

Normas de diligencia debida: implementación para luchar contra la trata de seres humanos

DUE DILIGENCE NORMS: APPLICATION IN THE
FIGHT AGAINST HUMAN TRAFFICKING

Salomé Lannier

University of Luxembourg
salome.lannier@uni.lu

Resumen: Se aboga crecientemente por la utilidad de la debida diligencia empresarial para prevenir la trata de seres humanos. Este artículo estudia la aplicabilidad e implementación de estas normas con dicho objetivo, incluyendo normas internacionales no vinculantes de las Naciones Unidas, de la OCDE y de la OIT, y normas vinculantes nacionales de California, Reino Unido, España y Francia, así como el marco de la UE. Se cuestiona la adecuación de dichos marcos para prevenir la trata a través del estudio de su ámbito material, de las empresas obligadas por los textos, del contenido de sus obligaciones y de las sanciones.

Abstract: The usefulness of corporate due diligence to prevent human trafficking is increasingly advocated. This article examines the applicability and implementation of these norms for this purpose, including non-binding international standards of the United Nations, OECD and ILO, and binding national norms from California, the United Kingdom, Spain and France, as well as the EU framework. The adequacy of these norms to prevent trafficking is questioned through the study of their material scope, the companies bound by the texts, the content of their obligations and the sanctions.

Palabras claves: trata de seres humanos; debida diligencia; *Transparency in Supply Chains Act*; *Modern Slavery Act*; debida diligencia penal; deber de vigilancia; sostenibilidad empresarial

Keywords: human trafficking; due diligence; *Transparency in Supply Chains Act*; *Modern Slavery Act*; criminal compliance; duty of vigilance; corporate sustainability

I. Introducción

La trata de seres humanos es un delito criminalizado a nivel internacional por el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2000, Protocolo de Palermo). Este texto fue desarrollado por el Consejo de Europa con el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005, Convenio de Varsovia); y por la Unión Europea (UE), cuyo marco radica principalmente en la

Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Partiendo de las definiciones supranacionales, la trata se define por tres elementos. En primer lugar, la trata consiste en una acción, como los hechos de captar, transportar, trasladar, y acoger a las víctimas. En segundo lugar, estas acciones se realizan con determinados medios que llegan a anular el consentimiento de las personas, por ejemplo, el empleo de la violencia, la intimidación o el engaño. En tercer lugar, estas acciones y estos medios tienen una finalidad específica, la explotación de las víctimas. En la UE, dicha explotación incluye:

«como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos»¹.

Hoy en día, numerosas empresas tienen un rol en dicha explotación final y en el proceso anterior de trata. Este rol puede materializarse de maneras muy diversas. Rodríguez-López distingue tres formas de involucramiento de las empresas en el proceso de trata:

«La primera comprende los casos más obvios, que se producen cuando las empresas captan directa y voluntariamente a las víctimas [...] y obtienen beneficios de [su] explotación [...] La segunda categoría incluye los casos de empresas que contratan a trabajadores víctimas de la trata suministrados por terceros [...] La tercera categoría abarca la participación de las empresas en la trata de seres humanos cuando sus productos, servicios o instalaciones se utilizan en el proceso de trata»².

Sin embargo, los textos supranacionales de lucha contra la trata casi no tienen en cuenta el rol de las empresas³. El Protocolo de Palermo solamente prevé la cooperación con transportistas comerciales a través del control de los documentos de identidad⁴. El Convenio de Varsovia incluye una medida similar⁵ y menciona el papel de los medios de comunicación en la prevención del delito⁶. La Directiva 2011/36/UE no menciona explícitamente la cooperación con el sector empresarial. Por el contrario, los tres textos contemplan la responsabilidad jurídica de las empresas⁷: los Estados deben prever sanciones, penales o civiles, cuando dichas empresas son autoras de un delito de trata. La doctrina ha criticado esta medida por su falta

1 Artículo 2.3 de la Directiva 2011/36/UE.

2 RODRÍGUEZ-LÓPEZ, S., «Criminal Liability of Legal Persons for Human Trafficking Offences in International and European Law», en *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, vol. 1, núm. 1, 2017, págs. 98-99.

3 Por el contrario, se contempla de manera más detallada la cooperación con las organizaciones no gubernamentales de asistencia a las víctimas para su protección y la prevención del delito: artículos 6.3, 9.3 y 10.2 del Protocolo de Palermo; artículo 35 del Convenio de Varsovia; artículos 11.4, 18.2 y 19 de la Directiva 2011/36/UE.

4 Artículo 11 del Protocolo de Palermo.

5 Artículo 7.3 del Convenio de Varsovia.

6 Artículo 11.3 del Convenio de Varsovia.

7 Artículo 1 del Protocolo de Palermo en relación con el artículo 10 del Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; artículo 22 del Convenio de Varsovia; artículos 5 y 6 de la directiva 2011/36/UE.

de adecuación con el objetivo de protección de las víctimas⁸ y la falta de condena de empresas⁹. En efecto, son muy pocas las condenas de empresas por trata. En España, no se recoge ninguna condena de empresa por trata de seres humanos en los últimos años¹⁰; y tampoco en Francia¹¹. En Reino Unido, solamente se recoge un caso en el cual una empresa fue condenada a compensar a tres empleados por la explotación laboral que habían sufrido, resultado de un proceso de trata¹². En 2021, en Estados Unidos se abrió una sola investigación penal en contra de una empresa, frente a 83 procesos civiles¹³. Desde la adopción en 2000 del *Victims of Trafficking and Violence Protection Act*, solamente se condenó a dos personas jurídicas¹⁴.

En consecuencia, fuera de los textos legales, organizaciones internacionales¹⁵ y la doctrina¹⁶ llamaron al desarrollo de las normas de debida diligencia de las empresas, en particular obligaciones de transparencia¹⁷, como herramienta para la prevención de la trata y de la

- 8 PLANITZER, J., KATONA, N., «Criminal Liability of Corporations for Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation», en *Global Policy*, vol. 8, núm. 4, 2017, pág. 506; SCHUMANN, S., «Corporate Criminal Liability on Human Trafficking», en *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, obra colectiva, coordinadores John Winterdyk, Jackie Jones, Springer International Publishing, 2020, pág. 1662.
- 9 PLANITZER, J., KATONA, N., «Criminal Liability of Corporations for Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation», op. cit., pág. 506; TODRES, J., «The Private Sector's Pivotal Role in Combating Human Trafficking», en *California Law Review Circuit*, vol. 3, 2012, pág. 91.
- 10 CENTRO DE INTELIGENCIA CONTRA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO, «Trata y explotación de seres humanos en España Balance estadístico 2018-2022», Secretaría de Estado de seguridad, Ministerio del Interior, 2023; GRETA, «Evaluation Report - Spain - Third evaluation round - Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings», Consejo de Europa, de 12 de junio 2023, párrafo 114. El Grupo de Expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA) del Consejo de Europa evalúa las políticas y acciones de lucha contra la trata de los Estados miembros del Convenio de Varsovia (artículo 36).
- 11 GRETA, «Evaluation Report —France— Third evaluation round - Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings», Consejo de Europa, de 18 de febrero 2022, párrafo 107.
- 12 GRETA, «Evaluation Report —United Kingdom— Third evaluation round - Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings», Consejo de Europa, de 20 de octubre 2021, párrafo 156.
- 13 LANE, L. Y OTROS, «2021 Federal Human Trafficking Report», Human Trafficking Institute, 2022, págs. 20-21.
- 14 *Ibid.*, pág. 89.
- 15 COMMITTEE OF MINISTERS, «Recommendation CM/Rec(2022)21 to member States on preventing and combating trafficking in human beings for the purpose of labour exploitation», Consejo de Europa, de 27 de septiembre 2022, pág. 11; GRETA, «Spain - Third evaluation round», op. cit., párr. 165; OIT Y OTROS, *Ending child labour, forced labour and human trafficking in global supply chains*, 8.7 Alliance, 2019.
- 16 ROJO TORRECILLA, E., «Nueva esclavitud y trabajo forzoso. Un intento de delimitación conceptual desde la perspectiva laboral», en *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, obra colectiva, coordinador Esteban Pérez Alonso, Tirant lo Blanch, Homenajes y congresos, 2017, pág. 728.
- 17 MARTELL, C., «Customer Transparency Can Dampen the Growing Human Trafficking Problem», en *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law*, vol. 14, núm. 1, 2021; YAGCI SOKAT, K., «Addressing forced labor in supply chains in California», en *Transportation Research Interdisciplinary Perspectives*, vol. 16, 2022, pág. 8.

explotación posterior. Por ejemplo, las Naciones Unidas reconocen que la debida diligencia puede apoyar a la estrategia mundial de lucha contra la trata, las 4P (prevención, protección, prosecución y partnership)¹⁸. De manera similar, la estrategia de lucha contra la trata para 2021-2025 de la UE reconoce la importancia de la transparencia y de la debida diligencia en cadenas de valor para prevenir la trata¹⁹. Dicho interés por la debida diligencia empresarial se acopla con los marcos normativos actuales. El marco tradicional de lucha contra la trata no desarrolla normas de prevención. El derecho laboral se enfrenta a una armonización restringida a nivel supranacional. En la implementación de ambos marcos, los Estados quedan limitados a sus fronteras territoriales. Por el contrario, la aplicación de normas de debida diligencia para prevenir la trata se acopla con la tendencia general de moralización de las empresas: deben prevenir los riesgos que producen por su mismísima actividad²⁰. Así, Ezell enumera:

«tres medidas afirmativas que debe adoptar una empresa [...] a fin de reducir al mínimo los riesgos de [...] trata de seres humanos: (1) aplicación de sistemas de vigilancia, (2) desarrollo de una resolución o comité de trata de seres humanos preparado para tomar medidas coercitivas cuando tenga conocimiento de violaciones, y (3) divulgación adecuada de los riesgos»²¹.

Las normas de debida diligencia empresarial, en particular a través sistemas de cumplimiento (*compliance*), tienen por objetivo regular iniciativas voluntarias agrupadas bajo el concepto de la responsabilidad social de las empresas²². Así, la ley reconoce sus «deberes

18 SECRETARY-GENERAL, «Report. Improving the coordination of efforts against trafficking in persons», Crime prevention and criminal justice, Naciones Unidas, de 28 de junio 2021, párrafos 26, 40, A/76/120.

19 EUROPEAN COMMISSION, «Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Strategy on Combating Trafficking in Human Beings 2021-2025», UE, de 14 de abril 2021, págs. 7-8, COM(2021) 171 final.

20 CLAPHAM, A., *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford University Press, 2006.

21 EZELL, L., «Human Trafficking in Multinational Supply Chains: A Corporate Director's Fiduciary Duty to Monitor and Eliminate Human Trafficking Violations», en *Vanderbilt Law Review*, vol. 69, núm. 2, 2016, pág. 540. Nolan enumera tres medidas similares pero diferentes: «(1) incorporar orientaciones claras y detalladas sobre los requisitos de divulgación y diligencia debida; (2) exigir la colaboración con partes interesadas externas; y (3) prever mecanismos de cumplimiento para acoplar la transparencia y la diligencia debida con la rendición de cuentas», NOLAN, J., «Hardening Soft Law: Are the emerging corporate social disclosure and due diligence laws capable of generating substantive compliance with human rights norms?», en *Revista de Direito Internacional*, vol. 15, núm. 2, 2018, pág. 74.

22 Se puede definir como «el compromiso que tienen las corporaciones y empresas para contribuir al aumento del bienestar de la sociedad local y global, pero ello sin olvidar la eficacia o rentabilidad empresarial», ROSO CAÑADILLAS, R., «Prevención: responsabilidad social y penal de las personas jurídicas», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020, Iustel, pág. 3. Se reconoce la responsabilidad social de las empresas por tres elementos: sus acciones se conciben como compromisos voluntarios (por ejemplo, el de reprimir la trata); sus acciones van más allá de los requisitos establecidos por la ley (ningún texto obliga las empresas a reprimir la trata); al tratarse de compromisos voluntarios, no son vinculantes (un trabajador no puede denunciar a la empresa matriz por las prácticas de trata de su proveedor de tercer nivel sobre la base de un código de conducta), BANNERJEE, S. B., *Corporate social responsibility: the good, the bad and the ugly*, Edward Elgar, 2007, págs. 16-18. Cabe mencionar los principios éticos de Atenas, dedicados a la prevención de la trata, adoptados en 2006 por una comunidad de empresas apoyada por el programa Global Compact de

de prevenir abusos de los derechos humanos en determinadas circunstancias»²³, a través de procesos específicos regidos por los principios del Estado de Derecho. La noción de debida diligencia era conocida desde finales del siglo XIX en el derecho internacional público²⁴. Su uso aumentó en los años 90 para adaptarla a los riesgos y actores contemporáneos²⁵. Hoy en día, la diligencia debida es la contraparte positiva de las obligaciones negativas de los actores privados de abstenerse de violar los derechos humanos. Supone para ellos «prevenir y evitar impactos negativos de sus actividades que puedan constituir violaciones de los derechos humanos»²⁶. Fue desarrollado principalmente en los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de Naciones Unidas²⁷.

Asentada la conexión entre la prevención de la trata y la debida diligencia empresarial, este artículo estudia la aplicabilidad e implementación de estas normas como instrumento para luchar contra la trata. Este estudio incorpora tres tipos de normas. Existen normas internacionales generales de debida diligencia empresarial para la protección de los derechos humanos. Dado que estas no son vinculantes, algunos países como España y Francia, y la UE han desarrollado versiones vinculantes de estos marcos. Mientras tanto, normas vinculantes dedicadas a prevenir la trata fueron adoptadas en California y Reino Unido.

II. La *soft law* para prevenir la trata de seres humanos

Históricamente, dos organizaciones internacionales publicaron normas de debida diligencia empresarial en 1976 y 1977. En primer lugar, la Organización para la Cooperación y el

Naciones Unidas.

- 23 KINLEY, D., TADAKI, J., «From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law», en *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, núm. 4, 2004, pág. 964.
- 24 Véase por ejemplo en Permanent Court of International Justice núm. 9, de 7 de septiembre de 1927 (Lotus).
- 25 D'AMBROSIO, L., «Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures», en *Droit et société*, vol. 106, núm. 3, 2020, Lextenso, págs. 639-640.
- 26 MARTIN-CHENUT, K., «Droits de l'homme et RSE : vers un humanisme responsable ?», en *Humanisme et justice: mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, obra colectiva, coordinadores Julie Alix y otros, Dalloz, 2016, pág. 131.
- 27 BONNITCHA, J., MCCORQUODALE, R., «The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights», en *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 3, 2017; SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY GENERAL ON THE ISSUE OF HUMAN RIGHTS AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES, «Report - Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework», Human Rights Council, Naciones Unidas, 2011, págs. 17-20, A/HRC/17/31. Este marco fija cuatro elementos para la debida diligencia en materia de derechos humanos: «disponer de una política de derechos humanos, evaluar las repercusiones de las actividades de las empresas en los derechos humanos, integrar esos valores y conclusiones en la cultura empresarial y en el sistema de gestión, y hacer un seguimiento de los resultados e informar al respecto», JÄGERS, N., RIJKEN, C., «Prevention of Human Trafficking for Labor Exploitation: The Role of Corporations», en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 12, núm. 1, 2014, pág. 54.

Desarrollo Económicos (OCDE) adoptó las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (actualizadas en 2011)²⁸; en segundo lugar, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) proclamó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (actualizada en 2017)²⁹. Más tarde, las Naciones Unidas adoptaron los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos anejos al informe de 2011 del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales³⁰.

Los marcos de Naciones Unidas y de la OCDE hacen referencia en general a los derechos humanos como indicadores para guiar la debida diligencia de las empresas. Refieren en particular a «la Carta Internacional de Derechos Humanos»³¹. El texto de la OIT se basa en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, basada en los principios de la Declaración de Filadelfia en 1944³². Dichas referencias no podían recoger la prohibición de la trata por no ser aún criminalizado el delito en el contexto supranacional³³. Sin embargo, recogen la prohibición de algunas formas de explotación³⁴. A pesar de no mencionar la prohibición de la trata, dicho delito viola los derechos humanos de las víctimas, por lo cual se puede incluir en estos marcos. Además, la protección de los derechos humanos es más comprensiva que la represión de la trata. Fomentar los derechos humanos llevaría a reducir ciertas vulnerabilidades (como la discriminación), que en parte están en el origen de la trata.

28 OCDE, *Guidelines for multinational enterprises*, 2011.

29 OIT, «Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy», Naciones Unidas, de marzo 2017.

30 SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY GENERAL ON THE ISSUE OF HUMAN RIGHTS AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES, «Guiding Principles on Business and Human Rights», *op. cit.*

31 OCDE, *Guidelines*, *op. cit.*, pág. 32; ; SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY GENERAL ON THE ISSUE OF HUMAN RIGHTS AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES, «Guiding Principles on Business and Human Rights», *op. cit.*, párr. 11.

32 OLARTE ENCABO, S., «El desafío del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministros. Respuesta internacional, estatal, sindical y social», en *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, obra colectiva, coordinadores María Inmaculada Ramos Tapia y otros, Tirant lo Blanch, Homenajes & congresos, 2020, pág. 100.

33 Tratados anteriores al Protocolo de Palermo eran limitados a la trata de mujeres con fines de explotación sexual y no han sido ampliamente ratificados, como el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910 (53 partes), el Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños de 1921 (unas 66 partes), el Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad de 1933 (31 partes), el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950 (82 partes). Dado que estos textos no se enfocaban en la explotación laboral de manera general, era de poco interés para la OIT. Sin embargo, puede resultar curioso la no inclusión de la lucha contra la trata con fines de explotación laboral en las enmiendas a la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo después de la adopción del Protocolo de Palermo (181 partes).

34 La Carta internacional menciona la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La prohibición del trabajo forzoso u obligatorio se contempla en los tres marcos a través la referencia al artículo 2.b de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Sin embargo, la mayor deficiencia de estos textos es su calidad de soft law: no son normas obligatorias, ni para las empresas, ni para los Estados. No obstante, ofrecen un ejemplo de la evolución del derecho internacional público. Tradicionalmente, los Estados son los destinatarios de las normas internacionales, en particular en la Declaración Tripartita de la OIT y las Líneas Directrices de la OCDE. Pero los marcos de debida diligencia empresarial van más allá: muchas recomendaciones de la OIT y de la OCDE se dirigen directamente a las empresas multinacionales³⁵. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas mencionan directamente que «se aplican a todos los Estados y a todas las empresas»³⁶. Puesto que cualquier empresa puede beneficiarse de o facilitar procesos de trata, conviene aplicar estas guías éticas a todas las empresas. Además, estos tres textos toman en cuenta la dimensión global de numerosas empresas. Los textos incitan a las empresas multinacionales a extender las normas de debida diligencia a las demás empresas con quienes tienen relaciones, en particular contractuales³⁷.

En definitiva, los textos internacionales que guían la debida diligencia de las empresas tienen una importancia limitada en la práctica por su falta de obligatoriedad. No obstante, ofrecen un marco ético global para la protección de los derechos humanos por las empresas, que influye a los Estados en la adopción de normas vinculantes. Dos de las primeras normas en este sentido fueron particularmente enfocadas a la lucha contra la trata de seres humanos.

III. Textos nacionales de debida diligencia empresarial dedicados a prevenir la trata de seres humanos

Dos textos nacionales de debida diligencia empresarial se dedican a la prevención de la trata: el Transparency in Supply Chains Act de 2010 en California (Estados Unidos)³⁸ y el Modern Slavery Act de 2015 de Reino Unido. Dichas normas reciben críticas similares, por lo que se estudian de manera conjunta.

1. Ámbito material: críticas a la noción de esclavitud moderna

El ámbito material de ambas normas se dedica a la prevención de la trata. Sin embargo, un estudio global de dicho ámbito permite criticar su eficacia.

35 OIT, «Tripartite Declaration», *op. cit.*, párr. 10; OCDE, *Guidelines*, *op. cit.*, págs. 17-18. Se puede criticar la ausencia de definición de dicho concepto, que agrupa numerosas categorías de empresas.

36 SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY GENERAL ON THE ISSUE OF HUMAN RIGHTS AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES, «Guiding Principles on Business and Human Rights», *op. cit.*, pág. 6.

37 OIT, «Tripartite Declaration», *op. cit.*, párr. 6; OCDE, *Guidelines*, *op. cit.*, pág. 20; SPECIAL REPRESENTATIVE OF THE SECRETARY GENERAL ON THE ISSUE OF HUMAN RIGHTS AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES, «Guiding Principles on Business and Human Rights», *op. cit.*, pág. 16.

38 Se publicaron varias propuestas para una aplicación federal en Estados Unidos, pero no llegaron a adoptarse: el *Business Supply Chain Transparency on Trafficking and Slavery Act* de 2015 y el *Business Supply Chain Transparency on Trafficking and Slavery Act* de 2020.

La sección 1714.43 del Código Civil de California, introducida en 2010 por el *Transparency in Supply Chains Act*, requiere que algunas empresas revelen sus «esfuerzos para erradicar la esclavitud y la trata de seres humanos». El primer delito se recoge, aunque no nombrado como tal, por la sección 181 del Código Penal de California. El segundo delito se define, de acuerdo con la sección 236.1 del Código Penal de California como:

«(a) Una persona que prive o viole la libertad personal de otra con la intención de obtener trabajo o servicios forzados [...]

(b) Una persona que prive o viole la libertad personal de otra con la intención de efectuar o mantener una violación de [delitos relativos a la prostitución ...]

(h) A efectos del presente capítulo, se aplicarán las siguientes definiciones: [...]

(3) “Privación o violación de la libertad personal de otra persona” incluye la restricción sustancial y sostenida de la libertad de otra persona llevada a cabo mediante la fuerza, el miedo, el fraude, el engaño, la coacción, la violencia, la coerción, la amenaza o la amenaza de lesión ilegal a la víctima o a otra persona [...]».

En primer lugar, cabe mencionar que dichas definiciones no se acoplan completamente a las definiciones federales de dichos delitos³⁹. El Código Americano define la trata con dos delitos distintos. Por un lado, la sección 1590 criminaliza la trata con fines explotación laboral, cometida por:

«Quien a sabiendas reclute, acoja, transporte, proporcione u obtenga por cualquier medio, a cualquier persona para trabajo o servicios [equivalentes a los delitos de peonaje, esclavitud, servidumbre involuntaria o trabajos forzados]».

Por otro lado, la sección 1591 criminaliza la trata con fines de explotación sexual cuando:

«(a) Quien a sabiendas-

(1) en o afectando al comercio interestatal o exterior, o dentro de la jurisdicción marítima y territorial especial de los Estados Unidos, reclute, atraiga, acoja, transporte, proporcione, obtenga, anuncie, mantenga, patrocine o solicite por cualquier medio a una persona; [...]

a sabiendas, o, excepto cuando el acto constitutivo de la violación del apartado (1) sea el anuncio, ignorando imprudentemente el hecho, de que se utilizarán medios de fuerza, amenazas de fuerza, fraude, coacción [...] para hacer que la persona participe en un acto sexual comercial, o que la persona no ha cumplido los 18 años de edad y se hará que participe en un acto sexual comercial».

Por tanto, las definiciones de la trata no se acoplan enteramente entre el nivel estatal y el nivel federal, lo que puede conducir a un problema de interpretación de los delitos que prevenir de acuerdo con el *Transparency in Supply Chains Act*.

39 En cuanto al delito federal de esclavitud, véase sección 1584 del Código Americano.

De manera similar, la norma británica requiere que los actores obligados realicen una «declaración sobre la esclavitud y la trata»⁴⁰. Por un lado, el delito de esclavitud se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ofreciendo una definición armonizada a nivel europeo⁴¹. Por otro lado, una persona comete un delito de trata si «organiza o facilita el viaje de otra persona con el fin de que sea explotada»⁴². Dicha explotación incluye: la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso u obligatorio; la explotación sexual; la extracción de órganos; y la obtención de servicios mediante la fuerza, amenazas o engaños⁴³. Por tanto, las definiciones nacionales de la trata no quedan armonizadas del todo a pesar de la existencia de textos supranacionales. Eso crea inseguridad jurídica para las empresas que pudieran ser obligadas a cumplir con las normas de California y de Reino Unido a la vez.

En segundo lugar, no todos los procesos de trata desembocan en la esclavitud⁴⁴. De acuerdo con el derecho internacional, «la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos»⁴⁵. Las personas se consideran meros objetos, sin ningún derecho. Un ejemplo significativo podría ser cuando los tratantes venden a las víctimas. Entonces, aunque estos conceptos puedan estar relacionados en la práctica, son dos conceptos jurídicos distintos que toman sus raíces en perspectivas históricas distintas⁴⁶. Sin embargo, la aproximación de ambos conceptos que se contempla en los textos nacionales estudiados aquí deriva de interpretaciones jurisprudenciales supranacionales. Varios tribunales extendieron su interpretación de la definición de la esclavitud para extenderla a otras formas de explotación e incluso al proceso anterior de trata⁴⁷. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, la esclavitud no solamente incluye el ejercicio más extremo de los derechos de propiedad, sino que señales de esclavitud también podrían extraerse del «control de la

40 Sección 54.1 del Modern Slavery Act.

41 Sección 1.2 del Modern Slavery Act.

42 Sección 2.1 del Modern Slavery Act.

43 Sección 3 del Modern Slavery Act.

44 GALLAGHER, A., *The international law of human trafficking*, Cambridge University Press, 2010, págs. 177-191; MAQUEDA ABREU, M. L., «Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?», en *Estudios jurídicos penales y criminológicos: en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, obra colectiva, coordinadores José María Suárez López y otros, Dykinson SL, 2018.

45 Artículo 1.1, Convención sobre la Esclavitud.

46 ALLAIN, J., «Genealogies of human trafficking and slavery», en *Routledge handbook of human trafficking*, obra colectiva, coordinadores Ryszard W. Piotrowicz y otros, Routledge, Taylor & Francis Group, 2018, págs. 9-10; CHATZIS, I., «Traite, esclavage et travail forcé au XXI^e siècle : un état des lieux», en *Diplomatie*, núm. 106, 2020, págs. 31-37.

47 Esta extensión resulta de una diferenciación entre la esclavitud de iure y de facto, PÉREZ ALONSO, E., «Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud», en *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, obra colectiva, coordinador Esteban Pérez Alonso, Tirant lo Blanch, Homenajes y congresos, 2017, págs. 334-336; SILLER, N., «"Modern slavery": does international law distinguish between slavery, enslavement and trafficking?», en *Journal of international criminal justice*, vol. 14, núm. 2, 2016.

sexualidad y trabajo forzado»⁴⁸ o de procesos de trata⁴⁹. Similarmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) amplió la prohibición de la esclavitud recogida en el artículo 4 del CEDH: no exige un «auténtico derecho de propiedad legal», sino la «mera» privación de la «autonomía personal»⁵⁰. Dentro de dicha interpretación extensiva, incluyó la prohibición de la trata junto con la de la esclavitud⁵¹. A pesar de dicha extensión jurisprudencial de las formas de explotación y procesos anteriores a través del concepto de esclavitud, y aunque la trata puede resultar en formas de esclavitud, siguen siendo dos conceptos penales distintos.

Yendo más allá, la ley británica agrupa la esclavitud y la trata bajo el concepto de esclavitud moderna, que no se define y que recibe numerosas críticas. Lo define la doctrina como todas las «situaciones de explotación en las que una persona no puede negarse o abandonar una situación de explotación debido a amenazas, violencia, coacción, engaño o abuso de poder»⁵². El concepto nace sociológicamente, cuando Bales teorizó las diferencias entre la esclavitud antigua y la moderna⁵³. Dicha distinción y sus definiciones han sido criticadas⁵⁴, y nunca han llegado a obtener una definición jurídica. Por lo cual, la esclavitud moderna es «un término en busca de claridad jurídica»⁵⁵.

Sin embargo, la noción es ampliamente utilizada por los actores privados y los medios de comunicación, mientras que los conceptos de esclavitud, trata y esclavitud moderna se utilizan a menudo con indiferencia, incluso por los académicos⁵⁶. Eso crea «caricaturas poco

48 Appels Chamber, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia, núm. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, de 12 de junio de 2002 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic), párrafo 119.

49 Trial Chamber, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia, núm. IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, de 22 de febrero de 2001 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic), párrafo 542.

50 STEDH núm. 73316/01, de 26 de julio de 2005 (Siliadin v. France), párrafo 122.

51 STEDH núm. 25965/04, de 7 de enero de 2010 (Rantsev v. Cyprus and Russia), párrafo 281. Para una crítica de la agrupación de ambos conceptos por este tribunal, véase BONET I PÉREZ, J., «La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz de ordenamiento jurídico internacional. Aproximación teórica y jurisdiccional», en *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, obra colectiva, coordinador Esteban Pérez Alonso, Tirant lo Blanch, Homenajes y congresos, 2017, págs. 204-205.

52 DAVID, F. Y OTROS, «Migrants and their vulnerability to human trafficking, modern slavery and forced labour», OIM, 2019, pág. 8.

53 BALES, K., *Disposable people new slavery in the global economy*, University of California Press, 2012, pág. 15.. Véase también, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2013, págs. 301-303.

54 Véase, por ejemplo, KENWAY, E., *The truth about modern slavery*, Pluto Press, 2021, pág. 7; SCARPA, S., «The Nebulous Definition of Slavery: Legal Versus Sociological Definitions of Slavery», en *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, obra colectiva, coordinadores John Winterdyk, Jackie Jones, Springer International Publishing, 2020, pág. 140.

55 NOLAN, J., BOTT, G., «Global supply chains and human rights: spotlight on forced labour and modern slavery practices», en *Australian Journal of Human Rights*, vol. 24, núm. 1, 2018, pág. 47.

56 WINTERDYK, J. Y OTROS, «Introduction», en *Human trafficking: exploring the international nature, concerns, and complexities*, obra colectiva, coordinadores John Winterdyk y otros, CRC Press, 2012,

útiles de la esclavitud moderna, por ejemplo, como buena/mala para las empresas, como una simple externalidad económica, o invocando la esclavitud moderna de forma nebulosa, superficial o indefinida»⁵⁷. Las declaraciones sobre la esclavitud y la trata adoptadas de acuerdo con la ley británica se transforman en declaraciones sobre la esclavitud moderna, que ponen de manifiesto «acciones realizadas por [las] empresas sobre [sus] trabajadores» en vez de iniciativas para asistirles: la «metáfora» de la esclavitud moderna⁵⁸ apenas produce cambios sustanciales⁵⁹. El concepto apoya «una cuestión emotiva»⁶⁰ y «genera una ilusión de consenso político» mientras que formas de explotación y de trata todavía se enfrentan a diferencias entre las legislaciones nacionales, lo que lleva entonces a, «en realidad[,] un concepto enormemente polémico y altamente político»⁶¹. Tiende a no hacer hincapié en el papel de los actores privados «en la creación y el mantenimiento de las condiciones que favorecen la explotación coercitiva de los trabajadores»⁶². Así pues, «se trata más bien de un término de abogacía que engloba cada vez diferentes formas de explotación severa»⁶³.

De la prevención de la trata, delito reprimido a nivel internacional con diferencias entre sus transposiciones nacionales, pasando por la prevención de la esclavitud, delito internacional interpretado cada vez más ampliamente, a la prevención de la esclavitud moderna, concepto sociológico sin definición jurídica, el ámbito material de las normas de debida diligencia de California y de Reino Unido faltan de seguridad jurídica para las empresas. Además, cabe estudiar si sus ámbitos personales se acoplan a una lucha eficaz contra la trata.

2. Críticas al ámbito personal y a la noción de cadenas de valor

Todas las empresas pueden beneficiarse o facilitar fenómenos de trata de seres humanos: la delimitación del ámbito personal de las normas de debida diligencia es de gran importancia para analizar su adecuación a la lucha contra la trata. Por el contrario, las leyes de California y de Reino Unido limitan las empresas obligadas a las más grandes, sin que exista una lista de las empresas obligadas.

pág. 7. Véase, por ejemplo, DRYJANSKA, L., «Toward a Sustainable Theory of Human Trafficking and Contemporary Slavery», en *Handbook of Sex Trafficking*, obra colectiva, coordinadores Lenore Walker y otros, Springer International Publishing, 2018, pág. 23; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, J., «Esclavitud, trata de personas y explotación: una perspectiva desde los derechos humanos», en *El Cotidiano*, vol. 34, núm. 209, 2018, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, pág. 48.

57 CARUANA, R. Y OTROS, «Modern Slavery in Business: The Sad and Sorry State of a Non-Field», en *Business & Society*, vol. 60, núm. 2, 2021, pág. 252.

58 Ver, por ejemplo, GOOGLE, «2021 Statement Against Modern Slavery», de junio de 2022.

59 RAS, I. Y GREGORIOU, C., «The Quest to End Modern Slavery: Metaphors in corporate modern slavery statements», en *Anti-Trafficking Review*, núm. 13, 2019, pág. 113.

60 MACHURA, S. Y OTROS, «Recognizing Modern Slavery», en *Journal of Human Trafficking*, vol. 5, núm. 3, 2019, pág. 206.

61 O'CONNELL DAVIDSON, J., «New slavery, old binaries: human trafficking and the borders of 'freedom'», en *Global Networks*, vol. 10, núm. 2, 2010, págs. 257-258.

62 CHUANG, J., «Giving as Governance? Philanthrocapitalism and Modern-Day Slavery Abolitionism», en *UCLA law review*, vol. 62, 2015, pág. 1525.

63 CHATZIS, I., «Traite, esclavage et travail forcé au XXIe siècle», op. cit., pág. 43.

En primer lugar, el *Transparency in Supply Chains Act* solamente se aplica a fabricantes y vendedores minoristas⁶⁴, es decir, a actores privados cuya actividad principal es la fabricación de productos o la venta de mercancías, entendido como bienes tangibles⁶⁵. Además, estas entidades obligadas, tanto nacionales como extranjeras, tienen que hacer negocios en California y sus ingresos brutos anuales en todo el mundo deben superar los cien millones de dólares⁶⁶. Eso deja fuera del ámbito de la ley un gran número de actores privados.

De manera similar, la ley de Reino Unido se aplica a actores privados (una empresa, grupo o asociación), nacionales o extranjeros que suministren bienes y presten servicios, total o parcialmente, en el Reino Unido⁶⁷. Sin embargo, la norma se limita a aquellos actores privados con una «facturación anual global de al menos 36 millones de libras esterlinas»⁶⁸. Aunque se estima que afecta a «unas 12.000 empresas»⁶⁹, el registro de declaraciones sobre esclavitud moderna recoge más de 31.000 declaraciones⁷⁰. Sin embargo, para las empresas que no cumplen con los requisitos de la ley, dichas declaraciones son meras declaraciones privadas, una iniciativa dentro de su política de responsabilidad social, sin que llegue a tener un impacto jurídico.

En segundo lugar, las leyes de California y de Reino Unido se enfocan en la prevención de la trata en la parte *upstream* de la empresa, es decir, en sus cadenas de suministro o de valor⁷¹. Un enfoque en las cadenas de valor a nivel mundial es necesario: se considera que la trata es «un problema de toda la cadena de suministro»⁷² ya que «las agencias de subcontratación y contratación, en particular, son importantes factores de riesgo»⁷³. Además, hay que notar positivamente que la cadena de valor no se entiende de manera nacional, sino que se extiende a los procesos fuera del territorio de la norma estatal. En efecto, la ley de California «exige la divulgación de todas las cadenas de suministro, tanto en Estados Unidos como en el extranjero, lo que significa que las empresas deben informar sobre cualquier relación comercial con empresas no residentes en Estados Unidos o transacciones que no tengan lugar en Estados Unidos»⁷⁴. La ley británica llega a ser ligeramente más extensa: requiere a las empresas obligadas que produzcan «una declaración de las medidas [...] para garantizar que no se

64 Sección 1714.43.a.1 del Código Civil de California.

65 Sección 6007.a.1 del Revenue and Taxation Code de California.

66 Sección 1714.43.a.1 del Código Civil de California. Puede incluir a un actor privado extranjero siempre que realice una transacción con ánimo de lucro en California, sección 23101 del Revenue and Taxation Code de California.

67 Sección 54.1 y 12 del Modern Slavery Act.

68 INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS AND BUSINESS, «Corporate Liability for Forced Labour and Human Trafficking», de octubre 2016, págs. 12-13, en <https://www.ihrb.org/focus-areas/migrantworkers/corporate-liability-for-forced-labour-and-human-trafficking>, fecha de consulta 9 de agosto de 2023.

69 OIT Y OTROS, *Ending child labour, forced labour and human trafficking*, op. cit., pág. 46.

70 SECRETARY OF STATE, «Modern slavery statement registry», en Gov.uk, en <https://modern-slavery-statement-registry.service.gov.uk/search-results?Search=>, fecha de consulta de 11 de enero de 2023.

71 El primero se limita a la creación de bienes, mientras que el segundo es más amplio e incluye cualquier creación de valor.

72 OIT Y OTROS, *Ending child labour, forced labour and human trafficking*, op. cit., pág. 16.

73 UNODC, «Compendium on promising practices on Public-Private Partnerships to prevent and counter trafficking in persons», Naciones Unidas, 2021, pág. 60.

74 INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS AND BUSINESS, «Corporate Liability for Forced Labour and Human Trafficking», op. cit., pág. 21. Véase sección 1714.43.c del Código Civil de California.

produce esclavitud ni trata de seres humanos (i) en ninguna de sus cadenas de suministro, y (ii) en ninguna parte de su propia actividad»⁷⁵. Sin embargo, este enfoque principal en las cadenas de valor conlleva dos críticas.

En primer lugar, no existe una definición común de la cadena de valor⁷⁶: ni la OIT consiguió obtener una definición única⁷⁷. En general, significa la serie de fases en las que surgen diferentes relaciones contractuales empresariales desde la creación hasta la venta y el funcionamiento de los bienes y servicios⁷⁸. Debido a la ausencia de definición, «en gran medida, se deja en manos de las empresas determinar qué partes de sus operaciones globales» se incorporan en el ámbito de estas normas de debida diligencia⁷⁹. Mientras el concepto parece ser una «forma de organización económica» en lugar de una creación jurídica⁸⁰, sus efectos extraterritoriales conducen al solapamiento de obligaciones por la aplicación de diversas normas nacionales, lo que crea inseguridades jurídicas para los actores privados⁸¹.

En segundo lugar, este enfoque en las cadenas de valor y en los acontecimientos dentro de la esfera de control de la empresa limita el análisis de los riesgos fuera de la empresa o *downstream*, es decir, cuando los bienes y servicios proporcionados por la empresa facilitan procesos de trata. Hay que subrayar que algunas empresas extendieron la ley británica en este sentido. En particular, algunas empresas del sector digital ponen de relieve, en sus declaraciones sobre la esclavitud moderna, las acciones que toman para limitar el uso de sus servicios por autores de trata⁸². Otras empresas publican otro tipo de iniciativas contra la trata que desarrollan o financian⁸³. Sin embargo, dicha extensión se limita a ser una iniciativa voluntaria, sin impacto jurídico en relación con las normas de debida diligencia.

Por ser limitadas a grandes empresas y enfocadas en sus cadenas de valor, el *Transparency in Supply Chains Act* y el *Modern Slavery Act* no pueden ser comprensivos a la hora de prevenir la trata. Ahora bien, queda por estudiar la implementación de ambos textos.

75 Sección 54.4.a del Modern Slavery Act.

76 Depende de la disciplina jurídica en la que se enmarca: BECKERS, A., «L'image juridique évolutive des chaînes de valeur mondiales Introduction au numéro spécial», en *Revue internationale de droit économique*, vol. XXXV, núm. 4, 2021, Association internationale de droit économique, pág. 14; «Chaînes de valeur mondiales: théorie et dogme des obligations de l'entreprise», en *Revue internationale de droit économique*, vol. XXXV, núm. 4, 2021, Association internationale de droit économique, págs. 132-133.

77 GOVERNANCE AND TRIPARTISM DEPARTMENT, «Achieving decent work in global supply chains», OIT, 2020, pág. 7.

78 OIT, «Decent work in global supply chains», International Labour Conference 105th Session, 2016, párrafo 5, ILC.105/IV.

79 PHILLIPS, N. Y OTROS, «Mapping and Measuring the Effectiveness of Labour-related Disclosure Requirements for Global Supply Chains», OIT, de junio 2018, pág. 16.

80 BECKERS, A., «Chaînes de valeur mondiales», op. cit., págs. 130-131. In particular, the concept of value chains hardly fits with the existing legal categories and liability frameworks, *Ibid.*, pág. 126. BECKERS, A., «Chaînes de valeur mondiales», op. cit., págs. 130-131. In particular, the concept of value chains hardly fits with the existing legal categories and liability frameworks, *Ibid.*, pág. 126.

81 PHILLIPS, N. Y OTROS, *Mapping and Measuring*, op. cit., pág. 16.

82 Véase, por ejemplo, META, «Anti-slavery and human trafficking statement», de 30 de junio 2022, pág. 7.

83 Véase, por ejemplo, MICROSOFT, «Fiscal year 2021 Modern Slavery and Human Trafficking Statement», 2021, págs. 26-29.

3. Limitaciones y dificultades de implementación

El *Transparency in Supply Chains Act* y el *Modern Slavery Act*, aunque no esté explícito en el título del segundo, se limitan a normas de transparencia. El primer texto pretende garantizar que los actores privados obligados «faciliten a los consumidores información sobre los esfuerzos realizados, en su caso, para erradicar la esclavitud y la trata de seres humanos de sus cadenas de suministro»⁸⁴. Tienen que comunicar públicamente, a través de su página web: 1. Sus acciones para verificar «las cadenas de suministro de productos para evaluar y abordar los riesgos de la trata de seres humanos»; 2. Si auditan a los proveedores; 3. Sus requisitos de certificación de materiales; 4. Las normas y procedimientos internos de rendición de cuentas para empleados o contratistas incumplidores; y 5. Sus cursos de formación⁸⁵. Del mismo modo, el texto británico obliga a los actores privados a aprobar y publicar una declaración sobre elementos enumerados opcionalmente⁸⁶. Sin embargo, de acuerdo con ambos textos, las empresas solamente están obligadas a comunicar sus esfuerzos voluntarios, por lo cual pueden comunicar meramente que no han implementado ninguna acción⁸⁷.

No obstante, en la práctica, la ley británica llevó a algunos actores privados a comunicar una lista de fábricas, lo que permite ir a investigar sus condiciones laborales⁸⁸. También se estudió que «el doble de directores generales y otros altos ejecutivos [...] participan activamente en la lucha contra la esclavitud moderna desde la entrada en vigor de la ley»⁸⁹. Las empresas desarrollaron las actividades enumeradas en la ley, como la formación de los miembros del consejo de administración y los altos ejecutivos y las evaluaciones de riesgos⁹⁰, y recurren más a la colaboración y la experiencia de sus homólogos y de las organizaciones no gubernamentales⁹¹. Por lo tanto, estos umbrales bajos de obligaciones pueden animar a los actores privados «a considerar al menos la cuestión de si su empresa está relacionada con el problema» de la trata de seres humanos y otras violaciones de los derechos humanos⁹².

84 OIT Y OTROS, *Ending child labour, forced labour and human trafficking*, op. cit., pág. 46.

85 Sección 1714.43.c del Código Civil de California.

86 La declaración puede incluir, de forma similar al texto de California, «información sobre (a) la estructura de la organización, sus negocios y sus cadenas de suministro; (b) sus políticas en relación con la esclavitud y la trata de seres humanos; (c) sus procesos de diligencia debida en relación con la esclavitud y la trata de seres humanos en sus negocios y cadenas de suministro; (d) las partes de sus actividades y cadenas de suministro en las que existe el riesgo de que se produzcan casos de esclavitud y trata de seres humanos, y las medidas que ha adoptado para evaluar y gestionar ese riesgo; e) su eficacia para garantizar que no se produzcan casos de esclavitud y trata de seres humanos en sus actividades o cadenas de suministro, evaluada en función de los indicadores de resultados que considere adecuados; f) la formación sobre esclavitud y trata de seres humanos de que dispone su personal», Sección 54.5 del *Modern Slavery Act*.

87 PLANITZER, J., «Trafficking in human beings for the purpose of labour exploitation. Can obligatory reporting by corporations prevent trafficking?», en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 34, núm. 4, 2016, págs. 328, 334.

88 KENWAY, E., *The truth about modern slavery*, op. cit., págs. 105-107.

89 LAKE, Q. Y OTROS, «Corporate leadership on modern slavery: How have companies responded to the Modern Slavery Act one year on?», Hult International Business School & Ethical Trading Initiative, 2016, pág. 12.

90 *Ibid.*, pág. 14.

91 *Ibid.*, pág. 19.

92 RAS, I., Y GREGORIOU, C., «The Quest to End Modern Slavery», op. cit., pág. 104.

A pesar de estos avances, cabe subrayar que las obligaciones de transparencia no son suficientes a la hora de prevenir la trata. La doctrina critica que «las expectativas suelen ser muy vagas y, por tanto, difíciles de medir o evaluar»⁹³, por lo que «la ambigüedad en torno al cumplimiento suaviza el enfoque»⁹⁴. Aunque son normas vinculantes, su redacción pone de relieve un derecho suave, cercano al *soft law*. Además, las normas de transparencia no están adaptadas para prevenir todas las formas de trata y de explotación. Por ejemplo, se ha criticado ampliamente las prácticas de auditoría para prevenir y reprimir eficazmente el trabajo forzoso⁹⁵. Cuando esas obligaciones de transparencia se cumplen al mínimo, aunque cumplan la ley, podrían limitarse a un «*trafficking washing*»⁹⁶.

En la práctica, la implementación de las obligaciones de transparencia da lugar a informes y declaraciones, cuyo «formato y profundidad [...] varían ampliamente [y] el nivel de granularidad comunicado varía mucho de una empresa a otra»⁹⁷. Como subrayan los estudios sobre las declaraciones del *Modern Slavery Act*, los documentos se basan en posiciones estereotipadas, ya que «tienden a presentar tanto a los consumidores como a las organizaciones comerciales como ignorantes (y, por tanto, inocentes) o como héroes (potenciales) por el mero hecho de actuar con la diligencia debida»⁹⁸. De este modo, los actores privados se presentan como «protagonistas [...] que remedian un problema que se presume que ha sido causado [...] por otra parte» y «*distra[en] así la atención de aquellos individuos que toman las decisiones empresariales que acaban fomentando*» formas de explotación⁹⁹.

93 GEIGER, C. Y OTROS, «Intermediary Liability and Fundamental Rights», en *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, obra colectiva, coordinador Giancarlo Frosio, Oxford University Press, 2020, pág. 723.

94 NOLAN, J., «Hardening Soft Law», op. cit., pág. 70.

95 «Algunas de sus deficiencias más importantes son: la duración limitada de las auditorías, que da lugar a una “instantánea” de las prácticas en lugar de una observación a largo plazo; metodologías de auditoría deficientes con un amplio margen para el engaño y la trampa; conflictos de intereses financieros y relaciones comerciales entre las empresas de auditoría y sus clientes; no abarcar las prácticas que se producen más allá de las puertas de la fábrica, como la servidumbre por deudas a los reclutadores; centrarse en la mano de obra básica de los proveedores de primer nivel en lugar de en las numerosas capas de subcontratación; marginación de los trabajadores, que son los más conscientes de cómo se manifiestan los trabajos forzados sobre el terreno, durante el proceso de auditoría», LEBARON, G. Y OTROS, *Confronting root causes: forced labour in global supply chains*, Open Democracy, 2018, pág. 59.

96 Expresión adaptada del concepto de «greenwashing», por el cual los actores privados utilizan ciertas estrategias de transparencia y marketing para engañar al público sobre sus verdaderos esfuerzos para limitar su impacto sobre el medio ambiente. El «trafficking washing» podría ser una subdivisión del «purple washing», por el cual los actores utilizan ciertas estrategias de transparencia y marketing para engañar al público sobre sus verdaderos esfuerzos para limitar la reproducción de modelos sexistas. De hecho, las acciones contra la trata se han desarrollado desde diversas perspectivas feministas y la discriminación sexista tiene cierto rol en el apoyo a los procesos de trata.

97 MICEK, P. Y AYDIN, D. D., «Non-financial Disclosures in the Tech Sector: Furthering the Trend», en *The Responsibilities of Online Service Providers*, obra colectiva, coordinadores Mariarosaria Taddeo, Luciano Floridi, vol. 31, Springer International Publishing, Law, Governance and Technology Series, 2017, págs. 253-254.

98 RAS, I. Y GREGORIOU, C., «The Quest to End Modern Slavery», op. cit., pág. 106.

99 *Ibid.*, pág. 115.

Finalmente, las normas de ejecución de estos textos son limitadas¹⁰⁰. En ningún caso las empresas son «responsables jurídicamente de cualquier impacto adverso real sobre los derechos humanos relacionado con sus operaciones»¹⁰¹. La ley californiana no sanciona directamente la no divulgación de información¹⁰², y el texto solamente contempla una posible acción de cesación del Fiscal General¹⁰³. Esta acción no fue llevada a cabo hasta 2016¹⁰⁴. Del mismo modo, el *Modern Slavery Act* solamente permite imponer la comunicación de la información por la vía civil mediante la presentación de un requerimiento judicial¹⁰⁵ y no existen sanciones por incumplimiento¹⁰⁶. La implementación de este requerimiento ha sido criticada como muy leve (63 casos en los dos primeros años de la ley¹⁰⁷) comparando con la lista muy larga de actores privados potencialmente obligados¹⁰⁸.

En consecuencia, aunque se aprobaron leyes dedicadas a la prevención de la trata de seres humanos en dos Estados, dichas leyes no parecen cumplir de manera integral y eficaz con dicho objetivo. Por las limitaciones relativas a su ámbito, su implementación, y por la falta de sanciones, el *Transparency in Supply Chains Act* y el *Modern Slavery Act* son las primeras pautas para una concienciación de las empresas sobre su impacto en la comisión o la facilitación de la trata. Yendo más allá, conviene estudiar si otras normas generales de debida diligencia vinculantes pudieran ser eficaces a la hora de prevenir la trata a nivel empresarial.

IV. Textos generales de debida diligencia empresarial para prevenir la trata de seres humanos

Varias normas vinculantes fueron desarrolladas a nivel de la UE en materia de debida diligencia de las empresas. Dichas normas son generales, en cuanto no se dedican a la prevención de la trata. Sin embargo, dichas normas podrían ser de interés para este objetivo. Este artículo propone estudiar los marcos jurídicos español y francés, así como las normas en vigor y en negociación en el contexto de la UE.

100 COHEN, J. E., *Between truth and power: the legal constructions of informational capitalism*, Oxford University Press, 2019, pág. 246.

101 NOLAN, J. Y BOTT, G., «Global supply chains and human rights», op. cit., pág. 53.

102 PHILLIPS, N. Y OTROS, *Mapping and Measuring*, op. cit., pág. 5.

103 Sección 1714.43.d del Código Civil de California.

104 PLANITZER, J., «Trafficking in human beings for the purpose of labour exploitation», op. cit., pág. 329.

105 Sección 54.11 del *Modern Slavery Act*. Se puede subrayar que, de manera proactiva, el Home Office «escribió directamente a 16 000 organizaciones [...] para invitarlas a presentar sus declaraciones al registro», HM GOVERNMENT Y OTROS, «2021 UK Annual Report on Modern Slavery», Reino Unido, de octubre 2021, pág. 27.

106 LEBARON, G. Y RÜHMKORF, A., «Steering CSR Through Home State Regulation: A Comparison of the Impact of the UK Bribery Act and Modern Slavery Act on Global Supply Chain Governance», en *Global Policy*, vol. 8, núm. S3, 2017, pág. 17.

107 MARTELL, C., «Customer Transparency Can Dampen the Growing Human Trafficking Problem», op. cit., pág. 70.

108 LEBARON, G. Y OTROS, *Confronting root causes*, op. cit., pág. 58.

1. La responsabilidad social de las empresas en España

Hoy en día, el marco jurídico español no contiene una ley específica sobre normas de debida diligencia empresarial. No obstante, las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente de algunos delitos, incluido la trata de seres humanos¹⁰⁹, bajo las condiciones fijadas por el Código penal¹¹⁰. Sin embargo, las empresas pueden estar exentas de responsabilidad cuando implementan ciertas normas de debida diligencia¹¹¹, lo que se llegó a llamar, un «criminal compliance»¹¹². Por tanto, dichas normas y dichos procedimientos de cumplimiento no son mandatorios, pero es de interés para la empresa implementarlas para protegerse en caso de delito cometido en su esfera de control. Dicha implementación de un programa de cumplimiento no debe ser meramente formal, sino que debe «convencer a los juzgadores de que [...] un genuino mecanismo preventivo de delitos, apto para la reducción de esta clase de riesgos»¹¹³. La jurisprudencia sostiene que la exención solamente puede aplicarse cuando se prueba la existencia de una verdadera cultura de cumplimiento de la legalidad en la empresa; por el contrario, no se puede aplicar cuando el cumplimiento inadecuado diera lugar a un vicio estructural¹¹⁴. Para la aplicación de dicha exención de responsabilidad, el modelo de organización y gestión de la empresa debe cumplir con los requisitos siguientes:

«1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o

109 Artículo 177 bis.7 del Código penal.

110 Artículo 31 bis del Código penal.

111 Artículo 31 bis.2 del Código penal.

112 ALAPONT, J. L., «Criminal Compliance: análisis de los arts. 31 bis 2 a 5 CP y 31 quater CP», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019.

113 FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Reflexiones en torno al compliance penal y la ética en la empresa», en *Revista Penal*, núm. 44, 2019, pág. 67. Véase artículo 31bis.2.1a del Código penal.

114 STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:613), y STS 221/2016, de 16 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:966).

cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios»¹¹⁵.

Por tanto, para la aplicación de la exención en caso de ser enjuiciado por un delito de trata, la empresa tendría que haber desarrollado *ex ante* un sistema de debida diligencia para prevenir la trata dentro de su esfera de control. En particular, para prevenir formas transnacionales de trata, las empresas deberían prevenir la comisión de las infracciones administrativas vinculadas a la contratación de trabajadores extranjeros¹¹⁶. Aunque dicho marco no se refiera a la protección de los derechos humanos en el contexto empresarial, hay que recordar que cada delito protege un bien jurídico, concepto que agrupa derechos fundamentales y valores esenciales protegidos por el Estado español. Por consecuencia, y aunque esté discutido el bien jurídico protegido por el delito de trata¹¹⁷, el *compliance* penal tiene por objetivo indirecto proteger los derechos fundamentales, como las demás normas de debida diligencia. Sin embargo, cabe mencionar que las empresas no pueden ser responsables por todos los delitos que recogen formas de explotación que pueden resultar de un fenómeno de trata¹¹⁸. En particular, quedan excluidos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas los delitos contra los derechos de los trabajadores. Dado que las empresas no pueden ser responsables por ellos, no están incentivadas a desarrollar sistemas de debida diligencia para evitar la comisión de dichas formas de explotación¹¹⁹.

115 Artículo 31 bis.5 del Código penal. Fernández Castejón explica y complementa esta lista con los requisitos siguientes: 1) contener un código ético; 2) realizar un mapa de riesgos; 3) «prever una serie de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica»; 4) disponer de los recursos financieros adecuados; 5) crear un canal ético o de denuncia; 6) establecer un sistema disciplinario; 7) realizar una verificación periódica del modelo; 7) comunicar y difundir el programa de cumplimiento en el seno de la empresa; 8) establecer un protocolo de respuesta, FERNÁNDEZ CASTEJÓN, E. B., «El criminal compliance program como modelo de prevención: de la teoría a su aplicación en la práctica», en *La Ley Penal*, núm. 138, 2019, págs. 4-5.

116 Artículos 52 a 54 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Véase FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 21, 2019, pág. 9.

117 Las tres posiciones principales entienden el delito como una protección de la integridad moral, la libertad o la dignidad. Para un resumen, véase CABANES FERRANDO, M., *La trata de seres humanos: concepto desde el marco normativo: una aproximación al delito*, J.M. Bosch Editor, 2022, págs. 175-219.

118 Solamente incluye los delitos de proxenetismo y de tráfico de órganos, artículos 189 bis y 156 bis.3 del Código penal.

119 DOLZ LAGO, M. J., «Apuntes sobre las penas con dimensión laboral en el régimen español de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, obra colectiva, coordinador Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia, 2018, pág. 108; GÓMEZ TOMILLO, M., «Algunos déficits en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: en particular los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, obra colectiva, coordinadores Javier del Vicente Remesal y otros, Reus, 2020, págs. 1636-1637. El Tribunal Supremo recordó la imposibilidad de ampliar el *numerus clausus*, en particular para este delito, STS 121/2017, de 23 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:737).

Los actores incentivados a cumplir con estas normas de debida diligencia coinciden con las personas jurídicas que pueden ser penalmente responsables. Pueden ser penalmente responsables las personas jurídicas¹²⁰ tanto civiles¹²¹ como comerciales¹²². También pueden ser responsables las personas jurídicas extranjeras mientras la prosecución del delito sea de jurisdicción española¹²³. Aunque sea posible jurídicamente, es difícil en la práctica¹²⁴, por la dificultad de notificar los actos procesales¹²⁵, y de implementar las sanciones¹²⁶. La responsabilidad penal se puede extender a una sociedad matriz por un delito cometido dentro de una filial, a través de varias interpretaciones jurisprudenciales, en particular considerando a la sociedad matriz como la administradora *de facto* de la empresa filial¹²⁷. Esto pudiera llegar a

120 Por el contrario, se excluye el reconocimiento de personalidad jurídica a sociedades ficticias que carecen de estructura organizativa suficiente, creadas únicamente para cometer delitos, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*, de 1 de junio 2011, pág. 7; *Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, de 22 de enero 2016, pág. 14; VERNET PERNA, B., «Estrategias de respuesta ante la criminalidad de empresas», en *Criminalidad en un mundo global: criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos*, obra colectiva, coordinadora Juana del Carpio Delgado, Tirant lo Blanch, Monografías, 2020, pág. 76; STS 274/1996, de 20 de mayo de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:3018). Eso tiene sentido: una sociedad ficticia creada meramente para facilitar un proceso de trata no tendrá ningún interés en implementar normas de debida diligencia. Dicho marco tampoco se aplica «al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas», artículo 31 quinquies del Código penal.

121 Artículo 35 del Código Civil.

122 Artículos 116 y siguientes del Código de Comercio y véase la Ley de Sociedades de Capital.

123 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011*, op. cit., pág. 7. El criterio de personalidad jurídica vendrá determinado por la ley de la nacionalidad de la sociedad (artículo 9.11 del Código civil), normalmente fijada por la nacionalidad de su sede social, ALBALADEJO GARCIA, M., *Normas de Derecho internacional privado. Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles españoles*, Edersa, 1992. Para su determinación, véase ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 149-150.

124 ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, op. cit., pág. 110.

125 VELASCO NÚÑEZ, E., «Medios de investigación y prueba en los delitos cometidos por persona jurídica», en *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, obra colectiva, coordinador Ángel Juanes Peces, Francis Lefebvre, Memento experto Francis Lefebvre, 2015, párr. 2590. Dentro del marco europeo, dicha notificación puede ser facilitada por el artículo 7 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959, el artículo 5 del Convenio de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE y el artículo 16 del Segundo Protocolo adicional de 2001 del Convenio europeo de 1959 relativo a la asistencia judicial en materia penal.

126 Dicha implementación esta facilitada dentro de la UE gracias a la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

127 BLANCO CORDERO, I., «Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas», en *Estudios jurídicos penales y criminológicos: en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, obra colectiva, coordinadores José María Suárez López y

incentivar a las sociedades matrices a considerar los riesgos en la globalidad de su cadena de valor, y así extender la implementación de las normas de debida diligencia de manera extraterritorial¹²⁸. Por tanto, el *compliance* penal española pudiera llegar a impactar en más empresas que las obligadas por las leyes de California y de Reino Unido.

Sin embargo, el *compliance* penal queda supeditado a la responsabilidad penal de las empresas. Como ya se ha expuesto en la introducción, son muy pocas las personas jurídicas condenadas por trata. Dado el riesgo limitado de condena, las empresas no están incentivadas a implementar las normas de debida diligencia para prevenir la trata dentro de su esfera de control. Por consecuencia, el Gobierno español publicó un anteproyecto de ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales¹²⁹. Sin embargo, el texto pretende limitarse a las empresas transnacionales, mientras la trata puede beneficiar o ser facilitada por empresas puramente nacionales; y se enfoca en sus cadenas de valor, con las mismas críticas que ya se han expuesto. No obstante, el proyecto prevé la regulación de sanciones en caso de incumplimiento tanto de las normas de debida diligencia como de violación a los derechos fundamentales. Va más allá de las normas vinculantes anteriormente estudiadas por facilitar las reclamaciones de las víctimas para mejorar su reparación efectiva. Por tanto, este proyecto desarrolla un marco normativo que no se limita a la transparencia, lo que es de gran interés para la prevención de la trata y la reparación de las víctimas de trata y de explotación. Otro anteproyecto se interesa sobre estas cuestiones, con un enfoque dedicado a la trata: el anteproyecto de ley orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos. Este texto incluye de manera vaga, en su artículo 20 sobre debida diligencia, un enfoque limitado a las cadenas de suministro, y no crea ninguna obligación para las empresas¹³⁰. Queda por ver si los textos serán aprobados y su redacción final.

2. El deber de vigilancia francés

En segundo lugar, cabe estudiar la ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices¹³¹. Es una ley general que obliga a las empresas a «identificar los riesgos y prevenir las violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como de la salud y la seguridad de las personas»¹³². Aunque no menciona explícitamente a la prevención de la trata, se puede entender que se incluye dentro de las violaciones graves de los derechos humanos.

otros, Dykinson SL, 2018, pág. 57.

128 Artículo 31bis.2.2a del Código penal.

129 MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Consulta pública previa. Anteproyecto de ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales*, 2022.

130 «De acuerdo con la normativa europea, se promoverá la implementación de conductas responsables en las actividades empresariales, en todos los sectores productivos y en todos los niveles de la cadena de suministro, que garanticen el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos laborales que constituyan mínimos de trabajo decente, con independencia de la localización, tamaño, sector y contexto en el que operen, titularidad y estructura».

131 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

132 Artículo L225-102-4.I3 del Code de commerce.

A pesar de un ámbito material muy amplio, su ámbito personal queda muy limitado. La ley es aplicable a las empresas que, al final de dos ejercicios financieros, tengan al menos 5,000 empleados en la empresa matriz y en las filiales directas e indirectas con sede en Francia, o 10,000 en la empresa matriz y en las filiales directas e indirectas con sede en Francia o en el extranjero¹³³. No existen datos oficiales sobre el número de empresas afectadas: las estimaciones oscilan entre un centenar¹³⁴ y tres centenares¹³⁵. Además, no resulta claro si la ley se extiende a todas las formas de empresas: el concepto se encuentra en el capítulo sobre las sociedades anónimas, por lo cual se pudiera interpretar que solamente se aplica a dicho tipo de empresas constituidas de acuerdo con la ley francesa¹³⁶. Tampoco se detalla la metodología para contabilizar el número de empleados¹³⁷. Por consecuencia, el ámbito personal de la ley parece bastante reducido, aunque la trata puede beneficiar o ser facilitada por todo tipo de empresas, y formas de explotación se pueden cometer fuera de grupos de sociedades grandes. Además, el texto francés se limita al control de las cadenas de valor: la empresa debe crear medidas de vigilancia de «las empresas que controle [...] directa e indirectamente, así como a las actividades de los subcontratistas o proveedores con los que exista una relación comercial establecida»¹³⁸. Sin embargo, las modalidades de control y de relaciones comerciales y las medidas de vigilancia siguen siendo vagas y dificultan la aplicación del texto¹³⁹.

A pesar de estas limitaciones, la ley francesa va más allá de las meras obligaciones de transparencia. Las empresas deben adoptar medidas para desembocar en resultados concretos para los derechos humanos¹⁴⁰. Las empresas deben adoptar un plan de vigilancia, en coordinación con todas las partes interesadas. El plan debe incluir una cartografía y evaluación de riesgos, procesos de seguimiento periódico, medidas adaptadas de mitigación y prevención, un procedimiento de alerta y un procedimiento de evaluación de las medidas¹⁴¹. La ley detalla el contenido de las obligaciones de transparencia, que no pueden ser meramente formales, al contrario de las leyes de California y de Reino Unido. Sin embargo, la ley sigue obligando a meras «medidas razonables», los elementos de los planes de vigilancia siguen

133 Artículo L225-102-4.I del Code de commerce.

134 OLARTE ENCABO, S., «El desafío del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministros», op. cit., pág. 121.

135 RENAUD, J. Y OTROS, «Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre - Année 1 : les entreprises doivent mieux faire», Forum Citoyen pour la RSE, de febrero 2019, pág. 7.

136 Véase, en particular, artículo L210-3 del Code de commerce y DUTHILLEUL, A. Y DE JOUVENEL, M., «Evaluation de la mise en oeuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», Conseil Général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, de enero 2020, págs. 17-18.

137 *Ibid.*; LAGERIE, P. B. DE Y OTROS, «La mise en œuvre du devoir de vigilance : une managérialisation de la loi ?», en *Droit et société*, vol. 106, núm. 3, 2020, Lextenso, pág. 702.

138 Artículo L225-102-4 del Code de commerce. Véase MOUA, L., «La lutte contre la traite dans les entreprises», en *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2020/2, núm. 2, 2020, pág. 251.

139 DUTHILLEUL, A., Y DE JOUVENEL, M., «Evaluation de la mise en oeuvre de la loi n° 2017-399», op. cit., págs. 17-18.

140 D'AMBROSIO, L., «Le devoir de vigilance», op. cit., pág. 643.

141 Artículo L225-102-4.I del Code de commerce. La ley carece de una disposición sobre recursos y reparación, OLARTE ENCABO, S., «El desafío del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministros», op. cit., pág. 121.

siendo vagos¹⁴². Por consecuencia, las evaluaciones de la implementación de la ley ponen de relieve una integración paulatina del deber de vigilancia¹⁴³, debido a una «comprensión poco clara y desigualmente compartida de [ella], su insuficiente legibilidad y visibilidad en unos informes de gestión ya de por sí densos, [y] el pertinente nivel de detalle»¹⁴⁴. De manera general, los planes siguen «enfocados en los riesgos para las empresas» y no para los derechos humanos¹⁴⁵.

Por último, las modalidades de ejecución de la ley han sido suavizadas. La multa civil prevista en el texto original de hasta diez millones de euros en caso de incumplimiento de las normas de transparencia fue declarada inconstitucional¹⁴⁶. Aunque se puede solicitar la ejecución de la creación del plan de vigilancia mediante una carta de emplazamiento y posteriormente mediante un requerimiento judicial¹⁴⁷, la interpretación del proceso de negociación y la temporalidad de la carta de emplazamiento y su necesidad de renovación queda muy inestable en la jurisprudencia¹⁴⁸. Además, en caso de violación de los derechos humanos, por ejemplo, de comisión, de beneficio o de facilitación de la trata resultante del incumplimiento del deber de vigilancia, la ley no modifica el régimen de responsabilidad civil¹⁴⁹: «no pretende imputar daños ni establecer la causa de *los mismos*»¹⁵⁰. No crea una responsabilidad objetiva: los demandantes tienen que probar el daño y la causalidad, lo que cuestiona fundamentalmente la viabilidad de tal demanda¹⁵¹.

3. La normativa de la Unión Europea

Finalmente, la UE también aprobó normas de debida diligencia que podrían resultar de interés para prevenir la trata en la esfera empresarial. En particular, cabe estudiar la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos

142 SACHS, T. Y TRICOT, J., «La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises», en *Droit et société*, vol. 106, núm. 3, 2020, Lextenso, pág. 690.

143 LAGERIE, P. B. DE Y OTROS, «La mise en œuvre du devoir de vigilance», op. cit., págs. 706-707.

144 DUTHILLEUL, A., Y DE JOUVENEL, M., «Evaluation de la mise en oeuvre de la loi n° 2017-399», op. cit., págs. 8, 34-38.

145 RENAUD, J. Y OTROS, «La loi sur le devoir de vigilance», op. cit., págs. 10-11. Este informe destaca también la falta de explicación de la metodología relativa a la evaluación de riesgos y la falta de detalle de sus resultados, o de mención a una evaluación de las medidas tras el establecimiento de un orden del día.

146 Conseil constitutionnel núm. 2017-750 DC, de 23 de marzo de 2017 (Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre), párr. 14.

147 Artículo L225-102-4.II del Code de commerce.

148 HAUTEREAU-BOUTONNET, M., PARANCE, B., «Prudence dans l'analyse du premier jugement sur le devoir de vigilance des entreprises ! - À propos du projet pétrolier en Ouganda et Tanzanie des filiales de TotalEnergies», en *La Semaine Juridique Edition Générale*, núm. 12, 2023.

149 Artículo L225-102-5 del Code de commerce.

150 HATCHUEL, A. Y SEGRESTIN, B., «Devoir de vigilance : la norme de gestion comme source de droit ?», en *Droit et société*, vol. 106, núm. 3, 2020 pág. 670.

151 D'AMBROSIO, L., «Le devoir de vigilance», op. cit., pág. 646.

tipos de empresas, así como la propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad¹⁵².

La Directiva 2013/34/UE prevé, desde 2014, una obligación de divulgación de información sobre el impacto de algunas empresas sobre los derechos humanos¹⁵³. La Comisión avanzó que esta divulgación podría incluir «procesos y medidas para prevenir la trata»¹⁵⁴. Desde la reforma operada con la Directiva 2022/2464 por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, se añade un artículo sobre las normas de presentación de la información sobre sostenibilidad, que serán publicadas por la Comisión. Dichas normas tendrán que «especificar la información que las empresas deban divulgar sobre los siguientes factores sociales y de derechos humanos», incluyendo factores sociales relacionados con algunas vulnerabilidades en parte al origen de la trata (como la igualdad de género) o con la explotación (como las condiciones de trabajo)¹⁵⁵. El artículo también recoge textos generales sobre derechos humanos, en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁵⁶, que prohíbe explícitamente la trata de seres humanos¹⁵⁷. Por el contrario, la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas incluye una lista en el anexo de derechos fundamentales que deben proteger las empresas¹⁵⁸, incluida la prohibición de la trata¹⁵⁹.

En cuanto al ámbito personal, la Directiva 2013/34/EU se aplica, por lo menos, a entidades que «estén reguladas por el derecho de un Estado miembro y cuyos valores mobiliarios sean admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro» o que sean entidades de crédito o de seguros, siempre que cumplan, por lo menos, con los requisitos de la categoría de pequeña empresa¹⁶⁰. Tienen que darse, por lo menos, dos requisitos de los tres siguientes: un total del balance de más de 350,000 €, un volumen de negocios neto de más de 700,000€ o un número medio de empleados durante el ejercicio de más de 10¹⁶¹. La inclusión de todas las pequeñas, medianas y grandes empresas hubiera podido extender las obligaciones de debida diligencia a numerosas empresas. Sin embargo, no todas estas empresas tienen valores mobiliarios admitidos a negociación en un mercado regulado euro-

152 EUROPEAN COMMISSION, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 2022. Este estudio analiza la versión original de la Comisión.

153 Artículo 19bis de la Directiva 2013/34/EU.

154 EUROPEAN COMMISSION, «Communication Guidelines on non-financial reporting (methodology for reporting non-financial information)», UE, de 5 de julio 2017, pág. 17, 2017/C 215/01. La falta de mención de la trata de seres humanos y el trabajo forzoso en el texto de la Directiva ha sido criticada por expertos en la materia, PLANITZER, J., «Trafficking in human beings for the purpose of labour exploitation», op. cit., pág. 336.

155 Artículo 29 ter.2.b.i y ii de la Directiva 2013/34/EU.

156 Artículo 29 ter.2.b.iii de la Directiva 2013/34/EU.

157 Artículo 5.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

158 Artículo 3.c de la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

159 Parte I, Sección 1.14 del anexo de la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. La propuesta menciona explícitamente su relación con la Directiva de lucha contra la trata de 2011 al ofrecer una nueva herramienta para complementar el marco de lucha contra la trata de seres humanos, pág. 6.

160 Artículos 1.3 y 2.1 de la Directiva 2013/34/EU.

161 Artículo 19bis con referencia al artículo 3 de la Directiva 2013/34/EU.

peo, llegando a limitar la aplicación de la directiva. Además, dicho criterio crea una necesaria relación territorial muy estrecha entre las empresas obligadas y la UE, limitando su aplicación a empresas extranjeras. No obstante, la directiva prevé la presentación de informes para empresas filiales establecidas dentro de la UE de empresas constituidas en terceros países¹⁶². De manera diferente, la propuesta de 2022 ofrece una definición más completa de los sujetos obligados¹⁶³, en función de la legislación del Estado con el que se hayan constituido, su número de empleados, su volumen de negocio neto mundial o europeo, y sus sectores de actividad. Sectores de actividad con especial riesgo de explotación y condiciones laborales abusivas son: la industria textil, la agricultura y la extracción de recursos minerales. Dichos sectores también son de alto riesgo en materia de trata¹⁶⁴. Sin embargo, en lo que respecta a la trata, no se tienen en cuenta los sectores de actividad que podrían ser utilizados por los tratantes para apoyar el proceso delictivo (como los servicios de alojamiento y transporte). Además, la propuesta extiende su aplicación extraterritorial a empresas constituidas en países terceros¹⁶⁵. Sin embargo, los umbrales siguen incluyendo principalmente a los actores privados más grandes, sin obligaciones de cumplimiento para las pequeñas y medianas empresas¹⁶⁶.

En lo relativo a la información divulgada, la Directiva 2013/34/EU no se limita a requerir información sobre las cadenas de valor. El informe debe describir, de manera general, «el procedimiento de diligencia debida aplicado por la empresa en relación con las cuestiones de sostenibilidad», y en particular, «los principales efectos negativos reales o potenciales relacionados con las propias actividades de la empresa y con su cadena de valor, incluidos sus productos y servicios, sus relaciones comerciales y su cadena de suministro»¹⁶⁷. Sin embargo, las obligaciones de la Directiva 2013/34/EU se limitan a la transparencia, sin ninguna obligación de adoptar medidas positivas. En general, «se presta poca atención al proceso de información como modalidad para inducir el cambio organizativo o la autorregulación»¹⁶⁸.

162 Artículo 40 bis de la Directiva 2013/34/EU.

163 Artículo 2 de la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

164 Véase, por ejemplo, KARA, S., *Modern slavery: a global perspective*, Columbia university press, 2017; Cobalt red: *how the blood of the Congo powers our lives*, St. Martin's Press, 2023.

165 Artículo 2.2 de la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

166 De manera general, se aplica la directiva a empresas europeas con «una media de más de 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones EUR en el último ejercicio financiero respecto del que se hayan elaborado estados financieros anuales», artículo 2.1.a de la propuesta de directiva; y a empresas extranjeras con «un volumen de negocios neto superior a 150 millones EUR en la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero», artículo 2.2.a.

167 Artículo 19 bis.2.f.i y ii de la Directiva 2013/34/EU. Los componentes de la debida diligencia vendrán desarrollados por normas publicadas por la Comisión. Anteriormente, se criticó que haya «pocas pruebas de que las directrices no vinculantes sobre información no financiera, [que desarrollan los indicadores], hayan tenido un impacto significativo», EUROPEAN COMMISSION, «Report on the review clauses in Directives 2013/34/EU, 2014/95/EU, and 2013/50/EU», UE, de 21 de abril 2021, pág. 20, COM(2021) 199 final.

168 BUHMANN, K., «Neglecting the Proactive Aspect of Human Rights Due Diligence? A Critical Appraisal of the EU's Non-Financial Reporting Directive as a Pillar One Avenue for Promoting Pillar Two Action», en *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, núm. 1, 2018, pág. 29. La Directiva supone

Yendo más lejos, la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad establece obligaciones positivas para los actores privados. Tendrán que integrar «la diligencia debida en todas sus políticas», identificar «los efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente que se deriven de sus propias actividades o de las de sus filiales y, cuando tengan relación con sus cadenas de valor, de sus relaciones comerciales establecidas», prevenir, poner fin y mitigar el alcance de dicho efectos adversos, establecer y mantener «un procedimiento de denuncia», y supervisar la eficacia de dichas medidas¹⁶⁹. Por tanto, si la trata fuera detectada como un efecto adverso real o potencial, la empresa tendría que adoptar medidas positivas para mitigar dicho riesgo.

Finalmente, cabe estudiar las medidas de ejecución forzada y las sanciones en ambos textos. La Directiva 2013/34/EU no especifica infracciones ni sanciones, y lo deja en mano de los Estados Miembros¹⁷⁰. Por consecuencia, se puede criticar la adopción de normas de debida diligencia empresarial en la forma de directivas, que deja más margen de adaptación en el ámbito nacional, lo que puede llegar a crear inseguridad jurídica por la multiplicación de marcos jurídicos. Yendo más lejos, la propuesta de directiva detalla las sanciones que deben adoptar los Estados miembros¹⁷¹. Además, les obliga a crear una responsabilidad de los actores obligados cuando resultan perjuicios de su falta de conformidad con las obligaciones de prevenir, poner fin o reducir al mínimo una violación de los derechos humanos¹⁷². Sin embargo, dicho texto sigue en negociación y queda por ver si los Estados aplicarán una responsabilidad basada en la prueba de una falta o en la presunción de la misma¹⁷³.

V. Conclusión

Dentro del marco de la lucha contra la trata de seres humanos, algunas empresas pueden ser consideradas como responsables en el ámbito penal. Sin embargo, la tendencia gira hacia las normas de debida diligencia empresarial para prevenir violaciones de los derechos humanos, incluyendo las resultantes de procesos de trata y de explotación. No bastante, las normas que regulan la lucha contra la trata no incorporan este tema. Por tanto, cabe estudiar

que la divulgación «inducirá cambios en las organizaciones empresariales, porque los accionistas exigirán a la dirección de las empresas que rinda cuentas de su impacto en la sociedad basándose en la información contenida en el informe», *Ibid.*, pág. 36. Además, la falta de armonización de la presentación de los informes resultaba en información no «suficientemente comparables o fiables», no publicada o difícilmente accesible, DUNIN-WASOWICZ, J. Y OTROS, «Entreprises et droits humains à l'aune de l'autonomie stratégique européenne», en *La revue des juristes de Sciences Po*, núm. 22, 2022, pág. 5.

169 Artículos 5 a 10 de la propuesta de directiva.

170 Artículo 51 de la Directiva 2013/34/EU.

171 Artículo 20 de la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

172 Artículo 22 de la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

173 LECOURT, B., «Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés - Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, P9_TA-PROV(2021)0073, (2020/2129(INL))», en *Revue des sociétés*, 2021, págs. 6 y 8.

los textos existentes en materia de debida diligencia empresarial y su adecuación para una lucha eficaz contra la trata.

En primer lugar, el ámbito material de las normas sobre debida diligencia empresarial no siempre llega a mencionar a la trata. Existen ámbitos materiales que refieren directamente a la trata, y otros que se limitan a mencionar la protección de los derechos humanos de manera general. La lucha contra la trata también cabe en esta segunda categoría, por ser un delito que viola varios derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, la falta de indicadores para medir las iniciativas de las empresas en la protección de los derechos fundamentales obstaculiza una aplicación eficaz de dichas normas. En cuanto a la primera categoría, la mera referencia a la trata puede ser ineficaz: no se toma en cuenta la mitigación de la explotación posterior, ni la prevención de ciertas vulnerabilidades anteriores a los procesos de trata. En este sentido, la normativa de la UE positivamente complementa la protección de los derechos humanos por las empresas con la divulgación de información sobre otros elementos que pueden mejorar la lucha contra la trata, como el impacto sobre la igualdad de género o las condiciones de trabajo.

En segundo lugar, en cuanto a las empresas obligadas por los textos, y con la excepción del marco elaborado por el Código Penal español, las normas vinculantes sobre debida diligencia empresarial se aplican a un número indefinido pero limitado de empresas, por ser elevados los umbrales. Sin embargo, la trata puede beneficiar o ser facilitada por cualquier clase de empresa¹⁷⁴. Cabe mencionar la iniciativa voluntaria de algunas empresas de cumplir con el *Modern Slavery Act*. Además, la gran mayoría de los textos vinculantes se enfocan en la protección de los derechos humanos dentro de la cadena de valor y de las relaciones comerciales de las empresas, sin llegar a considerar de manera integral el impacto social de las empresas. Por último, los textos sobre debida diligencia empresarial son en muchos casos redactados con una perspectiva extraterritorial. Por falta de armonización en el contexto internacional y de armonización completa en el ámbito de la UE, las empresas se enfrentan a una inseguridad jurídica creciente con la multiplicación de textos nacionales. Esta cuestión es aún más relevante en materia de prevención de la trata, dado que las definiciones nacionales del delito no son similares, a pesar de basarse en un convenio internacional ampliamente ratificado.

En tercer lugar, las obligaciones de debida diligencia, de momento, aparecen muy suaves. Los textos de las organizaciones internacionales no son vinculantes. La mayoría de los textos nacionales solamente imponen obligaciones de mera transparencia. Sin embargo, las normas europeas, tanto de la UE como de España o Francia, tienden hacia una transparencia reforzada, con la obligación de adoptar medidas positivas. En particular, la propuesta de directiva negociada en el ámbito de la UE podría llegar a la creación de mecanismos de prevención de la trata y de la explotación, por ejemplo, en el ámbito del reclutamiento o en la creación de líneas de asistencia internas. Tradicionalmente, estas funciones de control recaían en los Estados. La evolución de la lucha contra la trata y la toma de conciencia del rol de las empresas en la protección de los derechos humanos llega a repartir de manera diferente las obligaciones de debida diligencia y de protección de las personas.

174 Subrayado en particular en relación con el marco europeo, SPECIAL RAPPORTEUR ON TRAFFICKING IN PERSONS, ESPECIALLY WOMEN AND CHILDREN, «Report - Trafficking in persons in the agriculture sector: human rights due diligence and sustainable development», Naciones Unidas, de 25 de abril 2022, párr. 39, A/HRC/50/33.

En cuarto lugar, esta última reflexión es mitigada por la falta de ambición en las sanciones previstas por las normas de debida diligencia empresarial. Cuando existen sanciones, se limitan a sanciones por la falta de conformidad con las obligaciones de transparencia. Rara vez desencadenan en la responsabilidad de las empresas por violaciones de los derechos humanos.

Por consecuencia, aunque se han adoptado normas de debida diligencia empresarial que se pueden aplicar a la prevención de la trata de seres humanos, los textos no parecen ser adecuados a la represión global del fenómeno. La debida diligencia de las empresas, tal y como se enmarca por el derecho hoy en día, es una materia reciente que difícilmente llega a repartir claramente las obligaciones entre los Estados y las empresas. Dichas normas pudieran llegar a llamar la atención sobre fenómenos de trata y de explotación endémicos en algunas multinacionales, pero no se puede concluir que llegan a crear una concienciación integral dentro de las empresas sobre la trata de seres humanos, ni las vulnerabilidades y las numerosas causas al origen de dicho delito.