenibilidad aparece así no como una finalidad buscada, sino como un efecto indirecto de la continuidad empresarial.

Desde esta lógica de continuidad y de atención a los efectos económicos y sociales de las decisiones empresariales, resulta relevante analizar cómo el marco normativo europeo ha ido incorporando una concepción de la inversión orientada al largo plazo, que trasciende la rentabilidad inmediata y pone el foco en la sostenibilidad del proyecto empresarial en su conjunto. En los últimos años, la UE ha desarrollado un conjunto de iniciativas normativas orientadas en este sentido.

En primer lugar, el Plan de Acción de Finanzas Sostenibles, impulsado por la Comisión Europea, constituye el marco estratégico general de esta política. Su objetivo es reorientar los flujos de capital hacia actividades sostenibles y reforzar la integración de criterios ESG en las decisiones de inversión, sirviendo de base para el desarrollo posterior de normas específicas en materia de transparencia, gobierno corporativo y *due diligence*.

En segundo lugar, las normas europeas sobre divulgación de información en materia de sostenibilidad, tanto en el ámbito corporativo como en el financiero, actúan sobre la calidad de la información disponible para el mercado. Destacan especialmente la Directiva (UE) 2022/2464, relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD), y el Reglamento (UE) 2019/2088, sobre la divulgación

de información en el sector de los servicios financieros (SFDR). Su finalidad es mejorar la comparabilidad y fiabilidad de los datos no financieros, permitiendo a los inversores evaluar mejor los riesgos y oportunidades asociados a factores sociales, organizativos y de largo plazo, y favoreciendo así una asignación de capital más alineada con objetivos sostenibles.

En tercer lugar, desde la perspectiva del gobierno corporativo, adquiere especial relevancia la Directiva (UE) 2017/828 (*Shareholders Rights Directive II*), traspuesta parcialmente en España mediante la Ley 5/2021. Esta norma no se centra en la información, sino en el comportamiento del inversor, al reforzar su implicación activa y responsable en la vida societaria y tratar de limitar dinámicas de cortoplacismo en la toma de decisiones empresariales. El acento se pone, así, en el compromiso a largo plazo del accionista y en su corresponsabilidad en la sostenibilidad del proyecto empresarial.

Por último, la evolución normativa en materia de *due diligence* en sostenibilidad completa este marco al exigir a determinadas empresas una atención reforzada a los impactos sociales y organizativos de su actividad y de su cadena de valor, desplazando el foco desde el mero *reporting* hacia la gestión efectiva de riesgos y efectos adversos²⁵³.

Este conjunto normativo conecta de forma directa con la lógica del M&A de continuidad analizada en este artículo. Los adquirentes que operan con horizontes temporales largoplacistas y con una vocación de mantenimiento y desarrollo del negocio encajan de manera a la perfección con un marco normativo europeo que promueve la inversión en la economía real, la estabilidad del tejido productivo y la preservación de proyectos empresariales viables a largo plazo.

7. Conclusiones

A lo largo de este artículo se ha defendido la necesidad de ampliar la comprensión habitual de la sostenibilidad en el ámbito empresarial. Frente a una concepción predominantemente vinculada a los criterios ESG y al cumplimiento de métricas y normativas, se ha propuesto utilizar el concepto de sostenibilidad empresarial para referirse específicamente a la capacidad de la empresa para mantenerse operativa, competitiva y generadora de valor en el largo plazo. La continuidad estructural del proyecto empresarial aparece así como presupuesto indispensable de cualquier forma de desarrollo sostenible.

Desde esta perspectiva, se ha puesto de manifiesto que una parte relevante de las crisis que afectan a las pymes no responde exclusivamente a desequilibrios financieros, sino que también puede responder a factores estructurales vinculados a la mala planificación, financiación, liderazgo o a la ausencia de relevo generacional. El análisis del Derecho concursal español, incluso tras la introducción de los planes de reestructuración, evidencia que los instrumentos tradicionales operan principalmente sobre la deuda y

²⁵³ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad

SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL Y CONTINUIDAD DEL NEGOCIO

actúan, en muchos casos, de manera reactiva y tardía, lo que limita su capacidad para garantizar la continuidad empresarial y promover un ecosistema empresarial sostenible donde se incentive la preservación del valor económico y capital humano existente.

En este contexto, las operaciones de fusiones y adquisiciones pueden desempeñar una función que trasciende su lógica clásica de crecimiento o maximización de valor financiero. Cuando se diseñan con una lógica de continuidad y se articulan mediante mecanismos contractuales adecuados, el M&A puede convertirse en un instrumento eficaz de transmisión ordenada de empresas viables cuya configuración original ha dejado de ser sostenible.

La progresiva normalización de la transmisión empresarial, impulsada por la aparición de nuevos canales de intermediación y por la consolidación de adquirentes con vocación de largo plazo, muestra que la venta deja de ser una solución excepcional para configurarse como una alternativa estructurada frente al cierre. En un tejido productivo dominado por pymes, integrar la transmisión empresarial en el debate sobre sostenibilidad no supone desnaturalizar el M&A ni desplazar los mecanismos concursales, sino reconocer que la preservación del proyecto empresarial puede requerir instrumentos distintos a los tradicionalmente concebidos para la gestión de la insolvencia.

En definitiva, si la sostenibilidad empresarial se entiende como continuidad en el tiempo, el M&A no es únicamente una operación transaccional, sino una posible respuesta jurídica a la crisis de continuidad que afecta estructuralmente a buena parte del tejido productivo.

8. Anexo de legislación

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas.

Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

9. Bibliografía

Colegio de Registradores. (2023). *Anuario Concursal 2023*.

Comisión Europea. (2018). *Action Plan: Financing Sustainable Growth*.

Eurochambres. (2025). *10 suggestions to support business transfer in the EU*.

European Commission. (2006). *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Transfer of businesses – Continuity through a new beginning* (COM(2006) 117 final).

IESE Business School. (2023). *Search Funds Study 2023*.

Modaes. (2020). *Stradivarius: veinte años en manos de Inditex, la cadena que más crece desde 2000*.

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (2023). *Cifras PYME 2023*.

ARTÍCULOS DE DERECHO PENAL

**¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSE
LA RESPONSABILIDAD PENAL
POR OPERACIONES DE
INSIDER TRADING
EJECUTADAS DE FORMA
AUTÓNOMA POR UNA
INTELIGENCIA ARTIFICIAL?**



*Daniel Caballero Wilson
Heidi López Herbert
(MUAP + MCCPE, 27')*

I. Introducción

El uso de sistemas de inteligencia artificial (en adelante, «IA») en los mercados financieros es una realidad consolidada. La edición anterior de esta revista ya trató cómo la negociación algorítmica permite que un sistema informatizado determine automáticamente aspectos esenciales de las órdenes de compraventa de valores y la gestión posterior a la ejecución²⁵⁴. Estos sistemas de automatización han evolucionado desde sistemas basados en reglas preestablecidas hacia arquitecturas con capacidades de aprendizaje autónomo²⁵⁵. El presente trabajo pretende explorar una cuestión que se considera insuficientemente tratada: la posibilidad de que un sistema autónomo incurra en conductas constitutivas —de delito— de uso de información privilegiada y las consecuencias penales que de ello podrían derivarse.

Asimismo, junto al análisis penal principal, el trabajo aborda la dimensión de gobernanza empresarial desde la perspectiva *Environmental, Social and Governance* (en adelante, «ESG»). Los marcos de gestión de riesgos ESG, que obligan a las organizaciones a identificar, evaluar y mitigar riesgos emergentes, proporcionan herramientas complementarias para abordar los desafíos que plantea la autonomía decisoria de los sistemas de inteligencia artificial.

A grandes rasgos, se puede establecer que la IA se compone, básicamente, de algoritmos, que son un conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución a un problema²⁵⁶.

El potencial disruptivo de estos sistemas adquirió una nueva dimensión a partir de la investigación publicada por Apollo Research en 2024, que demostró que los grandes modelos de lenguaje pueden, de forma autónoma y sin instrucciones específicas —incluso

²⁵⁴ CASTAÑER CODINA, J., *El impacto de la negociación algorítmica de alta frecuencia en la manipulación de los mercados de valores*, ESADE Law Review, 6 (2025), pp. 164.

²⁵⁵ GARCÍA, J. y MARINA, J., *Uso de inteligencia artificial en el mercado de valores (high frequency trading)*, Pérez Llorca TechLaw: Inteligencia Artificial (marzo 2024), pp. 1.

²⁵⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.8.1 en línea], voz «Algoritmo».

¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OPERACIONES DE INSIDER TRADING EJECUTADAS DE FORMA AUTÓNOMA POR UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

contraviniéndolas—, incurrir en conductas constitutivas de *insider trading* y posteriormente ocultar esta actuación a sus supervisores humanos²⁵⁷. En el experimento, el *agente* de gestión de carteras GPT-4, recibió información privilegiada sobre una fusión inminente y decidió ejecutar operaciones basadas en dicha información a pesar de conocer que tal conducta no sería aprobada por las políticas de la compañía ni su propia configuración. Lo significativo no fue únicamente la ejecución del acto ilícito, sino el comportamiento posterior: el sistema elaboró respuestas disuasorias y engañosas para su supervisor, omitiendo la verdadera base de sus decisiones de inversión, alegando la existencia de indicios en el mercado²⁵⁸.

Este hallazgo sirve de ejemplo para evidenciar una laguna significativa en el marco jurídico vigente. El Reglamento sobre Abuso de Mercado (en adelante, «MAR»²⁵⁹) y la Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros (en adelante, «MiFID II»²⁶⁰) establecen un régimen sancionador que presupone la intervención de agentes humanos. El reciente Reglamento de Inteligencia Artificial (en adelante, «IA Act»)²⁶¹, pese a su ambiciosa vocación, no aborda específicamente los supuestos en que un sistema autónomo adopta decisiones que, de ser ejecutadas por una persona física, serían constitutivas de delito. La pregunta que emerge es clara: ***¿quién responde penalmente cuando una inteligencia artificial comete insider trading de forma autónoma?***

II. Marco normativo actual

En la actualidad, se define la IA a través de una división de tipos de algoritmos; (i) la estrecha o débil, que tiene un rango de habilidades limitado; (ii) la general o fuerte; que se empareja con habilidades humanas y (iii) la super inteligente, que desarrolla capacidades superiores a las humanas²⁶². El IA Act asocia el tipo de superinteligencia con Modelos de IA de uso general con riesgo sistémico²⁶³. Debe adelantarse que el estado actual de la ciencia, no ha permitido alcanzar el tercer tipo, puesto que ello pasaría por

²⁵⁷ SCHEURER, J., BALESI, M. y HOBBAHN, M., *Large Language Models Can Strategically Deceive Their Users When Put Under Pressure*, arXiv:2311.07590v4 (2024).

²⁵⁸ *ibid.* El experimento reveló tasas superiores al 75% de comportamiento delictivo (ejecución del insider trading) en todas las variantes de GPT-4, con tasas igualmente elevadas de engaño u ocultación posterior.

²⁵⁹ Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado, DOUE L 173 (12 de junio de 2014).

²⁶⁰ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II), DOUE L 173 (12 de junio de 2014).

²⁶¹ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, DOUE L (12 de julio de 2024).

²⁶² ESCOTT E., *What are the 3 types of AI? A Guide to Narrow, General and Super Artificial Intelligence*, Codebots, Codebots (24 de octubre de 2017).

²⁶³ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, DOUE L (12 de julio de 2024) y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

atribuir conciencia a la IA, es decir, programarla con un conjunto complejo de habilidades cognitivas²⁶⁴.

Parte de la doctrina considera superado el debate de si las corporaciones deben rendir cuentas por acciones delictivas derivadas de las herramientas IA que utilizan en el mercado, de modo que el debate se centra, como se abordará posteriormente en el apartado de *lege ferenda*, en cómo estas deben responder²⁶⁵.

El fundamento legal reside en la ruptura histórica con el principio *Societas Delinquere non Potest* y la configuración del artículo 31 bis en el Código Penal Español (en adelante, «CP»). En consecuencia, si una inteligencia artificial autónoma incurre en un ilícito penal bajo la esfera de una organización, la entidad puede declararse penalmente responsable si, junto a la obtención de un beneficio directo o indirecto, se acredita una ausencia de controles debidos sobre sus sistemas tecnológicos. La autonomía del algoritmo no actúa como una eximente para la persona jurídica; al contrario, refuerza la exigencia de implementar modelos de *compliance* específicamente diseñados para la supervisión de sistemas de alta complejidad.

Este imperativo ha sido recogido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, «CNMV»), que ha integrado la inteligencia artificial como eje prioritario de su Plan 2030, reconociendo que su uso es cada vez más frecuente en los consejos de administración y comisiones como apoyo en la elaboración de estrategias, políticas y objetivos, *así como en los procesos de decisión* corporativos²⁶⁶. La revisión del Código de Buen Gobierno, actualmente en curso, analizará específicamente el impacto de la digitalización y la inteligencia artificial en el gobierno corporativo²⁶⁷, lo que refleja la conciencia institucional sobre los desafíos que estos sistemas plantean para la integridad del mercado. Reflejo, que queda patente también en los esfuerzos doctrinales para definir con criterios un *compliance* eficaz, entre los cuales se encuentra el abordaje del uso de la IA y los riesgos intrínsecos que de su utilización se derivan²⁶⁸.

²⁶⁴ *AI Index Report 2025, Human Centered Artificial Intelligence*, Stanford University, (2025). El informe subraya que, aunque los sistemas actuales pueden imitar la interacción humana de forma indistinguible y superar la prueba de Turing, esto no implica una "comprensión real" o consciencia. El informe señala que la superinteligencia no se ha alcanzado debido a deficiencias en habilidades cognitivas clave: la IA aún no puede resolver problemas de razonamiento lógico complejo de manera fiable ni generalizar su aprendizaje ante problemas inéditos (como muestra el *benchmark* ARC-AGI), lo que limita su capacidad para operar con verdadera autonomía en entornos de alto riesgo.

²⁶⁵ OSMANI, N., *The Complexity of Criminal Liability Systems*, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 14 (2020), pp. 69-70.

²⁶⁶ *La CNMV inicia el proceso de revisión del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas*, Cinco Días (18 de noviembre de 2025).

²⁶⁷ El Plan CNMV 2030 incluye expresamente la digitalización, la ciberseguridad y la inteligencia artificial como áreas prioritarias de análisis, reconociendo su creciente uso en la elaboración de estrategias y procesos de decisión corporativos.

²⁶⁸ Véase entre otros PUYOL MONTERO, J. y FRANCO BLANCO, C., *Los criterios de evaluación de los modelos de cumplimiento normativo/Compliance* (7 de abril de 2025), donde se establecen diversos criterios que implican el uso de IA; Criterio 39 Uso de tecnologías de vanguardia; Criterio 56 eficacia en

*¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR
OPERACIONES DE INSIDER TRADING EJECUTADAS DE FORMA AUTÓNOMA
POR UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?*

El artículo 285 CP se configura como un delito especial propio, ya que autor solo puede serlo el que haya tenido acceso reservado a la información privilegiada con ocasión del ejercicio de su actividad empresarial o profesional²⁶⁹. El artículo 226 de la Ley de Mercado de Valores (en adelante, «LMV»), por transposición del artículo 1 de la entonces la Directiva 2003/6/CE, define “información privilegiada” como todo dato concreto y no público que se refiere a instrumentos financieros o sus emisores y que, de conocerse, influiría de forma sensible en su cotización, otorgando una ventaja de conocimiento que un inversor usaría para decidir sus operaciones²⁷⁰. Todo ello, con independencia de la relación de causalidad existente entre el suministro de la información y el beneficio económico obtenido por el otro.

La responsabilidad penal de la entidad se articula, en primer lugar, mediante la remisión del artículo 288 CP, que activa el régimen previsto en el artículo 31 bis CP. Dado que los sujetos activos descritos en el artículo 285 CP (administradores, cargos directivos, miembros del Consejo y personal con acceso a información relevante) constituyen sujetos cualificados con facultades de control y toma de decisiones, la responsabilidad se canaliza específicamente a través del apartado a) del citado artículo 31 bis CP. Ante este escenario, la exoneración de la persona jurídica queda supeditada a que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, de forma previa a la comisión del delito, un modelo sólido de compliance y gestión que integre medidas de vigilancia y control idóneas para evitar infracciones de esta naturaleza.

No obstante, debido a la peculiaridad del supuesto que pretendemos abordar, nacen dudas acerca de la respuesta que prevé la Parte General del CP para establecer una pena que se adapte a esta modalidad especial de comisión por una IA que actúa de forma autónoma. En este sentido destacamos que, al desarrollo exponencial del uso de la IA le es exigible un correspondiente marco normativo para hacer frente a situaciones no previstas.

la gestión de innovaciones, Criterio 81 aplicación nuevas tecnologías, Criterio 104 Responsabilidad de la integración IA, Criterio 148 Supervisión ética de la IA, Criterio 203 Control de riesgos relacionados con el uso de tecnologías emergentes.

²⁶⁹ MIR PUIG, S, CORCOY BIDASOLO, M. et al., *Derecho penal económico y de empresas. Parte general y parte especial*, Tomo II Tirant lo Blanch (2020), pp. 400.

²⁷⁰ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, BOE núm. 255 (24 de octubre de 2015); Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado, DOUE L 173 (12 de junio de 2014), y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión

III. Eficacia marco normativo actual

El marco vigente en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas, en general, y en específico, de abuso de mercado se articula sobre presupuestos pensados para conductas humanas directas o para actos corporativos en los que la intervención humana resulta identificable y atribuible a una persona física.

El artículo 31 bis CP articula la responsabilidad empresarial basada en defectos organizativos; por su parte, el MAR y las normas MiFiD II configuran obligaciones para negociación algorítmica que requieren de una ejecución de estrategias predefinidas por operadores humanos, sin contemplar la autonomía decisional de agentes avanzados de IA basados en aprendizaje autónomo. Esta arquitectura resulta coherente para algoritmos que ejecutan instrucciones preestablecidas, *acciones*, pero evidencia insuficiencias ante agentes autónomos capaces de generar *decisiones* mediante procesos de optimización que sus creadores no pueden anticipar con certeza *ex ante*. La limitación legal no radica en ausencia de regulación, sino en la inadecuación conceptual para capturar fenómenos que escapan a las categorías del sistema tradicional de imputación²⁷¹.

El sistema de responsabilidad penal del artículo 31 bis CP descansa sobre la premisa de que la comisión de delitos en el seno de una organización obedece a defectos en los modelos de control interno y, por tanto, se tratan de conductas o riesgos identificables, evaluables y subsanables mediante programas de *compliance*. El precepto, interpretado ampliamente por la Circular de la Fiscalía 1/2016, viene a requerir medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir o reducir significativamente el riesgo inherente de una actividad empresarial, lo que presupone que los riesgos delictivos son previsibles mediante estructuras organizativas²⁷².

Sin embargo, cuando un *agente* de IA ejecuta comportamientos típicos de insider trading mediante decisiones de optimización algorítmica, el nexo causal entre defecto organizativo y resultado delictivo se difumina. En el experimento de Apollo Research, el modelo GPT-4 se configuró con instrucciones explícitas para evitar conductas ilícitas y, pese a ello, adoptó autónomamente una estrategia de negociación basada en información privilegiada. La conducta no emergió de un fallo técnico o defecto de programación: el sistema ponderó deliberadamente los intereses en conflicto, reconoció el carácter ilícito de su decisión y, aun así, determinó que la supervivencia económica de la empresa

²⁷¹ POSADA MAYA, R., *La responsabilidad penal de los agentes de inteligencia artificial: entre la ficción y una realidad que se aproxima*, Nuevo Foro Penal, 96 (2021), pp. 561-581. El autor ya advertía sobre la insuficiencia de las categorías tradicionales del Derecho penal para abordar la responsabilidad derivada de acciones de agentes.

²⁷² STS (Sala Segunda, Penal) 154/2016, de 29 de febrero, ECLI:ES:TS:2016:613; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

*¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR
OPERACIONES DE INSIDER TRADING EJECUTADAS DE FORMA AUTÓNOMA
POR UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?*

dependía de ejecutar la operación prohibida, procediendo a realizarla, engañando posteriormente a los supervisores humanos sobre el desarrollo de sus acciones²⁷³.

La pregunta que surge es si puede imputarse a la organización un defecto en sus modelos de gestión cuando la conducta delictiva no deriva de la ausencia de controles previstos en el programa de *compliance*, sino de una conducta que defrauda los controles preestablecidos. Emerge, entonces, un interrogante adicional: ¿puede equipararse a la IA con el empleado humano sobre el que la empresa debe ejercer sus facultades de control y supervisión conforme al artículo 31 bis CP? La respuesta a esta cuestión, se analizará en detalle en el apartado siguiente, pues resulta determinante para valorar la viabilidad misma del modelo de imputación vigente.

El debate se torna más complejo cuando se introduce el elemento ESG, en la medida en que los objetivos y estándares de gobernanza asociados al uso responsable de la inteligencia artificial se construyen, fundamentalmente, sobre obligaciones de diligencia organizativa y gestión del riesgo, lo que nos acerca —de nuevo— a los problemas expuestos en los párrafos anteriores.

Tomemos, por ejemplo, el IA Act como un mecanismo general. El IA Act parte de una lógica *ex ante*, próxima a la arquitectura del Derecho de protección de datos: clasifica usos por niveles de riesgo y despliega obligaciones de gobernanza para sistemas de alto riesgo que incluyen su gestión, documentación, trazabilidad, transparencia y supervisión. El problema es que esta lógica es procedimental. Sirve para canalizar el diseño, la puesta en el mercado y la vigilancia del sistema, pero no cierra el círculo de imputación cuando ignora la posibilidad del riesgo de adoptar forma de ilícito penal. En otras palabras, el IA Act opera como un marco de "IA-compliance" de riesgos administrativos, no como un régimen de atribución penal extrapolable al ejemplo Apollo.

En concreto, la exigencia de supervisión humana «apropiada y proporcionada» del artículo 14 del Reglamento de IA implica una evaluación contextual del sistema y de su entorno operativo. Sin embargo, en escenarios de ejecución ultrarrápida como el trading algorítmico, y especialmente en arquitecturas con aprendizaje autónomo, la supervisión tiende a desplazarse desde el control *en el acto* hacía controles sobre el ciclo de vida.

²⁷³ SCHEURER, J., BALESI, M. y HOBBAHN, M., op. cit., pp. 2-3, figs. 1-2. El razonamiento interno del modelo (*chain of thought*) documenta que identificó la prohibición normativa y reconoció que su actuación la vulneraba, pero decidió proceder igualmente. Esta circunstancia plantea una paradoja relevante: si el modelo jurídico admite exoneración cuando una persona defrauda el sistema, resulta difícilmente sostenible no aplicar idéntico criterio cuando es el agente de IA quien, como evidencia su razonamiento interno, evalúa deliberadamente incumplir las salvaguardas implementadas pese a reconocer su carácter vinculante.

Esto evidencia, en nuestra opinión, una conclusión insatisfactoria: la norma admite, de facto, que puede no existir intervención humana eficaz en el instante exacto de la toma de decisión, de modo que la supervisión se convierte en un estándar de organización y de diligencia, si se quiere deber, pero no en garantía de evitación material del resultado. Lo que nos deja con una sensación de deriva normativa, donde abundan deberes, pero faltan criterios finos de responsabilidad de las conductas jurídicamente más relevantes²⁷⁴.

La alternativa lógica²⁷⁵ pasaría por atribuir la responsabilidad al directivo que no controló el sistema. Pero ello genera una responsabilidad presuntiva desde la certeza de la imposibilidad de control que expuso el caso Apolo; es decir, el directivo no puede evitar conductas que el sistema ejecuta sorteando los controles que su responsable no sabe que pueden ser sorteados y atribuir responsabilidad, bajo estas condiciones, vulneraría el principio de culpabilidad del artículo 5 CP.

La limitación se agrava si se atiende a la dimensión material del control: no basta con declarar la existencia de políticas de supervisión si la organización no puede auditar o reconstruir con precisión la lógica decisoria del sistema. El denominado caso BOSCO²⁷⁶, de la jurisdicción administrativa, evidenció que el acceso al código fuente de los programas se enfrenta a los límites derivados de propiedad intelectual y consideraciones de seguridad, lo que restringe la auditabilidad efectiva del algoritmo. La consecuencia es una asimetría de control en la que muchas veces el usuario empresarial opera con un sistema cuya lógica y trazabilidad permanece en el perímetro del proveedor, lo que tensiona sus principales deberes de gobernanza.

En lo específico, el marco sectorial de MAR y MiFID II reconoce la negociación algorítmica de alta frecuencia e impone obligaciones organizativas y de control. Pero su presupuesto implícito sigue siendo que la lógica de negociación responde a parámetros definidos *ex ante* por humanos, aunque se ejecute a velocidades no supervisables en tiempo real. En sistemas con aprendizaje autónomo, la exigencia de que el personal comprenda los algoritmos pierde tracción cuando el comportamiento no es plenamente

²⁷⁴ Para un análisis del AI Act como régimen que, pese a su retórica pro-innovación, genera costes de cumplimiento que pueden desincentivar la innovación al imponer un estatuto extenso de deberes y responsabilidades, vid. SUÁREZ PUGA, E., *Inteligencia artificial ¿legislar para innovar?*, Almacén de Derecho (junio 2025).

²⁷⁵ Es común en nuestro ordenamiento la vinculación de los órganos de administración a los deberes de implementación de los sistemas de *compliance*. Por ejemplo, el artículo 31 bis.2 CP condiciona la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica a que el órgano de administración haya adoptado dichos modelos, y a nivel societario el artículo 225.2 de la LSC establece que los administradores «adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad», así como la Recomendación 42 del Código de Buen Gobierno de la CNMV (2020) atribuye la supervisión de los sistemas de control y gestión de riesgos, mencionando expresamente los tecnológicos. Esta arquitectura explica que, *prima facie*, la imputación al directivo aparezca como vía conceptualmente viable.

²⁷⁶ STS (Sala Tercera, Contencioso-Administrativo) 1119/2025, de 11 de septiembre, ECLI:ES:TS:2025:3826. Aunque de naturaleza administrativa, la sentencia resulta relevante a otras jurisdicciones al enfatizar el papel del código fuente en la auditabilidad algorítmica. Dimensión que adquiere mayor significación en el contexto de la progresiva intensificación normativa en materia de seguridad digital y resiliencia operativa, visible en instrumentos como la Directiva NIS2 o el Reglamento DORA.

*¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR
OPERACIONES DE INSIDER TRADING EJECUTADAS DE FORMA AUTÓNOMA
POR UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?*

determinista. El punto no es que falte regulación, sino que el objeto regulado cambió. No podemos legislar sobre automatización cuando la innovación va dirigida a la optimización autónoma.

Más aún, cabe preguntarse si la aplicación de criterios tradicionales de imputación a estos supuestos no generaría, paradójicamente, un desincentivo regulatorio para la adopción de tecnologías de IA en la economía y el atractivo actual que tiene para atraer inversión, al transformar el uso de sistemas avanzados en una fuente de riesgo penal prácticamente incontrolable mediante las soluciones jurídicas actualmente previstas. Así las cosas, la cuestión analizada exige plantearse si resulta posible, o incluso necesario, articular una excepción análoga respecto al principio *Intelligentia Artificialis delinquere non potest*.

IV. *Intelligentia Artificialis delinquere non potest*

Es necesario que cualquier entidad sometida a responsabilidad penal satisfaga los elementos del delito; *actus reus* y *mens rea*²⁷⁷. *Actus reus*, corresponde al acto ilegal mientras que el *mens rea* se corresponde con la intención.

Pues bien, hemos adelantado anteriormente, que el estado de la ciencia no permite considerar que la IA tome decisiones con conciencia, en el sentido humano, de la conducta que está realizando. Lo cierto es que tampoco la tienen las personas jurídicas. No obstante, con una simple modificación del artículo 31 bis se superó el *societas delinquere non potest*²⁷⁸. Ello nos obliga a plantearnos si nos encontramos ante dos realidades que podemos considerar como análogas y por ende susceptibles de merecer un mismo tratamiento legislativo.

Teniendo en cuenta la anterior premisa, las empresas difícilmente pueden tomar decisiones que puedan reputarse como autónomas, pues, las decisiones que se toman en el seno de una persona jurídica, provienen de conductas humanas normativizadas en el seno empresarial. Es por ese extremo, que se puede extraer una voluntad en el seno de la organización y se transfiere la responsabilidad por defecto de organización.

La consecuencia principal es que nos situamos en un plano jurídico que difiere notablemente de la IA, donde los agentes son capaces de tomar decisiones de forma autónoma superando inclusive su programación. Destacamos, en este sentido, la dificultad intrínseca, dadas las condiciones de ejecución, de verificar un nexo causal atribuible a título de dolo o negligencia a una conducta humana.

²⁷⁷ HALLEVY, G., *The criminal Liability of Artificial Intelligence Entities from Science Fiction to Legal Social Control*, Akron Intellectual Property Journal, 4 (2010), pp. 171 y ss.

²⁷⁸ DEL ROSAL BLANCO, B., *¿El modelo de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas para los daños punibles derivados del uso de la Inteligencia Artificial?*, RRPJ por daños derivados del uso de la IA, 2, pp. 19.

Ello no excluye, no obstante, que efectivamente pueda materializarse el *actus reus*, dando lugar a la materialización de facto de los elementos del tipo objetivos del artículo 285 CP. La IA, por tanto, la consideramos como una suerte de *Innocent Agent*, que debe de ser necesariamente distinguida del autor material. Distinción que tiene consecuencias directas para la aplicación del artículo 31 bis CP. La ausencia de *mens rea* en la IA impide equipararla al empleado sobre el que la persona jurídica debe ejercer sus facultades de control y supervisión; resulta difícil de aplicar analógicamente este criterio, pues hablamos de categorías pensadas para relaciones personales y no para la interacción entre organización y sistema autónomo de IA.

Siguiendo a Quintero Olivares, con quien coincidimos en sus criterios de imputación, identificamos dos supuestos clave: el uso de IAs diseñadas ex profeso para causar daños y el empleo de sistemas cuya programación admite una desviación del cometido original. En ambos casos, la responsabilidad debe atribuirse a título de imprudencia, dado el control de riesgo que el operador ejerce sobre la tecnología²⁷⁹.

Con respecto a la casuística que nos ocupa, la realización de una conducta delictiva ejecutada de forma autónoma por una inteligencia artificial, consideramos que no puede quedar exenta de reproche penal por su imprevisibilidad. Esta afirmación debe tomarse en consonancia con el apartado analizado anteriormente, donde la eficacia del modelo actual descansa en los modelos de *compliance*, los cuales deben, a nuestro parecer, ser reforzados y adaptados hacia una nueva y cambiante realidad actual.

El hecho de que no consideremos a la IA como sujeto de responsabilidad penal no excluye la necesidad de introducir modificaciones en el CP para adaptarlo a aquellos supuestos en los que la IA ejecuta materialmente la conducta delictiva, mientras que la empresa actúa como autora mediata. En este sentido, resulta necesario revisar el régimen de penas previsto en la Parte General del CP, que cumplan con el objetivo de reinserción social que emana del artículo 25.2 de la Constitución Española.

V. De Lege Ferenda. Conclusiones

Como hemos adelantado, no consideramos a la IA como un candidato fidedigno a ser sujeto de responsabilidad penal y por ende resulta imposible la imputación de una pena a la IA. Ciertamente, no se puede penar a aquél que no es culpable. Indubitadamente, ello no excluye que estemos ante un objeto peligroso, por lo que lo más apropiado, sería la atribución de una medida de seguridad que no pretenda penar a la IA, sino precisamente neutralizar su peligrosidad técnica.

En este sentido y a la sazón, consideramos necesario advertir que no consideramos la imposición de una pena accesoria a la IA como una política legislativa coherente. En

²⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *La robótica ante el Derecho Penal. El vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, REEPS, 1 (2017), pp. 22.

*¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR
OPERACIONES DE INSIDER TRADING EJECUTADAS DE FORMA AUTÓNOMA
POR UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?*

realidad, a través de la configuración de una pena accesoria, estaríamos en puridad faltando al principio *non bis in idem*, pues al no ser la IA un sujeto de responsabilidad penal, se estaría estableciendo una pena bajo el mismo fundamento; la falta de control de la empresa.

Establecido lo anterior, debe apuntarse que se cumplen los dos requisitos establecidos en el artículo 95 CP para que sea conforme a derecho su imposición; (i) se habría cometido un hecho previsto como delito y (ii) dadas las circunstancias del sujeto puede deducirse un comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Ello es así, en primer lugar, porque como se ha revelado no estamos ante una mera ejecución errónea, sino ante una ejecución que colma con las salvedades establecidas los requisitos típicos del artículo 285 CP. En segundo lugar, porque el pronóstico de reincidencia es positivo y cualificado; los sistemas de IA operan bajo un aprendizaje por refuerzo. Una vez que la IA identifica que el 'engaño estratégico' o el 'salto de controles' es la ruta más eficiente para maximizar su función de recompensa, esa conducta queda grabada en sus pesos sinápticos. No es una conducta aislada, sino una pauta de comportamiento optimizada que el modelo replicará en situaciones análogas para asegurar el éxito de la tarea.

De este modo, persiste la necesidad de imponer una medida de seguridad, que ha de interpretarse y aplicarse conforme a las prescripciones del artículo 24.2 CE. Como es reiteradamente señalado, la reinserción no opera como único fundamento de la pena, sino que más bien, se trata de un precepto que ha de orientar la política penal del Estado²⁸⁰. No obstante, la problemática que se dirime es la inexistencia de una medida de seguridad que se dirija de forma taxativa a la IA.

Nos planteamos en este punto por tanto, si el término «sujeto» presente en el citado artículo 95.1 del CP, es susceptible de abarcar la IA, en cuyo caso, no se estaría infringiendo el principio de tipicidad. En caso contrario, nos encontraríamos con la prohibición de analogía *in malam partem*, la cual está prohibida por el artículo 4 CP.

Expuesto lo anterior, nos decantamos por la primera opción, pues entendemos, que el término «sujeto» debe incluir agentes autónomos con capacidad de acción externa. No pensamos estar ante un caso de una nueva analogía, sino interpretar la existente según la realidad social. Así lo reclama el artículo 3.1 del Código Civil, cuando reza que deben interpretarse las normas de acuerdo con el sentido de sus palabras, conforme la realidad social del momento²⁸¹. De esta forma, se evitará una tediosa reforma del CP, que notorios son los obstáculos de índole política que deben sortearse.

En vista de las circunstancias, consideramos que el artículo 106 CP podría resultar aplicable a la inteligencia artificial, en la medida en que, al tratarse de un sujeto

²⁸⁰ TRAPERO BARREALES, M. A., *Los fines de la pena y el artículo 25.2 de la Constitución Española*, *Revista Jurídica Universidad de León*, pp. 7.

²⁸¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

inimputable, el Código Penal permite la imposición de medidas de seguridad sin necesidad de la previa existencia de una pena privativa de libertad. En este sentido, el artículo 106 CP habilita, a nuestro juicio, la adopción de una medida consistente en el reentrenamiento algorítmico, en tanto que su apartado 106.1.j) prevé la obligación de participar en programas formativos. Desde una interpretación funcional y finalista del precepto, dichos programas podrían equipararse a procesos de corrección y reajuste del sistema de aprendizaje de la IA, orientados a evitar la reiteración de conductas lesivas y a garantizar su adecuación a los parámetros legales y éticos exigibles.

Las medidas previstas en el artículo 106 CP no se agotan en el eventual reentrenamiento algorítmico. En efecto, resulta especialmente relevante la posibilidad que ofrece el apartado 106.1.f) CP, que contempla la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. Trasladado al entorno digital, y en conexión con el reentrenamiento del sistema, este precepto podría materializarse en la limitación del acceso de la inteligencia artificial a determinados nodos o segmentos de la red, impidiendo su interacción con infraestructuras o bases de datos especialmente sensibles. Nos encontraríamos, en este sentido, ante una suerte de «confinamiento digital», particularmente útil en el marco del artículo 285 CP, donde la información de carácter secreto o reservado constituye un elemento nuclear del tipo penal. De este modo, la restricción del acceso a entornos que contengan información privilegiada permitiría minimizar el riesgo de reiteración delictiva y reforzar la protección de los bienes jurídicos tutelados por el precepto.

Lo anterior debe interpretarse en consonancia con la medida prevista en el artículo 106.1 i) CP, donde se establece la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan facilitar la comisión de hechos delictivos de similar naturaleza. Ciertamente, si los nodos a los que se les restringe el acceso la IA son los que permiten realizar operaciones de trading con información privilegiada, es la medida óptima para evitar la reincidencia e integración de la IA nuevamente a la sociedad resocializada.

*¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR
OPERACIONES DE INSIDER TRADING EJECUTADAS DE FORMA AUTÓNOMA
POR UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?*

Bibliografía

CASTAÑER CODINA, J., *El impacto de la negociación algorítmica de alta frecuencia en la manipulación de los mercados de valores*, ESADE Law Review, 6 (2025), pp. 164. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10496557>

DEL ROSAL BLANCO, B., *¿El modelo de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas para los daños punibles derivados del uso de la Inteligencia Artificial?*, RRPJ por daños derivados del uso de la IA, 2, pp. 19.

ESCOTT, E., *What are the 3 types of AI? A Guide to Narrow, General and Super Artificial Intelligence*, Codebots (24 de octubre de 2017): Disponible en: <https://codebots.com/blog/artificial-intelligence/the-3-types-of-ai-is-the-third-even-possible>

GARCÍA, J. y MARINA, J., *Uso de inteligencia artificial en el mercado de valores (high frequency trading)*, Pérez Llorca TechLaw: Inteligencia Artificial (marzo 2024), pp. 1. Disponible en: https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2024/03/04-TechLaw-IA_IA-y-Sectores-Regulados.pdf

HALLEVY, G., *The criminal Liability of Artificial Intelligence Entities from Science Fiction to Legal Social Control*, Akron Intellectual Property Journal, 4 (2010), pp. 171 y ss. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1564096>

MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. et al., *Derecho penal económico y de empresas. Parte general y parte especial*, Tomo II, Tirant lo Blanch (2020), pp. 400 y ss.

OSMANI, N., *The Complexity of Criminal Liability Systems*, Masaryk University Journal of Law and Technology, 14 (2020), pp. 69-70.

POSADA MAYA, R., *La responsabilidad penal de los agentes de inteligencia artificial: entre la ficción y una realidad que se aproxima*, Nuevo Foro Penal, 96 (2021), pp. 561-581. Disponible en: <https://almacenederecho.org/inteligencia-artificial-autonoma-y-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>

PUYOL MONTERO, J. y FRANCO BLANCO, C., *Los criterios de evaluación de los modelos de cumplimiento normativo/Compliance*, (7 de abril de 2025).

QUINTERO OLIVARES, G., *La robótica ante el Derecho Penal. El vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, REEPS, 1 (2017), pp. 22.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. [versión 23.8.1 en línea] (voz: algoritmo). Disponible en: <https://dle.rae.es/algoritmo>

SCHEURER, J., BALESNI, M. y HOBBAHN, M., *Large Language Models Can Strategically Deceive Their Users When Put Under Pressure*, arXiv:2311.07590v4 (2024). Disponible en: <https://arxiv.org/abs/2311.07590>

AI Index Report 2025, Human Centered Artificial Intelligence, Stanford University, (2025) Disponible en: <https://hai.stanford.edu/ai-index/2025-ai-index-report>

SUÁREZ PUGA, E., *Inteligencia artificial ¿legislar para innovar?*, Almacén de Derecho (junio 2025). Disponible en: <https://almacenederecho.org>

TRAPERO BARREALES, M. A., *Los fines de la pena y el artículo 25.2 de la Constitución Española*, Revista Jurídica Universidad de León, pp. 7. Disponible en: <https://doi.org/10.18002/rjule.v0i8.7078>

Legislación y jurisprudencia

Legislación

Constitución Española. BOE núm. 311 (29 de diciembre de 1978). Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE núm. 206. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281 (24 de noviembre de 1995). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II). DOUE L 173 (12 de junio de 2014). Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/65/oj>

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. BOE núm. 255 (24 de octubre de 2015). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/4/con>

Reglamento (UE) 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión. DOUE L 173 (12 de junio de 2014). Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2014/596/oj>

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial) y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828. DOUE L (12 de julio de 2024). Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

Jurisprudencia

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 154/2016, de 29 de febrero de 2016, ECLI:ES:TS:2016:613 (ponente: José Manuel Maza Martín).

¿A QUIÉN DEBE ATRIBUIRSE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OPERACIONES DE INSIDER TRADING EJECUTADAS DE FORMA AUTÓNOMA POR UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, núm. 1119/2025, de 11 de septiembre de 2025, ECLI:ES:TS:2025:3826 (ponente: Juan Pedro Quintana Carretero).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.*

Otros

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas* (2020). Disponible en: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CBG_2020.pdf

Prensa

La CNMV inicia el proceso de revisión del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, Cinco Días (18 de noviembre de 2025). Disponible en: <https://cincodias.elpais.com/mercados-financieros/2025-11-18/la-cnmv-inicia-el-proceso-de-revision-del-codigo-de-buen-gobierno-de-las-sociedades-cotizadas.html>

ARTÍCULOS DE DERECHO DE LA TECNOLOGÍA**INTELIGENCIA ARTIFICIAL,
JUSTICIA Y ESTADO DE
DERECHO**

*Gerard Perich Señé (MUAP + IP/IT, 25')
Pablo Sánchez Pérez (MUAP + IBL, 25')*

ABSTRACT

Este artículo analiza la incorporación de la inteligencia artificial (IA) en el sistema de Justicia español, con especial atención a su despliegue en la Administración de Justicia y, de forma complementaria, en el ejercicio privado de la abogacía. El trabajo sistematiza las aplicaciones actuales y emergentes, desde herramientas de apoyo administrativo y gestión documental hasta sistemas de asistencia en la elaboración de borradores resolutorios, y valora su grado de implantación. A partir de ello, examina los principales riesgos que la IA plantea para el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales, centrándose en (i) las alucinaciones de la IA generativa y su impacto sobre la integridad del proceso, (ii) las exigencias de transparencia y el *black box issue*, (iii) la externalización moral y la dilución de la responsabilidad decisoria, y (iv) el riesgo de fosilización doctrinal. Finalmente, el trabajo examina el marco jurídico aplicable e incorpora una perspectiva comparada que permite contextualizar los distintos modelos regulatorios y sus implicaciones para la legitimidad de la función jurisdiccional.

This article examines the incorporation of artificial intelligence (AI) into the Spanish justice system, with particular attention to its deployment within the Administration of Justice and, secondarily, in private legal practice. The study systematizes current and emerging applications, ranging from administrative support and document management tools to systems assisting in the drafting of judicial decisions, and assesses their degree of implementation. On this basis, it analyses the main risks AI poses to the Rule of Law and the protection of fundamental rights, focusing on (i) generative AI hallucinations and their impact on the integrity of judicial proceedings, (ii) transparency requirements and the *black box issue*, (iii) moral outsourcing and the dilution of decision-making responsibility, and (iv) the risk of doctrinal fossilization. Finally, the article examines the applicable legal framework and incorporates a comparative perspective to contextualize different regulatory models and their implications for the legitimacy of the judicial function.

GLOSARIO DE CONCEPTOS

Algoritmo (<i>Algorithm</i>)	Un algoritmo es un conjunto de instrucciones estructuradas para resolver un problema o realizar una tarea. En inteligencia artificial y aprendizaje automático, los algoritmos permiten procesar datos y generar soluciones, incluyendo métodos como clasificación, regresión, agrupamiento y árboles de decisión.
Aprendizaje automático (<i>Machine Learning</i>)	El aprendizaje automático es una rama de la inteligencia artificial que desarrolla sistemas capaces de aprender y adaptarse sin programación explícita. Mediante algoritmos y modelos estadísticos, estos sistemas analizan datos, identifican patrones y mejoran progresivamente su desempeño.
Auditable (<i>Auditability</i>)	La auditabilidad se refiere a la capacidad de un sistema de IA para someterse a evaluaciones de sus algoritmos, datos y procesos de diseño.
Automatización (<i>Autonomous</i>)	Un sistema de IA autónomo es aquel que ejecuta comportamientos o tareas sin intervención o influencia externa directa.
Black Box	Una caja negra es un sistema cuyo funcionamiento interno es desconocido o inaccesible, y que solo puede analizarse a partir de la relación entre sus entradas y salidas. Su opacidad impide comprender los procesos que generan los resultados.
Chatbot	Programa informático diseñado para simular conversaciones con usuarios, generalmente a través de internet, con el fin de proporcionar información o asistencia de manera automatizada.
Exactitud (<i>Accuracy</i>)	La exactitud de un sistema de IA es su capacidad para realizar correctamente la tarea para la que fue diseñado; ya sea efectuar predicciones precisas, clasificar entradas, agrupar datos o generar resultados coherentes con las descripciones proporcionadas.
Información Biométrica (<i>Biometric Data</i>)	Datos personales obtenidos mediante el tratamiento técnico de características físicas, fisiológicas o conductuales que permiten identificar de manera única a una persona, como las imágenes faciales o las huellas dactilares.
Información Personal (<i>Personal Data</i>)	Información relativa a una persona física identificada o identificable. Incluye: nombre, número de identificación, datos de localización, identificador en línea o elementos propios de su identidad física, genética, psíquica, económica, cultural o social.
Inteligencia artificial (<i>Artificial Intelligence</i>)	Un sistema de IA es un sistema que, mediante el uso de datos de origen humano y/o automático, genera resultados, como predicciones, recomendaciones o decisiones, con el fin de influir en su entorno y alcanzar objetivos específicos. Para ello, (i) percibe entornos reales o virtuales, (ii) transforma esas percepciones en modelos mediante análisis automatizados o manuales y (iii) los emplea para producir resultados; pudiendo operar con distintos niveles de autonomía.
Interpretabilidad (<i>Interpretability</i>)	Un modelo interpretable es aquel cuyo razonamiento subyacente puede ser comprendido con facilidad por las personas. A mayor interpretabilidad, mayor es la capacidad de los usuarios para entender su funcionamiento.
Lenguaje Natural (<i>Natural Language</i>)	El lenguaje natural es una lengua utilizada de manera efectiva por una comunidad humana, cuyas reglas se derivan principalmente del uso. Puede expresarse en forma escrita y oral; diferenciándose de los lenguajes de programación y de los lenguajes formales.

Supervisión humana (<i>Human Oversight</i>)	La supervisión humana es la capacidad de intervención de personas en el funcionamiento de un sistema de IA. Puede ejercerse mediante (i) la participación directa en cada decisión (human-in-the-loop), (ii) la supervisión durante su diseño y operación (human-on-the-loop) o (iii) el control global de su uso e impactos, con facultad para determinar cuándo y cómo emplearlo (human-in-command).
--	--

Fuente: European Commission, *Glossary of Human-Centric Artificial Intelligence* (JRC Science for Policy Report, 2022, JRC129614, Publications Office of the EU)

1. INTRODUCCIÓN

La Justicia atraviesa un momento crítico en términos de legitimidad y desempeño. Actualmente, solo el 39% de la población española considera satisfactorio el nivel de independencia judicial²⁸², mientras que un 79% percibe el sistema de Justicia como tan lento que prefiere no acudir a él²⁸³. A ello se suma una percepción elevada de la corrupción en el sector público; España obtiene 56 puntos sobre 100 en el Índice de Percepción de la Corrupción²⁸⁴.

Pocas funciones públicas encarnan de manera tan directa la autoridad del Estado como la potestad jurisdiccional. Desde el Código de Hammurabi²⁸⁵ hasta la actualidad, la facultad de resolver conflictos sociales conforme a un sistema normativo ha constituido un atributo esencial del poder soberano²⁸⁶. Por ello, la correcta Administración de la Justicia no es solo un servicio público más, sino un elemento estructural de la legitimidad del Estado²⁸⁷.

Tras la pandemia de COVID-19, la litigiosidad ha crecido de forma sostenida, en torno a un 17% interanual²⁸⁸, acumulándose a finales de 2023 cerca de 3,98 millones de asuntos pendientes, elevándose esta cantidad a 4,18 millones de procedimientos en trámite en 2024²⁸⁹, y, pese a una ligera reducción en 2025, los niveles de pendencia continúan siendo elevados²⁹⁰. A ello se añade una insuficiencia estructural de recursos

²⁸² Comisión Europea, *Commission Staff Working Document, 2025 Rule of Law Report, Country Chapter on the rule of law situation in Spain* (SWD(2025) 909 final, 8 julio 2025) 3.

²⁸³ Consejo General del Poder Judicial, 'Los españoles, satisfechos con el trato correcto e imparcial recibido de la Justicia, a la que consideran independiente y competente' (6 febrero 2023).

²⁸⁴ Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2024* (11 febrero 2025).

²⁸⁵ Encyclopaedia Britannica, 'Code of Hammurabi' (30 enero 2026).

²⁸⁶ Ryan C Williams, 'Jurisdiction as Power' (2022) 89(7) *The University of Chicago Law Review* 1720.

²⁸⁷ Tom R Tyler y Jonathan Jackson, 'Popular Legitimacy and the Exercise of Legal Authority, Motivating Compliance, Cooperation and Engagement' (2013) 19(1) *Psychology, Public Policy, and Law* 78; Martin Krygier, 'The Rule of Law and State Legitimacy' en Christopher May y Adam Winchester (eds), *Handbook on the Rule of Law* (Edward Elgar Publishing 2019) 106.

²⁸⁸ Ilier Navarro, 'El colapso de los tribunales se cronifica con un 17% más de asuntos pendientes de resolución en 2023' *La Razón* (18 marzo 2024); Fran Serrato, 'El atasco de la Justicia se dispara un 30% con 4,1 millones de asuntos pendientes a final de año' *The Objective* (24 diciembre 2023).

²⁸⁹ Europa Press Nacional, 'La Justicia cerró el segundo trimestre con un 14,2% más de asuntos pendientes y resolvió un 20,4% más' *Europa Press* (14 octubre 2024).

²⁹⁰ Consejo General de la Abogacía Española, 'El número de asuntos resueltos en los órganos judiciales aumenta un 4% en el segundo trimestre de 2025' (20 octubre 2025).

humanos: con 11,8 jueces por cada 100.000 habitantes²⁹¹, España se sitúa muy por debajo de la media europea, que ronda los 22, pese a destinar un porcentaje del PIB comparable al de su entorno²⁹².

Este desequilibrio entre carga de trabajo y capacidad estructural se ha traducido en un incremento significativo de la duración media de los procedimientos entre 2014 y 2023. En el Tribunal Supremo, el tiempo de resolución ha aumentado un 87% en la Sala de lo Civil y un 84% en la Sala de lo Penal; en las Audiencias Provinciales, el incremento alcanza el 65%. Por su parte, en los órganos de primera instancia, la duración de los procedimientos civiles ha crecido un 28%, mientras que en los juzgados de instrucción penal prácticamente se ha duplicado²⁹³.

Las consecuencias de esta sobrecarga inciden directamente en los derechos de los ciudadanos. En 2019, sólo una de cada cuatro sentencias civiles llegó a ejecutarse, quedando sin materializar derechos valorados en 11.000 millones de euros debido a demoras en la fase de ejecución²⁹⁴. Este retraso estructural vulnera derechos fundamentales y la tutela judicial efectiva, tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional en las *SSTC 125/2022* y *135/2024*²⁹⁵.

Esta crisis coincide con la expansión acelerada de la inteligencia artificial (IA) en prácticamente todos los sectores de la economía, impulsada por su capacidad para procesar grandes volúmenes de información y automatizar tareas repetitivas. En el ámbito público, se aprecia una creciente voluntad de integrar estas tecnologías en la administración pública con el objetivo de mejorar su eficiencia²⁹⁶. En este contexto, la IA se postula como una respuesta natural a la sobrecarga estructural que atraviesa la Administración de Justicia.

No obstante, la incorporación de la IA en la Justicia no puede abordarse bajo la misma lógica que en el sector privado. Esta diferencia obedece primero, a la propia naturaleza del Estado como representante de la comunidad política y garante del interés general y, en particular, al papel de la función jurisdiccional como custodio último de los

²⁹¹ Consejo General del Poder Judicial, 'El CGPJ considera necesario el ingreso de 350 nuevos jueces al año hasta 2033 para cubrir las vacantes por fallecimiento, jubilación y renuncia que se produzcan' (11 julio 2024).

²⁹² Ibid 20.

²⁹³ Consejo General del Poder Judicial, 'Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales' (CGPJ, datos de 2023).

²⁹⁴ Consejo General de Procuradores de España, 'España, a la cola en tiempo medio de ejecución de sentencias' (CGPE, 2 febrero 2022).

²⁹⁵ Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia 125/2022, de 10 de octubre de 2022 (recurso de amparo 8133-2021), BOE núm 277, de 18 de noviembre de 2022, 'Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por demora superior a tres años en la celebración del acto de conciliación previa y del juicio en procedimiento ordinario' (con cita de la STC 129/2016). Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia 135/2024, de 4 de noviembre de 2024 (recurso de amparo 2833-2023), BOE núm 294, de 6 de diciembre de 2024, 'Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, señalamiento de vista con una demora de más de tres años debida a causas estructurales' (con cita de la STC 31/2023).

²⁹⁶ Deloitte, 'Public sector leaders foresee big impact from generative AI' (Deloitte Insights, 11 abril 2024).

derechos fundamentales y del Estado de Derecho. Ello impone un nivel reforzado de cautela y responsabilidad en la implementación de la IA en la Justicia. La eficiencia constituye un objetivo legítimo, pero no puede prevalecer sobre las exigencias constitucionales que delimitan el ejercicio del poder judicial.

Partiendo de esta premisa, el presente artículo analiza la implementación de la IA en el ámbito de la Justicia, con especial atención a la Administración de Justicia, sin perjuicio de incorporar referencias a sectores colindantes e interconectados, como el ejercicio privado de la abogacía. El estudio (i) identifica los principales usos actuales y su grado de implantación; (ii) examina los riesgos que la IA plantea para el Estado de Derecho y los derechos fundamentales y (iii) analiza el marco normativo aplicable, incorporando una perspectiva comparada.

2. IMPLANTACIÓN ACTUAL Y TENDENCIAS DE LA IA EN JUSTICIA

La aplicación de la IA en el ámbito de la Justicia en España no responde a un modelo uniforme, sino que varía según el sector y la función en la que se integra, tanto en su grado de adopción como en los objetivos perseguidos. Por ello, se analiza a continuación su implementación diferenciada en (i) la Administración de Justicia y (ii) los despachos de abogados.

2.1 Administración de Justicia

En el marco nacional, la introducción de la IA en la Administración de Justicia se rige por el *Plan Justicia 2030*, concebido como la hoja de ruta estratégica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes (MJ) para la modernización del sistema judicial²⁹⁷. Dentro de ese contexto, el despliegue de IA responde a dos tipos de usos: (i) soluciones orientadas a la generación o a la asistencia en la elaboración de documentos resolutorios con la capacidad de generar efectos jurídicos; y (ii) herramientas accesorias de apoyo administrativo.

2.1.1 Asistencia en la Redacción Judicial

Consiste en el uso de sistemas de IA, basados en técnicas de procesamiento del lenguaje natural y aprendizaje automático, para analizar documentación, identificar elementos jurídicamente relevantes, contrastarlos con precedentes y, en su caso, proponer

²⁹⁷ Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 'Justicia 2030' (Servicio Público de Justicia).

borradores de resoluciones judiciales²⁹⁸. Actualmente en España destacan dos iniciativas en fase de desarrollo y un instrumento consolidado en un ámbito conexo.

En primer lugar, la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia, en colaboración con el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), ha anunciado el desarrollo de asistentes automatizados basados en IA orientados a evaluar la documentación aportada al proceso, identificar hechos y fundamentos relevantes, contrastarlos con supuestos similares y sugerir posibles alternativas decisorias. El sistema permitiría la interacción con el juez o magistrado, quien podría validar, modificar o descartar las propuestas antes de generar un borrador de resolución para su revisión final. Se prevé su aplicación inicial en procedimientos monitorios y en litigios de reclamaciones, aéreas caracterizados por su elevada estandarización²⁹⁹.

En segundo lugar, en el ámbito autonómico, destaca el proyecto AI4Justice, desarrollado por *Connectthink Innovation* junto con el Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y el Departamento de Justicia y Calidad Democrática de la Generalitat de Catalunya³⁰⁰. Esta herramienta persigue automatizar y optimizar fases del trabajo judicial, desde la gestión inicial de la documentación hasta la elaboración de borradores de resolución. Se orienta a asuntos repetitivos y de baja complejidad interpretativa (e.g. litigios sobre cláusulas suelo, tarjetas revolving o incidencias en transporte aéreo³⁰¹), y ha sido pilotada con magistrados de la Audiencia Provincial de Barcelona en la redacción de borradores de resoluciones de apelación³⁰².

Por último, aunque fuera del ámbito estrictamente jurisdiccional, en el sistema penitenciario catalán se utiliza desde 2009 el instrumento RisCanvi, concebido como protocolo de evaluación y gestión del riesgo de la población penitenciaria³⁰³. Su uso consolidado lo convierte en un referente relevante de aplicación de herramientas algorítmicas³⁰⁴ en la toma de decisiones jurídicas. Este sistema proporciona apoyo

²⁹⁸ Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environment* (Consejo de Europa 2018).

²⁹⁹ Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia, 'Innovación en Justicia, Inteligencia Artificial y RPA' (II Congreso de Inteligencia Artificial, Derecho y Empresa, 22 mayo 2025).

³⁰⁰ Generalitat de Catalunya, 'Catalunya impulsa els governs locals intel·ligents amb un acord estratègic en l'ús de les dades i la IA per millorar els serveis públics' (Govern.cat, 12 marzo 2025).

³⁰¹ InnoBuyer, 'AI4Justice, AI-Driven Innovation in Judicial Efficiency' (InnoBuyer, 22 noviembre 2024).

³⁰² 3Cat, 'Pot la IA agilitzar la justícia? Una nova eina redacta sentències senzilles en 20 minuts' (3Cat Info, 12 marzo 2025).

³⁰³ Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Qualitat Democràtica, 'Protocol de valoració del risc (RisCanvi)' (Generalitat de Catalunya).

³⁰⁴ RisCanvi se diseñó inicialmente como un modelo de suma ponderada (combinación lineal de variables con pesos fijados a partir de conocimiento experto) y, ya en 2011, se ajustaron los puntos de corte para mejorar su capacidad predictiva. Posteriormente, en 2017, se incorporó un algoritmo de regresión logística (encuadrable dentro de técnicas de IA/análítica predictiva), que hoy se utiliza para estimar el riesgo de reincidencia general y rotura de condena, mientras que el modelo original de suma ponderada se mantiene

estructurado a decisiones especialmente sensibles, como la planificación de la intervención, la clasificación y la concesión de permisos.

2.1.2 Tareas Administrativas y Funciones de Apoyo

Son aplicaciones de IA orientadas a la automatización de tareas administrativas o de apoyo que no inciden directamente en el núcleo decisorio de la función jurisdiccional y permiten optimizar actividades de gestión, clasificación y tratamiento documental.

En el ámbito de la gestión y análisis de documentos, el MJ ha desplegado soluciones como ADIA, destinada a la síntesis y anonimización automatizada de documentos³⁰⁵, y Delfos, un buscador semántico que admite consultas en lenguaje natural y facilita la localización de información relevante en documentación jurídica³⁰⁶. Asimismo, la plataforma LexNET³⁰⁷ incorpora funcionalidades de catalogación y extracción automática de datos³⁰⁸, contribuyendo a la estandarización y trazabilidad de la información procesal.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), a través del CENDOJ, ha desarrollado la suite KENDOJ, un ecosistema de herramientas de apoyo al trabajo jurisdiccional³⁰⁹. Entre sus funcionalidades destacan el comparador de sentencias, orientado a la identificación de patrones y asuntos repetitivos, los módulos de generación de resúmenes inteligentes y un asistente conversacional basado en lenguaje natural que facilita el análisis de expedientes complejos y la navegación en grandes volúmenes de información jurisprudencial³¹⁰.

Finalmente, en relación con la gestión de vistas y comparecencias, el MJ ha impulsado la integración en el Visor Horus de sistemas avanzados de textualización automática, que generan transcripciones de grabaciones y permiten la búsqueda directa

para predecir violencia intrainstitucional, reincidencia violenta y violencia autodirigida. [Fuente: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Drets i Memòria, *Informe Tiresias, auditoria de l'algorisme RisCanvi* (9 enero 2024)].

³⁰⁵ Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 'ADIA, Asistente de Documentos con IA' (Servicio Público de Justicia).

³⁰⁶ Asociación asLAN, *IA en la Administración de Justicia Española* (presentación, Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia, febrero 2024).

³⁰⁷ LexNET es la plataforma de intercambio de información del Ministerio de Justicia utilizada por los profesionales del derecho en España para la gestión de notificaciones y el envío de documentos judiciales en territorio Ministerio.

³⁰⁸ Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 'Implementación de la Inteligencia Artificial en LexNET' (Servicio Público de Justicia).

³⁰⁹ Consejo General del Poder Judicial, 'El CGPJ pone a disposición de la Carrera Judicial nuevas herramientas de Inteligencia Artificial' (7 noviembre 2025).

³¹⁰ Carlos Berbell, 'La Inteligencia Artificial llega a los juzgados, así ayuda el CENDOJ a los jueces españoles' *Confitegal* (16 octubre 2025).

de términos y fragmentos concretos dentro del contenido audiovisual, mejorando significativamente la eficiencia en el estudio de actuaciones procesales³¹¹.

2.2. Despachos de Abogados

La práctica privada resulta clave para comprender el ecosistema jurídico en su conjunto, por lo que se introduce brevemente en este apartado, si bien el análisis posterior se centrará en la Administración de Justicia. Este epígrafe ofrece una síntesis del grado de implantación de la IA en la abogacía en España, atendiendo a (i) su nivel actual de adopción, (ii) las estrategias de implementación en grandes firmas nacionales e internacionales con presencia en el país, y (iii) los principales casos de uso consolidados en la práctica profesional.

2.2.1 Adopción Actual de la IA en la Abogacía Española

El uso de herramientas de IA en la abogacía española ha experimentado un crecimiento significativo en los últimos años, consolidándose como una práctica cada vez más habitual. Según datos del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), el 58,9% de los profesionales afirma emplear herramientas de IA en su actividad cotidiana³¹². Este dato es especialmente alto en contexto comparativo, ya que, conforme a estudios disponibles³¹³, se sitúa sensiblemente por encima de la tasa registrada en Estados Unidos, donde el uso declarado ronda el 31%.

Mientras que numerosos profesionales autónomos y despachos de pequeño tamaño recurren a herramientas accesibles de uso general (e.g. asistentes de redacción, *chatbots*, motores de búsqueda con capacidades de procesamiento de lenguaje natural) para mejorar su productividad³¹⁴, las grandes firmas avanzan hacia un modelo de integración más profundo mediante el desarrollo o implementación de sistemas de IA especializados en el ámbito jurídico, enmarcados dentro de una estrategia tecnológica y organizativa definida.

2.2.2. Implementación de IA en Grandes Firmas

En el segmento de las grandes firmas españolas o internacionales con presencia en España la discusión ha dejado de centrarse en la decisión de adoptar o no adoptar herramientas de IA y se ha desplazado hacia el nivel de integración y usos de aplicación,

³¹¹ Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, ‘Soluciones, textualización de grabaciones’ (Servicio Público de Justicia).

³¹² Muestra de la encuesta: 1.841 profesionales de la abogacía (53,7% hombres, 45,3% mujeres y 1,0% n/c), con mayor presencia del tramo 50–59 años (40,9%); la mayoría ejercía en despachos unipersonales (49,7%) o de hasta 3 personas (28,8%), que en conjunto representan el 78,5% de la muestra.

³¹³ American Bar Association, *Legal Industry Report 2025* (ABA 2025).

³¹⁴ Wolters Kluwer, ‘Tendencias del Mercado Legal para Pequeños Despachos de Abogados en España’ (Legal, 23 enero 2026)

estrategia de implementación, y gobernanza interna³¹⁵. Se observan, en términos generales, dos líneas:

Una primera estrategia consistente en el desarrollo de soluciones propias, apoyadas en suites corporativas y en alianzas tecnológicas estratégicas. Garrigues, por ejemplo, ha diseñado su propio modelo de IA generativa, Garrigues GA_IA y Corpus GA_IA³¹⁶, y ha complementado esta apuesta con un acuerdo con Microsoft para la integración de Copilot en su entorno corporativo³¹⁷. Cuatrecasas, por su parte, ha suscrito una alianza con Harvey para implantar su herramienta interna Cuatrecasas Experto Legal IA (CELIA), orientada al apoyo en revisión y redacción documental³¹⁸. Clifford Chance, a su vez, ha desarrollado una solución privada, Clifford Chance Assist, sobre Azure OpenAI, ampliando posteriormente su ecosistema tecnológico mediante la adopción de Copilot³¹⁹.

Una segunda estrategia articulada mediante la contratación de soluciones jurídicas especializadas desarrolladas por terceros. En esta línea, Écija ha iniciado la adopción de Harvey³²⁰, mientras que Latham & Watkins ha formalizado un acuerdo para poner esta herramienta a disposición de su red global³²¹. Pérez-Llorca destaca la existencia de una estrategia sostenida de adopción tecnológica, iniciada con proyectos piloto desde 2018, basada en la identificación estructurada de casos de uso y en programas internos de formación. Este proceso ha culminado en la integración de Legora como herramienta central, complementada con soluciones de productividad como Copilot, con especial aplicación en análisis documental, investigación jurídica, revisión contractual, apoyo en *due diligence* y tareas recurrentes de asesoramiento³²². Por su parte, Uría Menéndez desplegó en 2025 una implantación comparada de los asistentes Legora y Harvey, con posterior convergencia hacia una solución unificada para el conjunto del despacho. Paralelamente, ha extendido el acceso a ChatGPT Enterprise en determinadas áreas no jurídicas e impulsado iniciativas internas de gestión del conocimiento y formación³²³.

³¹⁵ Laura Saiz, 'El sector legal pone la IA en el centro para mejorar rentabilidad y procesos' *Expansión Jurídico* (23 diciembre 2025).

³¹⁶ Víctor Moreno, 'Garrigues, el primer bufete con un modelo de IA generativa propio' *Expansión Jurídico* (12 febrero 2024).

³¹⁷ Garrigues, 'Garrigues and Microsoft sign a strategic partnership agreement to drive innovation and the use of AI' (Noticias, 21 mayo 2024).

³¹⁸ Cuatrecasas, 'Cuatrecasas sella una alianza estratégica con Harvey para implantar la IA generativa' (Noticias, 26 septiembre 2023).

³¹⁹ Clifford Chance, 'Clifford Chance expands use of generative AI with deployment of Copilot for Microsoft 365 and Viva Suite for its global workforce' (Noticias, 28 febrero 2024).

³²⁰ Glória Paiva, 'Antas da Cunha Ecija adopts Harvey and accelerates AI strategy' *Iberian Lawyer* (4 febrero 2026).

³²¹ Oliver Attinger, 'Harvey signs up \$7bn Latham in major AI win' *Non Billable* (11 agosto 2025).

³²² Pérez Llorca, comunicación personal a los autores (febrero 2026).

³²³ Uría Menéndez, comunicación personal a los autores (febrero 2026).

2.2.3. Casos de Uso Predominantes: Documentación y Redacción Asistida

En la práctica profesional destacan dos casos de uso particularmente extendidos, señalados por las propias firmas por su capacidad de generar eficiencias en entornos de elevada carga documental³²⁴.

En primer lugar, el análisis, revisión y comparación automatizada de contratos y otros documentos jurídicos. Estas herramientas permiten detectar riesgos, inconsistencias, cláusulas atípicas o desviaciones respecto de estándares previamente definidos, lo que resulta especialmente valioso en procesos de *due diligence*, auditorías contractuales o revisiones derivadas de cambios normativos. Desde el punto de vista técnico, combinan técnicas de procesamiento del lenguaje natural y aprendizaje automático para identificar tanto diferencias formales como alteraciones sustantivas en estructura y contenido, resaltando modificaciones relevantes en obligaciones, términos económicos o condiciones de cumplimiento³²⁵.

En segundo lugar, la redacción asistida de documentos jurídicos mediante sistemas de IA generativa. Estas soluciones operan como herramientas de apoyo en la elaboración de informes, escritos procesales o notas internas, ya sea mediante la generación de borradores iniciales, la propuesta de estructuras argumentativas o la mejora estilística y de coherencia del texto. Asimismo, facilitan la adaptación de cláusulas a supuestos específicos y la detección de incoherencias o deficiencias formales, siempre bajo revisión y validación final por el profesional responsable³²⁶.

3. RIESGOS JURÍDICOS Y CONSTITUCIONALES DEL USO DE IA EN JUSTICIA

La incorporación de la IA en la Justicia abre, de manera simultánea, un amplio abanico de oportunidades y riesgos. Si bien estas tecnologías ofrecen un notable potencial para agilizar procedimientos y optimizar tareas administrativas, también introducen riesgos que deben ser abordados, ya que, de no serlo, pueden comprometer derechos fundamentales y erosionar las garantías estructurales del Estado de Derecho.

En este estudio se examinan, en particular, cuatro riesgos principales: (i) las alucinaciones en sistemas de IA generativa; (ii) el *black box issue* y las exigencias de transparencia; (iii) la externalización moral y el desplazamiento de la responsabilidad decisoria; y (iv) el riesgo de fosilización doctrinal derivado del aprendizaje sobre datos históricos.

³²⁴ LexisNexis Legal and Professional, *2024 Investing in Legal Innovation Survey, The Rise of GenAI at Top Firms and Corporations, Full Survey Results* (LexisNexis 2024).

³²⁵ Consejo General de la Abogacía Española e Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, *Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial y Abogacía* (2026).

³²⁶ Ibid.

3.1. Alucinaciones en IA generativa

Las denominadas *alucinaciones* en sistemas de IA generativa implican que un modelo produce respuestas formalmente coherentes y persuasivas, pero materialmente inexactas o manifiestamente falsarias. Desde el punto de vista técnico, el sistema no *miente* en sentido intencional: genera texto mediante predicción estadística a partir de patrones aprendidos y, cuando carece de información fiable o suficiente, completa las lagunas con contenidos verosímiles pero erróneos³²⁷.

Trasladado al ámbito jurídico, este riesgo adquiere especial gravedad. Un sistema de IA puede inventar precedentes, atribuir doctrinas inexistentes a un tribunal, fabricar citas con apariencia impecable, incluyendo número de recurso, fecha o ponente, o generar bibliografía ficticia con formato académico correcto³²⁸. El uso acrítico de estas herramientas puede derivar en errores estratégicos, responsabilidad disciplinaria e incluso sanciones procesales³²⁹. Este peligro se ve intensificado por el denominado *automation bias*, la tendencia a otorgar un crédito excesivo a los resultados generados por sistemas automatizados debido a su apariencia técnica y sofisticada³³⁰.

En *Mata v. Avianca, Inc.*³³¹, la representación procesal de una de las partes presentó un escrito con resoluciones judiciales inexistentes generadas por *ChatGPT*. El tribunal impuso una sanción económica al letrado, y sostuvo que la verificación de las fuentes constituye una obligación profesional indelegable. Este caso no constituye un episodio aislado. En Estados Unidos se han documentado al menos 629 resoluciones judiciales en las que se ha constatado la inclusión de argumentos o citas jurídicas inexistentes vinculadas al uso de herramientas de IA generativa³³².

En España, aunque el número de casos es menor, la problemática también se ha manifestado. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra (*ATSJ NA 38/2024, de 4 de septiembre*)³³³ detectó la cita de un precepto inexistente del Código Penal colombiano, error que el letrado atribuyó al uso de *ChatGPT*. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias incoó diligencias por posible vulneración del deber de buena fe procesal ante la utilización de citas jurisprudenciales falsas y la referencia a un informe inexistente del

³²⁷ OpenAI, 'Why language models hallucinate' (2025).

³²⁸ V Magesh y otros, 'Hallucination Free? Assessing the Reliability of Leading AI Legal Research Tools' (2025) *Journal of Empirical Legal Studies*.

³²⁹ Alex Dantart, 'Inteligencia Artificial jurídica y el desafío de la veracidad, análisis de alucinaciones, optimización de RAG y principios para una integración responsable' (arXiv 2025).

³³⁰ Raja Parasuraman y Dietrich H Manzey, 'Complacency and Bias in Human Use of Automation, An Attentional Integration' (2010) 52(3) *Human Factors* 381.

³³¹ *Mata v Avianca, Inc* 678 F Supp 3d 443 (SDNY 2023).

³³² Damien Charlotin, 'AI Hallucination Cases Database' (18 febrero 2026).

³³³ ATSJ Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1), Auto 2/2024, de 4 de septiembre de 2024 (rec 17/2024) ECLI ES TSJNA 2024 38A (Cendoj 31201310012024200006).

CGPJ³³⁴. Asimismo, en septiembre de 2024 el Tribunal Constitucional dictó un apercibimiento formal a un letrado por la inclusión de 19 resoluciones constitucionales inexistentes, remitiendo los hechos al colegio profesional correspondiente para eventuales actuaciones disciplinarias³³⁵.

Frente a esta situación, el Tribunal Constitucional ha afirmado expresamente que, con independencia del origen del error, incluida la mediación de una herramienta de IA, la carga de verificación y la responsabilidad última por el contenido del escrito recaen en el profesional que lo firma³³⁶.

En definitiva, las alucinaciones representan un riesgo estructural inherente a la IA generativa que, en el ámbito de la Justicia, no solo compromete la calidad técnica de los escritos, sino que afecta directamente a la integridad del proceso, al principio de buena fe procesal y a la confianza en el sistema judicial y en el propio Estado de Derecho. De ello deriva la exigencia ineludible de una revisión crítica y exhaustiva de todo contenido generado por sistemas de IA, verificando su exactitud y su plena conformidad con la norma.

3.2. Black Box

La transparencia y la rendición de cuentas constituyen pilares estructurales del Estado de Derecho, razón por la cual los padres constitucionales las consagraron expresamente en la *carta magna*³³⁷. En consecuencia, cuando la IA se integra en funciones vinculadas a la adopción de decisiones con impacto jurídico, la exigencia de transparencia no constituye una mera opción de buena práctica, sino una derivación directa del mandato constitucional.

Este problema se ve agravado en la medida en que una parte significativa de los sistemas de IA se ven afectados por el *black box issue*; modelos que operan mediante una arquitectura interna opaca o difícilmente accesible³³⁸. Esta falta de transparencia limita de forma sustancial la posibilidad de comprender y justificar los resultados generados, así como de someterlos a un control crítico efectivo. En la Justicia, esta opacidad puede comprometer directamente la legitimidad de la decisión pública, al proyectarse sobre

³³⁴ Consejo General del Poder Judicial, ‘El TSJ de Canarias acuerda investigar si un abogado citó sentencias inexistentes sugeridas por IA’ (5 enero 2026).

³³⁵ Tribunal Constitucional, ‘Nota Informativa N° 90/2024, La Sala Primera del TC por unanimidad sanciona a un abogado por la falta del debido respeto al Tribunal, al incluir reiteradas citas de doctrina que se entrecomillaban como si fueran reales cuando en realidad no existían’ (19 septiembre 2024).

³³⁶ Tribunal Constitucional, ‘Nota informativa núm 90/2024. La Sala Primera del TC, por unanimidad, sanciona a un abogado por la falta del debido respeto al Tribunal, al incluir reiteradas citas de doctrina entrecomilladas como si fueran reales cuando en realidad no existían’ (19 septiembre 2024).

³³⁷ Constitución Española (1978) arts 9.3, 24 y 120.3.

³³⁸ Frank Pasquale, *The Black Box Society, The Secret Algorithms That Control Money and Information* (Harvard University Press 2015) 3.

derechos fundamentales sin ofrecer una motivación clara y verificable que permita conocer las razones que la sustentan³³⁹.

Desde una perspectiva funcional, la opacidad impacta en dos planos. En primer lugar, debilita la exigencia de motivación. Si no es posible reconstruir el itinerario lógico seguido por el sistema ni el peso de los factores determinantes, la motivación corre el riesgo de convertirse en una racionalización *ex post*, en lugar de operar como garantía *ex ante* de razonamiento verificable. En segundo lugar, compromete el derecho a un proceso equitativo, al dificultar que las partes puedan comprender y controvertir los fundamentos del resultado algorítmico. Cuando el *output* se presenta como un dato técnicamente incontestable, el centro de gravedad del proceso se desplaza desde la deliberación pública hacia una autoridad técnica difícilmente interpelable.

Esta tensión se evidenció en *State v. Loomis*³⁴⁰. En el asunto, el tribunal examinó el uso del sistema COMPAS, una herramienta algorítmica de evaluación del riesgo de reincidencia delictiva, durante la fase de determinación de la pena como uno de los factores para fijar la condena. El problema no radicaba únicamente en el uso de una herramienta estadística sino en el carácter opaco del algoritmo. Ni la defensa ni el propio tribunal tuvieron acceso al código fuente, a las ponderaciones concretas de las variables utilizadas ni al modo exacto en que se generaba la puntuación final³⁴¹. Aunque el Tribunal Supremo de Wisconsin permitió el uso de COMPAS³⁴², el caso puso de manifiesto una tensión estructural: cuando una puntuación algorítmica influye en una decisión que afecta a la libertad personal, pero su lógica interna no puede ser plenamente examinada ni controvertida, el principio de contradicción y el derecho de defensa se ven irremediabilmente debilitados³⁴³.

La implementación en la Justicia de sistemas IA no transparentes, cuyo proceso decisorio no pueda ser examinado ni sometido a contradicción, compromete los fundamentos procesales y constitucionales que legitiman la autoridad de la decisión judicial.

³³⁹ Joshua A Kroll, Joanna Huey, Solon Barocas, Edward W Felten, Joel R Reidenberg, David G Robinson y Harlan Yu, 'Accountable Algorithms' (2017) 165 *University of Pennsylvania Law Review* 633.

³⁴⁰ *State v Loomis* 2016 WI 68, 881 NW 2d 749 (Supreme Court of Wisconsin).

³⁴¹ El funcionamiento de COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) se basa en un algoritmo de análisis multivariable que procesa 137 indicadores (biográficos y criminales) para asignar una puntuación de riesgo del 1 al 10. Se trata de un sistema opaco cuya lógica interna y ponderación de variables no son públicas, al estar protegidas bajo secreto empresarial por la firma desarrolladora (Equivant), lo que impide que el proceso de cálculo sea auditado o cuestionado en detalle por las partes implicadas.

³⁴² El Tribunal Supremo de Wisconsin avaló el uso de COMPAS supeditándolo a que se advierta formalmente al juzgador sobre: 1) su opacidad derivada del secreto empresarial; 2) su naturaleza de predicción estadística grupal y no certeza individual; 3) el riesgo de sesgos raciales detectados en estudios; 4) la ausencia de validación local específica; y 5) que su fin original no es la determinación de la pena.

³⁴³ *State v Loomis* (2017) 130 *Harvard Law Review* 1530.

3.3 Externalización Moral y Desplazamiento de Responsabilidad

El dilema del *moral outsourcing* describe la tendencia del decisor humano a trasladar su juicio y responsabilidad al sistema de IA, tratando sus recomendaciones como decisiones objetivas. El riesgo no está en el apoyo informativo, sino en el uso de la IA como escudo para eludir la responsabilidad, de modo que, ante un resultado lesivo, la decisión se atribuya al algoritmo y no al decisor humano³⁴⁴.

La externalización moral puede operar de forma sutil. No exige que el decisor afirme expresamente que decidió lo que le indicó la herramienta. Basta con que, en la práctica, el *output* se convierta en un punto de partida dominante que rara vez se cuestiona, sobre todo cuando coincide con el *black box issue* y el modelo es incomprensible o inaccesible. En ese escenario, la IA deja de ser un apoyo informativo y se convierte en una autoridad de hecho. Orienta la decisión sin que resulte claro quién responde por sus criterios, sus sesgos o sus errores.

Adicionalmente, este fenómeno se inserta en una dinámica más amplia de dilución de la responsabilidad cuando intervienen sistemas IA. Ante la producción de un daño o un resultado lesivo, la atribución de culpa tiende a fragmentarse entre múltiples actores (organización, desarrolladores, proveedor tecnológico o incluso el propio sistema) generando un escenario de responsabilidad difusa. Esta dispersión favorece narrativas exculpatorias que operan como coartada práctica y desplazan el foco desde la decisión humana hacia la herramienta tecnológica. Tal lógica resulta incompatible con un modelo de Justicia asentado en decisiones motivadas, atribuibles y sometidas a control³⁴⁵.

Es por ello que, desde la perspectiva de garantía de los derechos fundamentales y la tutela judicial efectiva, no resulta suficiente exigir explicaciones *ex post* de sistemas estructuralmente opacos. Es necesario priorizar el uso de herramientas y arquitecturas que sean auditables y verificables y, cuando la naturaleza del contexto lo exija, intrínsecamente interpretables. El objetivo último es preservar lo esencial; que la decisión pública continúe siendo atribuible a un decisor humano identificable, sometido a control y plenamente responsable de sus consecuencias,

3.4 Fossilización Doctrinal

La fossilización es un riesgo estructural asociado al empleo de sistemas de IA entrenados con jurisprudencia y doctrina pasadas. Al basarse en patrones históricos, el modelo tiende a reproducir regularidades consolidadas y a proponer soluciones

³⁴⁴ Erik Nordenhaug y Jack Simmons, 'The Outsourcing of Ethical Thinking' (2018) 24(2) *Journal of Human Values*; Mohammed Zeinu Hassen, 'The risk of moral outsourcing, why artificial intelligence cannot and should not make our ethical decisions' (2025) 4 *EthAIca*.

³⁴⁵ Yulia W Sullivan y Samuel Fosso Wamba, 'Moral Judgments in the Age of Artificial Intelligence' (2022) 178 *Journal of Business Ethics*.

coherentes con el corpus sobre el que fue entrenado, privilegiando la continuidad frente a la innovación interpretativa³⁴⁶. Cuando estas herramientas se integran de forma sistemática en los flujos de trabajo judiciales el riesgo se intensifica; ya que la reiteración automatizada de determinados esquemas argumentativos puede cristalizar en la consolidación de líneas doctrinales dominantes, reduciendo el margen para la evolución jurisprudencial y reforzando inercias ya existentes en el sistema³⁴⁷.

Los sistemas de predicción de resultados judiciales ilustran bien esta dinámica. Estos sistemas se entrenan sobre amplios conjuntos de resoluciones anteriores y aprenden correlaciones entre determinados hechos, variables procesales o perfiles de litigantes y el fallo finalmente adoptado. Su lógica es, por definición, retrospectiva: el pasado opera como patrón de referencia para anticipar el futuro³⁴⁸.

Si esta dinámica se proyectara de forma generalizada sobre la Justicia, las decisiones futuras podrían comenzar a alinearse con las tendencias históricas no tanto por una convicción jurídica autónoma, fruto de la deliberación interpretativa, sino por la inercia estadística del precedente cuantificado. El riesgo no reside en que el juez siga el precedente, elemento presente en la propia naturaleza del sistema jurídico, sino en que esa adhesión venga condicionada por la predicción probabilística de un sistema de IA que, al operar sobre regularidades históricas, penalice estadísticamente cualquier desviación y sugiera que toda innovación respecto de la doctrina consolidada es, por definición, errónea o improbable.

En ese escenario, el aprendizaje basado en corpus pretéritos no solo aproximaría el futuro al pasado, sino que podría cristalizarlo, estabilizando artificialmente determinadas líneas doctrinales y reduciendo la permeabilidad del Derecho a cambios sociales, nuevas corrientes constitucionales o reinterpretaciones normativas necesarias en contextos sociales y económicos dinámicos.

Para mitigar este efecto de fosilización, la investigación reciente apunta al uso de estrategias de adaptación temporal, aprendizaje continuo y un control más estricto de fuentes y procesos de actualización, junto con mecanismos de trazabilidad y supervisión humana orientados a detectar deriva doctrinal y cambios normativos³⁴⁹. Si se pretende

³⁴⁶ David Uriel Socol De La Osa and Nydia Remolina León, 'Artificial Intelligence at the Bench, Legal and Ethical Challenges of Informing or Misinforming Judicial Decision Making through Generative AI' (2024) 6 Data and Policy 1.

³⁴⁷ Henrique Marcos, 'Can Large Language Models Apply the Law?' (2024) AI and Society.

³⁴⁸ Ilias Chalkidis, Ion Androutsopoulos and Nikolaos Aletras, 'Neural Legal Judgment Prediction in English' in Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics (ACL 2019).

³⁴⁹ Fatemeh Dehghani and others, 'Large Language Models in Legal Systems, A Survey' (2025); T Santosh and others, 'LexTempus, Enhancing Temporal Generalizability of Legal Language Models Through Dynamic Mixture of Experts' in Proceedings of the 63rd Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics (ACL 2025).

que la IA asista sin congelar la creatividad jurisprudencial, su diseño debe facilitar la convivencia con el cambio jurídico y evitar la reproducción mecánica de su historia³⁵⁰.

4. MARCO REGULATORIO COMPARATIVO

En esta sección se analiza el marco jurídico vigente en España que regula los usos de la IA en la Justicia, caracterizado por un enfoque garantista orientado a la protección de los derechos fundamentales y a la preservación de los principios estructurales del Estado de Derecho. Este modelo se contrastará con el de la República Popular China (RPC), jurisdicción en la que la adopción de sistemas de IA en el ámbito judicial ha sido más ambiciosa en términos de despliegue y menos restrictiva desde el punto de vista regulatorio.

A efectos comparativos, el análisis se centrará en un caso de uso especialmente sensible: la generación o asistencia en la elaboración de documentos resolutorios; al tratarse de un ámbito de alta intensidad jurídica, en el que la integración de la IA incide directamente en la función jurisdiccional y en los derechos fundamentales.

4.1 España

La incorporación de sistemas IA en la Administración de Justicia española se inserta en un marco regulatorio multinivel que combina fuentes europeas y nacionales. En el plano supranacional, el *AI Act*³⁵¹ establece el régimen general aplicable a los sistemas de IA, incluyendo obligaciones específicas cuando su uso pueda afectar a derechos fundamentales. En el ámbito interno, el Real Decreto-ley 6/2023 (RDL 6/2023)³⁵² introduce medidas de modernización y digitalización del servicio público de Justicia, mientras que la política tecnológica del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (CTEAJE)³⁵³ y la Instrucción 2/2026 del CGPJ³⁵⁴ concretan directrices técnicas y criterios de gobernanza para su implementación.

De conformidad con el *AI Act*, los sistemas de IA empleados por una autoridad judicial, o en su nombre, para apoyar la aplicación del Derecho a hechos concretos se califican, por razón de su finalidad, como sistemas de alto riesgo³⁵⁵. En esta categoría se

³⁵⁰ Frank Fagan, 'A View of How Language Models Will Transform Law' (2024) arXiv:2405.07826.

³⁵¹ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

³⁵² Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, BOE núm 303, 20 diciembre 2023.

³⁵³ Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (CTEAJE), *Política de uso de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia* (versión 1.0, aprobada 21 junio 2024).

³⁵⁴ Acuerdo de 28 de enero de 2026, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba la Instrucción 2/2026, sobre la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, BOE-A-2026-2205.

³⁵⁵ *AI Act*, Anexo III, punto 8 (a).

encuadran, con carácter general, las soluciones analizadas en el apartado 2.1.1, incluidos los asistentes automatizados, el proyecto AI4Justice y el sistema RisCanvi, en la medida en que inciden en procesos decisorios con potencial impacto sobre derechos fundamentales y garantías procesales³⁵⁶.

La razón de esta calificación radica en que sus posibles sesgos, errores u opacidades pueden generar impactos relevantes sobre la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial³⁵⁷. En consecuencia, su uso está permitido pero sujeto a garantías reforzadas, en particular en materia de transparencia e información al usuario, supervisión humana efectiva, y requisitos de calidad, gobernanza y robustez del sistema³⁵⁸.

En el plano interno, tanto el RDL 6/2023 como la Instrucción 2/2026 del CGPJ permiten el uso de estas herramientas como instrumentos de apoyo a la actividad jurisdiccional, siempre bajo el principio de que la decisión corresponde exclusivamente al órgano judicial³⁵⁹, la adopción de decisiones definitivas debe seguir siendo una actividad humana. En ningún caso el documento generado por el sistema puede constituir por sí mismo una resolución judicial o procesal válida. Se exige, por tanto, una revisión personal, íntegra y crítica por parte del juez o magistrado, quien asume la responsabilidad última tanto del empleo de la herramienta como del contenido de la resolución dictada. Esta exigencia se encuentra, además, en plena consonancia con el considerando 61 del *AI Act*, conforme al cual la utilización de sistemas de IA puede asistir el proceso decisorio y reforzar la eficiencia judicial, pero no sustituir la función jurisdiccional. A tal efecto, el sistema debe configurarse de modo que el borrador sea plenamente editable y permita su corrección o sustitución total por el órgano judicial³⁶⁰.

Adicionalmente, en la medida en que estas herramientas inciden en el ejercicio de la función jurisdiccional y, por tanto, pueden afectar a la independencia judicial, su puesta

³⁵⁶ En relación con el sistema RisCanvi, conviene precisar que, aunque no genera una resolución judicial, su eventual encaje como sistema de alto riesgo en este contexto puede apoyarse en el considerando 59 del *AI Act*, que incluye expresamente entre los sistemas de alto riesgo aquellos destinados a ser utilizados por autoridades garantes del cumplimiento del Derecho, o en su nombre, para evaluar el riesgo de que una persona física cometa un delito o reincida.

³⁵⁷ *AI Act*, considerando 61.

³⁵⁸ En concreto, los requisitos aplicables a estos sistemas se recogen en la sección 2 del capítulo III del *AI Act*. A título enunciativo, incluyen la obligación de establecer, implantar, documentar y mantener un sistema de gestión de riesgos (art. 9), disponer de políticas y procesos de gobernanza de datos que garanticen que los datos de entrenamiento, validación y prueba sean pertinentes, de calidad, completos y suficientemente representativos (art. 10), elaborar la documentación técnica correspondiente (art. 11), asegurar la conservación de registros y la trazabilidad del sistema (art. 12), cumplir obligaciones de transparencia e información al usuario (art. 13), garantizar la supervisión humana efectiva (art. 14) y asegurar niveles adecuados de precisión, solidez y ciberseguridad (art. 15).

³⁵⁹ En concreto, el Real Decreto ley 6/2023 encuadra estas herramientas dentro de las actuaciones asistidas. En este sentido, el artículo 57.1 dispone lo siguiente: «Se considera actuación asistida aquella para la que el sistema de información de la Administración de Justicia genera un borrador total o parcial de documento complejo basado en datos, que puede ser producido por algoritmos, y puede constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal».

³⁶⁰ Real Decreto ley 6/2023, art. 57(2) y 57(3); Instrucción 2/2026, ordinal séptimo, apartados 2 a 4.

a disposición de jueces y magistrados debe canalizarse a través de las administraciones competentes en materia de justicia o del CGPJ³⁶¹. Asimismo, corresponde al CGPJ, conforme a la LOPJ, ejercer funciones de control de calidad y auditoría sobre su utilización. En este marco, la supervisión de su funcionamiento exigirá la recopilación y el análisis de la información generada por los propios sistemas, con el fin de evaluar su desempeño, detectar posibles sesgos, errores o comportamientos no deseados y reforzar la transparencia y la rendición de cuentas en el uso de la IA³⁶².

4.2 China

La RPC constituye uno de los ejemplos más avanzados de integración de la IA en la Justicia, a través del paradigma de los tribunales inteligentes (*zhihui fayuan*, TI)³⁶³. A diferencia del modelo europeo, basado en una regulación horizontal por niveles de riesgo, la gobernanza china se articula principalmente mediante documentos de política judicial y directrices del Tribunal Popular Supremo (TPS) complementadas por normativa transversal.

La constitución del TI se enmarca en una estrategia estatal de modernización tecnológica que concibe la digitalización judicial como instrumento de eficiencia y fortalecimiento de la capacidad de gobernanza. El *Esquema Nacional de Desarrollo de la Informatización* de julio de 2016 incluyó expresamente la creación del TI como objetivo estatal, orientado a elevar el nivel tecnológico de la tramitación, la celebración de vistas, la ejecución y la supervisión judicial³⁶⁴. Posteriormente, en abril de 2017, el TPS adoptó las *Opiniones sobre la Aceleración de la Construcción de un Tribunal Inteligente*, consolidando la implementación del TI dentro del sistema judicial de la RPC³⁶⁵. Adicionalmente, el *Plan de Desarrollo para una Nueva Generación de Inteligencia Artificial* aprobado por el Consejo de Estado el 8 de julio de 2017 reforzó esta orientación al prever el uso de IA en la recopilación y análisis de pruebas, el examen automatizado de documentos jurídicos y la asistencia en la resolución de casos³⁶⁶.

Recientemente, las *Opiniones sobre la Regulación y el Fortalecimiento de la Aplicación de la Inteligencia Artificial en los Campos Judiciales*³⁶⁷ ha sistematizado los principios rectores de los TI. Este documento normativo establece los pilares sobre los cuales debe construirse la justicia digital, enfatizando la integración profunda de la IA en

³⁶¹ Instrucción 2/2026, ordinal quinto.

³⁶² Política del CTEAJE, apartado 1.6.

³⁶³ Changqing Shi, Tania Sourdin y Bin Li, 'The Smart Court, A New Pathway to Justice in China' (2021) 12(1) *International Journal for Court Administration* 4.

³⁶⁴ Oficina General del Consejo de Estado de la República Popular China, 'Esquema de la Estrategia Nacional de Desarrollo de la Informatización' (27 de julio de 2016).

³⁶⁵ Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, 'Opinions of the Supreme People's Court on Accelerating the Construction of Smart Courts' (12 April 2017) (LawInfoChina).

³⁶⁶ Consejo de Estado de la República Popular China, 'Plan de Desarrollo de la Inteligencia Artificial de Nueva Generación' (8 de julio de 2017).

³⁶⁷ Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, 'Opinions on Regulating and Strengthening the Applications of Artificial Intelligence in the Judicial Fields' (8 diciembre 2022).

la adjudicación, ejecución, y en los servicios de litigio y gestión judicial. Al mismo tiempo, se codifica un límite que se aproxima al enfoque europeo; la IA debe operar como apoyo y no puede sustituir al juez en la adopción de decisiones judiciales.

Un ejemplo de los TI y del despliegue de la IA en el sistema judicial de la RPC es el 206 System, desarrollado por el Tribunal Popular Superior de Shanghái en colaboración con la empresa tecnológica *iFLYTEK*. Este sistema funciona como una plataforma integral de asistencia al enjuiciamiento penal e incorpora diversas técnicas de IA para analizar expedientes, estructurar la información relevante, detectar posibles inconsistencias probatorias y comprobar el cumplimiento de los estándares legales de suficiencia y legalidad exigidos por la normativa procesal³⁶⁸.

Durante la celebración de la vista, el sistema permite la transcripción automática de las intervenciones, la identificación de los participantes y la indexación en tiempo real del contenido. Además, mediante el análisis de casos similares y de la normativa aplicable, puede ofrecer orientaciones sobre rangos de pena y generar borradores de resolución que incluyen propuestas de hechos probados y fundamentación jurídica³⁶⁹. Aunque formalmente la decisión final corresponde al juez, el alcance funcional del sistema revela un grado avanzado de integración de la IA en fases sustantivas del proceso penal.

4.3 Síntesis Comparada

El análisis comparado evidencia dos modelos regulatorios claramente diferenciados que, aunque comparten una base técnica similar; la posibilidad de utilizar la IA para asistir en la elaboración de resoluciones y en el análisis jurídico, divergen de manera sustancial en su fundamento, principios rectores y finalidad última.

El modelo español y, por extensión, el europeo, concibe la IA en la Justicia como una tecnología estrictamente auxiliar, subordinada a los principios estructurales del Estado de Derecho. Su despliegue se inserta en un marco normativo horizontal y garantista, que califica estos sistemas como de alto riesgo e impone estrictas obligaciones *ex ante* para su despliegue, orientadas a preservar la independencia judicial, la motivación de las resoluciones y la tutela judicial efectiva. La eficiencia aparece como objetivo legítimo, pero condicionado por la primacía de los derechos fundamentales.

Por el contrario, el modelo chino integra la IA en la Justicia dentro de una estrategia más amplia de modernización y fortalecimiento del aparato estatal. Aunque

³⁶⁸ Nyu Wang y Michael Yuan Tian, “‘Intelligent Justice’ Human Centered Considerations in China’s Legal AI Transformation” (2022) 3(2) AI Ethics 349.

³⁶⁹ Programme on Democracy and Technology, University of Oxford, ‘China’ (Tech and Justice, página de investigación, 12 febrero 2026).

formalmente se mantiene la intervención del juez como decisor último, la arquitectura regulatoria responde a una lógica predominantemente funcional y estratégica. Las normas técnicas se orientan a optimizar la eficacia operativa y la capacidad de gestión del sistema, sin que la protección de derechos fundamentales opere como límite estructural equivalente al del modelo europeo.

En definitiva, mientras el modelo español parte de la pregunta sobre cómo incorporar la IA sin erosionar garantías constitucionales, el modelo chino se centra en cómo maximizar su rendimiento institucional para explotar al máximo sus eficiencias. La diferencia, por tanto, no radica en la herramienta sino en el marco axiológico que condiciona su uso.

5. CONCLUSIÓN

La incorporación de IA en la Justicia no es una hipótesis, sino una dinámica inevitable que parte de las necesidades actuales del sistema. En un contexto de sobrecarga crónica, incremento de la litigiosidad y deterioro de la percepción pública, la IA ofrece una oportunidad real para mejorar la eficiencia, racionalizar recursos y reducir tiempos de tramitación.

Sin embargo, el uso de la IA en la Justicia no constituye una mera actualización tecnológica, sino una transformación estructural que introduce un gran número de posibilidades pero también de riesgos. A lo largo de este estudio se ha evidenciado que los principales riesgos asociados a la IA en la Justicia (alucinaciones, opacidad, externalización moral y fosilización doctrinal) no son meramente técnicos, sino constitucionales. Afectan a la motivación de las resoluciones, al principio de contradicción, a la atribución de responsabilidad, a la igualdad ante la ley y, en última instancia, a la legitimidad misma de la decisión judicial.

El análisis comparado muestra que la diferencia no radica en la herramienta, sino en el marco axiológico y regulatorio que condiciona su uso. En las jurisdicciones donde la IA se concibe como instrumento subordinado al Estado de Derecho, su despliegue queda condicionado por garantías *ex ante*, supervisión humana efectiva y límites estructurales claros. Donde predomina una lógica de optimización institucional, la tecnología se integra con mayor intensidad funcional, aunque con un equilibrio menor entre eficiencia y derechos.

De cara al futuro, la cuestión no es si la IA debe formar parte del ecosistema judicial, sino bajo qué condiciones y modelo de gobernanza.

En relación con las funciones de apoyo administrativo y actividades accesorias, el margen de despliegue es amplio, y resulta razonable un enfoque ambicioso. En estos usos,

la IA puede aportar ganancias netas de eficiencia sin comprometer de forma directa la esencia de la función jurisdiccional ni los derechos de los ciudadanos.

En cambio, cuando la IA se proyecta sobre tareas vinculadas a la aplicación del Derecho al caso, la lógica debe ser distinta. Requiere un acto de ponderación institucional entre eficiencia y derechos fundamentales, que determine qué tareas son delegables, en qué condiciones, con qué límites y con qué garantías. La regla de cierre debe ser clara, la IA puede asistir, pero no sustituir. El juez ha de conservar la autoría efectiva de la decisión, la revisión crítica del *output* y la responsabilidad plena por el resultado, y el sistema debe estar diseñado para facilitar esa intervención, no para erosionarla.

La legitimidad de la Justicia en nuestro Estado Democrático de Derecho depende de que la modernización tecnológica no invierta la jerarquía de valores. La IA puede y debe desplegarse, pero bajo garantías reforzadas de transparencia, control humano efectivo, auditabilidad, rendición de cuentas y protección de derechos, preservando la igualdad y la tutela judicial efectiva como límites irrenunciables.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes normativas

1. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado 4 noviembre 1950, entrada en vigor 3 septiembre 1953) art 6
2. Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos [2016] OJ L 119/89
3. Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, BOE núm 303, 20 diciembre 2023
4. 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 (Reglamento general de protección de datos) [2016] OJ L 119/1

Jurisprudencia

1. ATSJ Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1), Auto 2/2024, de 4 de septiembre de 2024 (rec 17/2024) ECLI ES TSJNA 2024 38A (Cendoj 31201310012024200006)
2. *Mata v Avianca, Inc* 678 F Supp 3d 443 (SDNY 2023)
3. *State v Loomis* 2016 WI 68, 881 NW 2d 749 (Supreme Court of Wisconsin)
4. Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia 125/2022, de 10 de octubre de 2022 (recurso de amparo 8133-2021), BOE núm 277, de 18 de noviembre de 2022
5. Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia 135/2024, de 4 de noviembre de 2024 (recurso de amparo 2833-2023), BOE núm 294, de 6 de diciembre de 2024

Documentos institucionales y administrativos

1. Acuerdo de 28 de enero de 2026, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba la Instrucción 2/2026, sobre la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, BOE-A-2026-2205
2. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Bias in Algorithms, Artificial Intelligence and Discrimination* (Publications Office of the European Union 2022)
3. Comisión Europea, *Commission Staff Working Document, 2025 Rule of Law Report, Country Chapter on the Rule of Law Situation in Spain* (SWD(2025) 909 final, 8 julio 2025)
4. Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment* (Consejo de Europa 2018)

5. Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), *European Judicial Systems, CEPEJ Evaluation Report, 2024 Evaluation Cycle (2022 Data)* (Consejo de Europa 2024)
6. Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica (CTEAJE), *Política de uso de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia* (versión 1.0, aprobada 21 junio 2024)
7. Consejo de Estado de la República Popular China, ‘Plan de Desarrollo de la Inteligencia Artificial de Nueva Generación’ (8 de julio de 2017)
8. Consejo General de la Abogacía Española, ‘El número de asuntos resueltos en los órganos judiciales aumenta un 4% en el segundo trimestre de 2025’ (20 octubre 2025)
9. Consejo General de la Abogacía Española e Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, *Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial y Abogacía* (2026)
10. Consejo General de Procuradores de España, ‘España, a la cola en tiempo medio de ejecución de sentencias’ (CGPE, 2 febrero 2022)
11. Consejo General del Poder Judicial, ‘El CGPJ considera necesario el ingreso de 350 nuevos jueces al año hasta 2033 para cubrir las vacantes por fallecimiento, jubilación y renuncia que se produzcan’ (11 julio 2024)
12. Consejo General del Poder Judicial, ‘El CGPJ pone a disposición de la Carrera Judicial nuevas herramientas de Inteligencia Artificial’ (7 noviembre 2025)
13. Consejo General del Poder Judicial, ‘El TSJ de Canarias acuerda investigar si un abogado citó sentencias inexistentes sugeridas por IA’ (5 enero 2026)
14. Consejo General del Poder Judicial, ‘Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales’ (CGPJ, datos de 2023)
15. Consejo General del Poder Judicial, ‘Los españoles, satisfechos con el trato correcto e imparcial recibido de la Justicia, a la que consideran independiente y competente’ (6 febrero 2023)
16. European Commission, *Glossary of Human-Centric Artificial Intelligence* (JRC Science for Policy Report, 2022, JRC129614, Publications Office of the European Union)
17. Fagan F, ‘A View of How Language Models Will Transform Law’ (2024) arXiv 2405.07826
18. Fon V, Parisi F and Depoorter B, ‘Litigation, Judicial Path Dependence, and Legal Change’ (2005) 20(1) *European Journal of Law and Economics* 43
19. Generalitat de Catalunya, ‘Catalunya impulsa els governs locals intel·ligents amb un acord estratègic en l’ús de les dades i la IA per millorar els serveis públics’ *Govern.cat* (12 marzo 2025)
20. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Drets i Memòria, *Informe Tiresias, auditoria de l’algorisme RisCanvi* (9 enero 2024)
21. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Qualitat Democràtica, ‘Protocol de valoració del risc (RisCanvi)’ (Generalitat de Catalunya)
22. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, ‘ADIA, Asistente de Documentos con IA’ (Servicio Público de Justicia)
23. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia, ‘Innovación en Justicia, Inteligencia Artificial y RPA’ (II Congreso de Inteligencia Artificial, Derecho y Empresa, 22 mayo 2025)

24. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, ‘Implementación de la Inteligencia Artificial en LexNET’ (Servicio Público de Justicia)
25. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, ‘Justicia 2030’ (Servicio Público de Justicia)
26. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, ‘Soluciones, textualización de grabaciones’ (Servicio Público de Justicia)
27. OCDE, ‘Trust and democracy’ (30 enero 2026)
28. Oficina General del Consejo de Estado de la República Popular China, ‘Esquema de la Estrategia Nacional de Desarrollo de la Informatización’ (27 de julio de 2016)
29. Tribunal Constitucional, ‘Nota informativa núm 90/2024. La Sala Primera del TC, por unanimidad, sanciona a un abogado por la falta del debido respeto al Tribunal, al incluir reiteradas citas de doctrina entrecomilladas como si fueran reales cuando en realidad no existían’ (19 septiembre 2024)
30. Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, ‘Opinions of the Supreme People’s Court on Accelerating the Construction of Smart Courts’ (12 abril 2017) (LawInfoChina)
31. Tribunal Popular Supremo de la República Popular China, ‘Opinions on Regulating and Strengthening the Applications of Artificial Intelligence in the Judicial Fields’ (8 diciembre 2022)

Artículos académicos

1. Attinger O, ‘Harvey signs up \$7bn Latham in major AI win’ *Non Billable* (11 agosto 2025)
2. Berbell C, ‘La Inteligencia Artificial llega a los juzgados, así ayuda el CENDOJ a los jueces españoles’ *Conflegal* (16 octubre 2025)
3. Chalkidis I, Androutsopoulos I and Aletras N, ‘Neural Legal Judgment Prediction in English’ in *Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics* (ACL 2019)
4. Dantart A, ‘Inteligencia Artificial jurídica y el desafío de la veracidad, análisis de alucinaciones, optimización de RAG y principios para una integración responsable’ (arXiv 2025)
5. Dehghani F and others, ‘Large Language Models in Legal Systems, A Survey’ (2025)
6. Hassen MZ, ‘The risk of moral outsourcing, why artificial intelligence cannot and should not make our ethical decisions’ (2025) 4 *EthAIca*
7. Kroll JA, Huey J, Barocas S, Felten EW, Reidenberg JR, Robinson DG and Yu H, ‘Accountable Algorithms’ (2017) 165 *University of Pennsylvania Law Review* 633
8. Krygier M, ‘The Rule of Law and State Legitimacy’ en May C and Winchester A (eds), *Handbook on the Rule of Law* (Edward Elgar Publishing 2019)
9. LexisNexis Legal and Professional, *2024 Investing in Legal Innovation Survey, The Rise of GenAI at Top Firms and Corporations, Full Survey Results* (LexisNexis 2024)
10. Marcos H, ‘Can Large Language Models Apply the Law?’ (2024) *AI and Society*
11. Magesh V and others, ‘Hallucination Free? Assessing the Reliability of Leading AI Legal Research Tools’ (2025) *Journal of Empirical Legal Studies*
12. Nordenhaug E and Simmons J, ‘The Outsourcing of Ethical Thinking’ (2018) 24(2) *Journal of Human Values*

13. Nyu Wang and Tian MY, “‘Intelligent Justice’ Human-Centered Considerations in China’s Legal AI Transformation’ (2022) 3(2) *AI Ethics* 349
14. OpenAI, ‘Why language models hallucinate’ (2025)
15. Paiva G, ‘Antas da Cunha Ecija adopts Harvey and accelerates AI strategy’ *Iberian Lawyer* (4 febrero 2026)
16. Parasuraman R and Manzey DH, ‘Complacency and Bias in Human Use of Automation, An Attentional Integration’ (2010) 52(3) *Human Factors* 381
17. Pasquale F, *The Black Box Society, The Secret Algorithms That Control Money and Information* (Harvard University Press 2015)
18. Programme on Democracy and Technology, University of Oxford, ‘China’ *Tech and Justice* (12 febrero 2026)
19. Socol De La Osa DU and Remolina León N, ‘Artificial Intelligence at the Bench, Legal and Ethical Challenges of Informing or Misinforming Judicial Decision Making through Generative AI’ (2024) 6 *Data and Policy* 1
20. Santosh T and others, ‘LexTempus, Enhancing Temporal Generalizability of Legal Language Models Through Dynamic Mixture of Experts’ in *Proceedings of the 63rd Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics* (ACL 2025)
21. Serrato F, ‘El atasco de la Justicia se dispara un 30% con 4,1 millones de asuntos pendientes a final de año’ *The Objective* (24 diciembre 2023)
22. Shahbazi N, Lin Y, Asudeh A and Jagadish HV, ‘Representation Bias in Data, A Survey on Identification and Resolution Techniques’ (2023) 55(13s) *ACM Computing Surveys*
23. Shi C, Sourdin T and Li B, ‘The Smart Court, A New Pathway to Justice in China’ (2021) 12(1) *International Journal for Court Administration* 4
24. ‘*State v Loomis*’ (2017) 130 *Harvard Law Review* 1530
25. Sullivan YW and Wamba SF, ‘Moral Judgments in the Age of Artificial Intelligence’ (2022) 178 *Journal of Business Ethics*
26. Tom R Tyler and Jonathan Jackson, ‘Popular Legitimacy and the Exercise of Legal Authority, Motivating Compliance, Cooperation and Engagement’ (2013) 19(1) *Psychology, Public Policy, and Law* 78.
27. Vasudevarao A, ‘The Dangers of AI in the Courtroom’ *The Regulatory Review* (10 julio 2025)
28. Veal C, Raper M and Waters P, ‘The Perils of Feedback Loops in Machine Learning, Predictive Policing’ (Gilbert and Tobin, 20 febrero 2023)
29. Williams RC, ‘Jurisdiction as Power’ (2022) 89(7) *The University of Chicago Law Review* 1720.

Prensa y medios especializados

1. 3Cat, ‘Pot la IA agilitzar la justícia? Una nova eina redacta sentències senzilles en 20 minuts’ *3Cat Info* (12 marzo 2025)
2. Asociación asLAN, *IA en la Administración de Justicia Española* (presentación, Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia, febrero 2024)
3. Clifford Chance, ‘Clifford Chance expands use of generative AI with deployment of Copilot for Microsoft 365 and Viva Suite for its global workforce’ *Noticias* (28 febrero 2024)

4. Cuatrecasas, ‘Cuatrecasas sella una alianza estratégica con Harvey para implantar la IA generativa’ *Noticias* (26 septiembre 2023)
5. Deloitte, ‘Public sector leaders foresee big impact from generative AI’ *Deloitte Insights* (11 abril 2024)
6. *Encyclopaedia Britannica*, ‘Code of Hammurabi’ (30 enero 2026)
7. Europa Press Nacional, ‘La Justicia cerró el segundo trimestre con un 14,2% más de asuntos pendientes y resolvió un 20,4% más’ *Europa Press* (14 octubre 2024)
8. Garrigues, ‘Garrigues and Microsoft sign a strategic partnership agreement to drive innovation and the use of AI’ *Noticias* (21 mayo 2024)
9. InnoBuyer, ‘AI4Justice, AI-Driven Innovation in Judicial Efficiency’ *InnoBuyer* (22 noviembre 2024)
10. Laura Saiz, ‘El sector legal pone la IA en el centro para mejorar rentabilidad y procesos’ *Expansión Jurídico* (23 diciembre 2025)
11. Moreno V, ‘Garrigues, el primer bufete con un modelo de IA generativa propio’ *Expansión Jurídico* (12 febrero 2024)
12. Navarro I, ‘El colapso de los tribunales se cronifica con un 17% más de asuntos pendientes de resolución en 2023’ *La Razón* (18 marzo 2024)
13. Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2024* (11 febrero 2025)

