



N.º 1

SEGUNDO SEMESTRE
JULIO 2023

Todos los ojos puestos en Bruselas: las claves de la futura directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial pág. 5
Carmen Márquez Carrasco

Prevención y represión penal del delito de trata: una aproximación al anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación..... pág. 37
Cristina Guisasola Lerma

La heterogeneidad de los mecanismos de implementación de diligencia debida empresarial como obstáculo en el respeto de los derechos humanos y el medioambiente pág. 63
Nerea Magallon Elosequi

Conflictos jurídicos en el ámbito empresarial con ocasión del derecho de libertad religiosa de los trabajadores..... pág. 83
Jorge Subirán Marcos

Recensión bibliográfica: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo. La génesis de un estatuto para el trabajador global* pág. 101
José Antonio Tomás Ortiz de la Torre

Recensión bibliográfica: *Litigacion en materia de empresas y derechos humanos: estudio de casos*..... pág. 105
Raquel Esther Jorge Ricart

REVISTA ESPAÑOLA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

© Editorial Colex S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

☎ 91 109 41 00 ✉ info@colex.es

revistadeempresasyderechoshumanos@colex.es

DIRECCIÓN

María Chiara Marullo

Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado UJI.

CONSEJO EDITORIAL

Juan José Álvarez Rubio

Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad del País Vasco

Carmen Boldó

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universitat Jaume I

Jordi Bonét Pérez

Catedrático de Derecho Internacional Universitat de Barcelona

Andrea Bonomi

Professeur à l'Université de Lausanne (Unil) Directeur du
Centre de droit comparé, européen et international (CDCEI),
Co-directeur du LL.M in International Business Law

María Victoria Camarero Suárez

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del
Estado de la Universitat Jaume I

Larry Catá Backer

Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Penn State Law University

Victoria Cuartero

Catedrática de Derecho Internacional
Privado de Castilla y la Mancha

José Elías Esteve

Profesor Titular de Derecho Internacional
de la Universidad de Valencia

Gloria Esteban de la Rosa

Catedrática de Derecho Internacional Privado de Jaén

Marco Fasciglione

Senior Researcher Senior Researcher National
Research Council of Italy (CNR)

Carlos Fernández Liesa

Catedrático de Derecho Internacional de la Carlos III

Adoración Guamán Hernández

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
de la Universitat de Valencia

José Luis Iriarte

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra

Carmen Márquez Carrasco

Catedrática de Derecho Internacional
de la Universidad de Sevilla

Gregorio Mesa Cuadros

Catedrático de Derecho Internacional
Universidad Nacional de Colombia

Michele Nino

Professore associato di diritto internazionale
Università di Salerno

Guillermo Palao Moreno

Catedrático de Derecho Internacional Privado de Valencia

María Victoria Petit Lavall

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universitat Jaume I

Antoni Pigrau Solé

Catedrático de Derecho Internacional
de la Universitat Rovira i Virgili

Ilaria Pretelli

Resercher at Swiss Institute of Comparative Law and
Professor at Faculté Jean Monnet, Université de Paris
XI et Università degli Studi di Urbino «Carlo Bo»

Consuelo Ramón Chornet

Catedrática de Derecho Internacional
público de la Universitat de Valencia

Andrés Recalde

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Wilfredo Sanguinetti

Catedrático de Derecho del Trabajo de
la Universidad de Salamanca

Attila Tanzi

Full Professor of International Law Bologna University

Francisco Javier Zamora Cabot

Profesor Emérito de Derecho Internacional
Privado de la Universitat Jaume I

Claudio Zanghi

Professore emerito diritto internazionale presso
University of Rome «La Sapienza»

COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN: Editorial Colex

ISSN: ____-____

PRESENTACIÓN

Desde inicios del presente Siglo el área de Derecho Internacional Privado de la Universitat Jaume I ha estado trabajando intensamente para impulsar la protección de los derechos humanos, tanto en sede de investigación científica como en la docencia universitaria. Así, y gracias al apoyo de la Editorial COLEX, podemos destacar ahora al respecto la creación de la primera Revista española en materia de empresas y derechos humanos. Con ella queremos perseverar en nuestro empeño, apostando por un espacio transdisciplinar que sirva para analizar grandes problemas globales y proponer estrategias para contribuir, por ejemplo, al logro de los Objetivos de Desarrollo sostenible vinculados con la citada materia y en particular, pero no exclusivamente, los numerados, 5, 6, 8, 16 y 17. La finalidad de la Revista es, por tanto, abrir un espacio de diálogo crítico y transversal sobre la protección de los derechos humanos y laborales, el medio ambiente, los recursos naturales y la salud, y el desarrollo de propuestas legislativas, estatales e internacionales, orientadas a una mejora significativa de la gestión de las inversiones en los países en vía de desarrollo, todo ello junto al propósito de reducir los impactos de las actividades empresariales sobre las comunidades y territorios donde llevan a cabo sus actividades. La Revista contará con la contribución de expertos reconocidos en la materia, a la par de profesores universitarios, investigadores internacionales, abogados y representantes empresariales, entre otros.

Como Directora de la Revista y miembro del área de derecho internacional privado de la Universitat Jaume I, reitero mi gratitud a la editorial COLEX por este honroso encargo, y dejo patente mi alegría por la publicación de este primer número, con el que da comienzo una nueva aventura académica cargada de ilusión, en la que abordaremos retos que, al condicionar incluso nuestra supervivencia sobre el planeta, requieren de una atención creciente y ya insoslayable.

Muchísimas gracias

Maria Chiara Marullo
Directora

TODOS LOS OJOS PUESTOS EN BRUSELAS: LAS CLAVES DE LA FUTURA DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL

ALL EYES ON BRUSSELS:
KEY ASPECTS OF THE FUTURE DIRECTIVE ON
CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE

Carmen Márquez Carrasco

Universidad de Sevilla
cmarque@us

Resumen: En el contexto de la globalización de las cadenas de valor, la futura Directiva de la UE sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial (CSDDD) tendrá implicaciones considerables para las empresas y los titulares de derechos humanos fuera de la Unión. La futura norma transformará los estándares internacionales de *soft law* sobre diligencia debida fundamentada en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente en *hard law*, tanto para las empresas activas en la UE, como también para las empresas situadas a lo largo de sus cadenas de suministro mundiales. A la vista de la relevancia y los desafíos que suscita la respuesta de la UE a la dimensión transnacional del problema, este trabajo presenta y analiza los elementos clave del proyecto de Directiva en la coyuntura actual del procedimiento legislativo en curso.

Abstract: In the context of the globalisation of value chains, the future EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) will have considerable implications for companies and human rights holders outside the Union. The future standard will transform international soft law standards on risk-based due diligence for human rights and the environment into hard law, both for companies active in the EU and for companies located along their global supply chains. In view of the relevance and challenges of the EU response to the transnational dimension of the problem, this paper presents and analyses the key elements of the draft Directive at the current juncture of the ongoing legislative procedure.

Palabras clave: debida diligencia, derechos humanos, medio ambiente, UE, Directiva, cadenas de valor.

Keywords: due diligence, human rights, environment, EU, Directive, global value chains.

I. INTRODUCCIÓN

Con el fin de abordar los impactos negativos de las operaciones comerciales transnacionales sobre los derechos humanos y el medio ambiente, la Unión Europea se embarcó en 2021 en un procedimiento legislativo sobre una Directiva de diligencia debida¹ en materia de sostenibilidad empresarial (CSDDD)². Los antecedentes inmediatos de esta iniciativa residen en los llamamientos del Parlamento Europeo³ y el Consejo⁴, y se remontan a los trabajos del grupo del Parlamento Europeo sobre conducta empresarial responsable⁵, situándose los antecedentes mediatos en 2011, cuando la Comisión Europea introduce su nueva definición sobre la responsabilidad social empresarial para alinearla con los Principios Rectores de las

-
- 1 Sobre la noción de diligencia debida en materia de derechos humanos y su evolución en el campo de empresas y derechos humanos, véase MÁRQUEZ CARRASCO, C. «Instrumentos sobre la debida diligencia en materia de Derechos Humanos: orígenes, evolución y perspectivas de futuro», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, n.º 2, 2022, págs. 605-642 y la bibliografía allí citada.
 - 2 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial, por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de febrero de 2022, COM(2022) 71 final (Comisión Europea), Exposición de motivos en pág. 2. Sobre ejemplos de impactos adversos en los derechos humanos, medioambientales y climáticos por parte de las empresas de la UE, véase Comisión Europea, «Informe de evaluación de impacto del documento de trabajo de los servicios de la Comisión: que acompaña a la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937» [SWD(2022) 42 final, 23 de febrero de 2022], Anexo 10, pág. 162-164. Siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, previsto en los artículos 289 y 294 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la propuesta es objeto de examen por el Parlamento Europeo y el Consejo, que pueden aprobarla o proponer enmiendas en primera o segunda lectura. A la vista de los desarrollos hasta la fecha, se espera que la Directiva sea adoptada a fines de 2023 o en los primeros meses de 2024.
 - 3 En mayo de 2018, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión en la Resolución sobre finanzas sostenibles (2018/2007 (INI)) la introducción de un marco de diligencia debida obligatorio y proporcionado, basado en las Directrices de la OCDE de 2017 sobre la conducta empresarial responsable para inversores institucionales. Estas Directrices requieren a los inversores que, tras un período transitorio, detecten, prevengan, mitiguen y rindan cuentas de los factores ambientales, sociales y de gobernanza. El Parlamento Europeo propuso que este marco debía basarse en la Ley francesa sobre el deber de vigilancia.
 - 4 El Parlamento Europeo, en su Resolución de 10 de marzo de 2021, insta a la Comisión a que ponga normas de la Unión para establecer obligaciones integrales de diligencia debida de las empresas, con consecuencias que incluyen la responsabilidad civil de aquellas empresas que causen o contribuyan a causar daños al no llevar a cabo la diligencia debida. Las Conclusiones del Consejo sobre los derechos humanos y el trabajo digno en las cadenas mundiales de suministro del 1 de diciembre de 2020 instaron a la Comisión a presentar una propuesta dentro del marco jurídico de la Unión sobre gobernanza empresarial sostenible, incluidas las obligaciones intersectoriales de diligencia debida corporativa a lo largo de las cadenas mundiales de suministro.
 - 5 Responsible Business Conduct Working Group, Shadow EU Action Plan on the Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights within the EU, March 2019, available at: <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/wp-content/uploads/2019/03/SHADOW-EU-Action-Plan-on-Business-and-Human-Rights.pdf>

Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos a los que la Unión Europea había expresado su adhesión.

Este importante primer punto de inflexión, representado por la *Estrategia renovada de la UE 2011-2014 de responsabilidad social de las empresas*⁶, fue seguido de un segundo hito de esta evolución, consiste en la adopción de normas sobre transparencia empresarial como la Directiva de 2014 sobre información no financiera⁷ cuya aplicación generó un importante escepticismo acerca de que este tipo de legislación de *reporting* pudiera realmente modificar la conducta empresarial a escala suficiente⁸.

El tercer punto de inflexión consistió en la adopción por parte de varios Estados miembros de la Unión Europea de legislación nacional sobre diligencia debida en materia de derechos humanos. Cada una de estas leyes tiene distintos ámbitos de aplicación personal y alcance material y por lo tanto presentan requisitos divergentes, lo que puede afectar a su eficacia y a la seguridad jurídica y, en consecuencia, al mercado único⁹.

La iniciativa legislativa para una Directiva de debida diligencia empresarial en materia de sostenibilidad corporativa se presenta de este modo como una herramienta para la armonización de las normas aplicables a las empresas europeas en todo el mercado interior¹⁰. No debe extrañar, por tanto, que las bases jurídicas de esta propuesta sean los artículos 50 y 114 del TFUE¹¹.

6 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones (2011), *Estrategia renovada de la UE 2011-2014 de responsabilidad social de las empresas*, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011DC0681>. En esta Comunicación se expresa el compromiso de la UE de promover los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos y de implementarlos a través de una combinación inteligente de medidas voluntarias y obligatorias para avanzar hacia una conducta responsable de las empresas, dentro y fuera de la UE, y para asegurarse de que éstas rindan cuentas por sus impactos sociales y ambientales.

7 Véase la Directiva sobre información no financiera de la UE, Directiva 2014/95/UE, con las directrices correspondientes, disponible en: https://ec.europa.eu/info/publications/non-financial-reporting-guidelines_en

8 Estos límites se hicieron más evidentes y más ampliamente reconocidos especialmente en 2020 cuando se publicaron dos voluminosos estudios por parte de la Comisión Europea, uno de ellos sobre debida diligencia obligatoria, que pusieron de manifiesto una percepción generalizada sobre las insuficiencias de los instrumentos de *reporting*. Véase «Study on due diligence requirements on the supply chain», en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>

9 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, pág. 17.

10 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, pág. 11.

11 Como señala la Comisión en la propuesta, «El artículo 50 del TFUE tiene carácter de *lex specialis* para las medidas adoptadas con el fin de alcanzar la libertad de establecimiento. Entre las medidas propuestas, las relativas la gobernanza empresarial entran en el ámbito de aplicación de esta base jurídica, en particular la integración de la diligencia debida en las políticas de las empresas,

Asimismo, en el desarrollo de esta iniciativa hemos de subrayar la importancia fundamental del Pacto Verde Europeo¹². El Pacto plantea importantes reformas que están encaminadas a reforzar el marco de gobernanza empresarial sostenible. Se justifica por la emergencia climática y la crisis de la COVID, y muestra que la Unión Europea está dispuesta a impulsar un nuevo modelo de negocio, un modelo de conducta empresarial responsable¹³. Aunque no se trata de una desviación radical de los modelos actuales, se debe atestiguar que está orientado hacia un modelo de accionista o negocio que se alinee con una transición justa.

Además, se ha de destacar la presión proveniente de las organizaciones de la sociedad civil, las víctimas, los inversores e incluso las propias empresas. Por ejemplo, un extenso estudio sobre la diligencia debida en materia de derechos humanos incluyó una encuesta realizada a más de 300 empresas que mostró que una gran mayoría (75,37 %) de las empresas encuestadas indicaron que cualquier reglamento de la UE beneficiaría a las empresas al proporcionar una «norma única y armonizada a nivel de la UE (en lugar de un mosaico de diferentes medidas a nivel nacional e industrial)»¹⁴. Curiosamente, ese estudio también mostró que la mayoría de las empresas consideraban que la nueva regulación mejoraría o facilitaría la influencia respecto a terceros al introducir un estándar no negociable, sin reducir la competitividad o la innovación.

La intención de la Comisión Europea de adoptar un nuevo acto legislativo en la materia no se centra en un sector específico, sino que se trata más bien de una norma de carácter general de Derecho derivado de la UE que tiene el objetivo de establecer un estándar mínimo de diligencia debida aplicable a las empresas europeas en materia de derechos humanos y un marco jurídico horizontal. Así, tras presentar diversas variantes en junio de 2020¹⁵, en

las medidas sobre el plan de las empresas para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición hacia una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C, en consonancia con el Acuerdo de París, y las medidas de remuneración conexas, así como las disposiciones sobre el deber de diligencia y las obligaciones de los administradores en relación con el establecimiento y la supervisión de la diligencia debida. Con el fin de abordar de manera exhaustiva los obstáculos al mercado interior descritos, el artículo 50 del TFUE se combina aquí con la disposición general del artículo 114 del TFUE. El artículo 114 del TFUE prevé la adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. El legislador de la Unión puede recurrir al artículo 114 del TFUE, en particular cuando las disparidades entre las normas nacionales puedan obstaculizar las libertades fundamentales o crear distorsiones de la competencia y, por tanto, tener un efecto directo sobre el funcionamiento del mercado interior». Ibidem, pág. 14.

12 La Comunicación de 2019 sobre el Pacto Verde Europeo establece que todas las acciones y políticas de la Unión deben unirse para ayudar a la Unión a lograr una transición exitosa y justa hacia un futuro sostenible en el que nadie se quede atrás. También establece que la sostenibilidad debe integrarse aún más en el marco de gobierno corporativo. Véase COM/2019/640 final.

13 En tal sentido, también debe citarse el Programa de Acción Ambiental General de la Unión hasta 2030.

14 Comisión Europea, Study on due diligence requirements through the supply chain, enero 2020, en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>, págs. 16-17.

15 Parlamento Europeo, Human Rights Due Diligence Legislation - Options for the EU, junio de 2020, en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI\(2020\)603495_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/603495/EXPO_BRI(2020)603495_EN.pdf).

septiembre de 2020, el Parlamento Europeo adoptó un informe para la Comisión Europea con recomendaciones para un proyecto de Directiva sobre diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos, medio ambiente y buena gobernanza¹⁶.

Por parte de la Comisión, la primera propuesta de Directiva fue publicada en febrero de 2022. Por parte del Parlamento Europeo, la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI) publicó el 7 de noviembre de 2022 un proyecto de informe (denominado «proyecto de informe Wolters»), que no ha sido aprobado definitivamente hasta el 25 de abril de 2023. Entre tanto, el 30 de noviembre de 2022, el Consejo Europeo adoptó formalmente su posición negociadora («orientación general del Consejo») sobre la CSDDD¹⁷. Se prevé que el 1 de junio de 2023 sea adoptada la posición negociadora final del Parlamento Europeo. A partir de aquí, el proyecto de Directiva será negociado por la Presidencia del Consejo, con el Parlamento y la Comisión en el marco de las reuniones interinstitucionales informales, conocidas como «diálogos tripartitos», que los ayuden a llegar a un acuerdo.

Cabe destacar el alcance pionero de la propuesta de la Comisión, en cuyo texto, la Unión Europea, junto con los Estados miembros, se comprometen a reforzar su participación con el fin de promover activamente la aplicación de normas internacionales para una conducta empresarial responsable¹⁸.

En su estado actual, el proyecto se aplica a las grandes empresas que tienen su sede u operan en el mercado interior de la UE y, por lo tanto, se dirige intencionadamente a las empresas tanto dentro como fuera de la UE. Como parte de sus obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos, las empresas incluidas en el proyecto deben abordar los impactos potenciales y reales relacionados con sus subsidiarias y socios comerciales. Debido a la globalización de las cadenas de valor¹⁹, la futura Directiva de la UE en

16 «Draft Report of the Committee on Legal Affairs (2020/2129(INL)) of 11 September 2020 with Recommendations to the Commission on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability», https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-657191_EN.pdf (consultado: 26/12/2020).

17 Consejo de la Unión Europea, «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937: orientación general» (doc. n.º 15024/1/22, de 30 de noviembre de 2022).

18 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Exposición de motivos, pág. 11. En este párrafo se alude a «los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la Guía de la OCDE de Debida Diligencia. Es coherente con la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño que compromete a la Unión a adoptar un enfoque de tolerancia cero contra el trabajo infantil y a garantizar que las cadenas de suministro de las empresas de la UE estén libres de trabajo infantil. En la estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025, la Comisión se comprometió a presentar una propuesta legislativa sobre gobernanza empresarial sostenible para fomentar un comportamiento empresarial sostenible y responsable a largo plazo. La iniciativa también contribuye a los objetivos de la Comunicación de la Comisión sobre el trabajo digno en todo el mundo, que se adopta junto con la presente propuesta.»

19 Sobre los desafíos que éstas presentan véase MARULLO, C., SALES PALLARÉS, L. y ZAMORA CABOT, F. J. (Dirs.) y SEGARRA, N. (coord.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Colex, 2023.

tanto que Derecho derivado tendrá implicaciones considerables para las empresas y los titulares de derechos humanos fuera de la Unión Europea. Además, al basarse en la noción de diligencia debida fundamentada en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente que se formula en los estándares internacionales de *soft law* (Derecho indicativo) sobre empresas y derechos humanos, la futura Directiva también convertiría dichos estándares en *hard law* (Derecho vinculante), una vez más, con implicaciones para las empresas activas en la UE, pero también para las empresas situadas a lo largo de sus cadenas de suministro mundiales.

Originado en el Marco *Proteger, Respetar y Remediar*, y en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos²⁰, el concepto de diligencia debida basada en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente se ha convertido en un elemento central de los principales marcos de estándares y guías sobre conducta empresarial responsable²¹. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (UNGPs) constituyen el primer instrumento que estableció el concepto de diligencia debida en materia de derechos humanos de manera integral, y seguidamente las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales ampliaron el enfoque más allá de los derechos humanos para incluir el medio ambiente y otras preocupaciones de sostenibilidad²².

20 Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, RUGGIE, J. «Principios Rectores sobre la empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar», UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Véase también, Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 'Aclaración de los conceptos de 'Esfera de influencia' y 'Complicidad' (UN Doc. No. A/HRC/8/16, 15 de mayo de 2008).

21 Entre otros, Directrices de la OCDE para empresas multinacionales 2011, disponibles en <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Véase también «Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales: temas de conducta empresarial responsable» disponible en http://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCmatters.pdf; Normas de Desempeño Ambiental y Social de IFC (2012) disponibles en www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Sustainability-At-IFC/Policies-Standards/Performance-Standards ; Organización Internacional del Trabajo, «Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social» (5.ª edición 2017); Organización Internacional de Normalización, 'ISO 26000 - Responsabilidad social' (2010) <<http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>> 2022; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 'Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos' (Documentos Oficiales OEA/Ser.L/V/II, 2019), en párrafo 50; Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 'The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Relationship to UN Global Compact Commitments' (junio de 2014) <https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/Resources/GPs_GC%20note.pdf> ; The Equator Principles Association, 'The Equator Principles III: A financial industry benchmark for determining, assessing and management environmental and social risk in projects' (2013), en <https://equator-principles.com/about/>; International Bar Association, 'IBA Practical Guide on Business and Human Rights for Business Lawyers' (Guía práctica de la IBA sobre empresas y derechos humanos para abogados de negocios' (28 de mayo de 2016).

22 OCDE, 'Directrices para empresas multinacionales' (2011); OCDE, 'Guía de diligencia debida de la OCDE para una conducta empresarial responsable' (2018).

Si bien la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos ha recibido un amplio respaldo, la implementación efectiva de las recomendaciones pertinentes formuladas en los estándares de *soft law* (Derecho indicativo internacional) depende en última instancia de la voluntariedad corporativa. En la práctica, sin embargo, la aplicación de las normas internacionales de diligencia debida empresarial en materia de derechos humanos sigue siendo muy deficiente²³.

Ante este panorama, la UE ha ido adoptando medidas regulatorias no solo para mejorar las prácticas de diligencia debida en materia de derechos humanos y el medio ambiente, sino también para evitar la inseguridad jurídica, la fragmentación del mercado interior y los costes y la complejidad innecesarios para las empresas como resultado de un número creciente de leyes de diligencia debida adoptadas por los Estados miembros²⁴.

Según la Comisión Europea, los desafíos que pretende afrontar la futura Directiva, es decir, los impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente en el contexto de las actividades empresariales, constituyen una *dimensión transnacional*²⁵. Esta respuesta de la UE al alcance transnacional del problema ha dado lugar a un enfoque que tendrá repercusiones para los actores públicos y privados que operan a través de las fronteras nacionales. A la vista de la relevancia y los desafíos que suscita esta respuesta, este trabajo presenta y analiza los elementos clave del proyecto de Directiva en la coyuntura actual del procedimiento legislativo en curso.

II. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

En el ámbito europeo, el proyecto de Directiva de debida diligencia en materia de sostenibilidad corporativa se inscribe en el contexto de las leyes de diligencia debida de los Estados miembros, así como en la normativa de la UE que incluye disposiciones de diligencia debida basadas en el riesgo para los derechos humanos y el medio ambiente. A su vez, en el contexto mundial más amplio, la propuesta de Directiva se inserta en la evolución jurídica y normativa internacional destinada a frenar la capacidad de las empresas comerciales para causar daños sociales derivados de sus actividades económicas y lucrativas.

-
- 23 Las evidencias sobre la implementación de la debida diligencia de derechos humanos en la práctica son limitadas, y los estudios existentes apuntan a su deficiente aplicación, World Benchmarking Alliance, 'Corporate Human Rights Benchmark 2022: Insights Report' (noviembre de 2022) <https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2022/11/2022-CHRB-Insights-Report_FINAL_23.11.22.pdf> en pág. 9.
- 24 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, pág. 13.
- 25 Ibid., Exposición de motivos, en particular págs. 1-3 y 15-16.

En 2017, Francia fue pionera al adoptar la Ley sobre el deber de vigilancia destinada a grandes empresas y grupos corporativos²⁶. Holanda²⁷, Alemania²⁸ y Noruega²⁹ han seguido su ejemplo con diferentes variaciones de los requisitos de diligencia debida, mientras que iniciativas similares están pendientes en otros Estados miembros de la UE³⁰. Entre ellos se encuentran Austria, Bélgica, Finlandia, Dinamarca, Italia, y España³¹. En este contexto, la UE anunció en 2020 que también introduciría la diligencia debida obligatoria basada en el riesgo, centrada en los derechos humanos y el medio ambiente³².

La futura Directiva complementará e integrará el marco jurídico más amplio de la Unión Europea sobre conducta empresarial responsable, con el que se encuentra interconectada. Se ha de destacar que la propuesta de Directiva está estrechamente vinculada a la Directiva relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD), que modifica la Directiva de contabilidad de la UE y la Directiva sobre divulgación de información no financiera³³ y exige que las empresas y los grupos corporativos divulguen información general sobre sostenibilidad³⁴.

26 LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés Mères et des Entreprises Donneuses d'ordre de 27 de marzo de 2017 (Francia)).

27 Ley sobre debida diligencia en materia de trabajo infantil, de 24 de octubre de 2019. Véase en <https://www.mvoplatform.nl/en/frequently-asked-questions-about-the-new-dutch-child-labour-due-diligence-law/>

28 Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains, BGBl I 2021, 2959. Official English translation at <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf> <https://www.bmas.bund.de/XXX>.

29 Ley de transparencia de Noruega, en vigor desde el 1 de julio de 2022. Véase en <https://www.norway.no/es/argentina/Noruega-X/noticias-eventos/la-ley-de-transparencia-noruega-entro-en-vigor/>.

30 Para un análisis detallado de las leyes y políticas de diligencia debida en materia de derechos humanos en Europa, véase SCHILLING-VACAFLOR, A Y LENSCHOW, A. «Hardening foreign corporate accountability through mandatory due diligence in the European Union? New trends and persisting challenges», *Regulation & Governance* 2021, págs. 1–17.

31 Para obtener información general, véase Business and Human Rights Resource Centre, 'National & regional movements for mandatory human rights & environmental due diligence in Europe' <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/national-regional-movements-for-mandatory-human-rights-environmental-due-diligence-in-europe/>> .

32 Como indicamos anteriormente, estas consideraciones también son decisivos para las bases jurídicas de la futura Directiva, es decir, los artículos 54 y 114 TFUE, que otorgan a la UE la competencia para adoptar medidas destinadas a garantizar la libertad de establecimiento (artículo 50 del TFUE) y a aproximar las legislaciones de los Estados miembros para asegurar el funcionamiento del mercado interior (artículo 114 del TFUE).

33 La Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo modificó la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. La Directiva 2014/95/UE introdujo la obligación de que las empresas presentaran información relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. En relación con estos temas, la Directiva 2014/95/UE exigía a las empresas que presentaran información en los siguientes ámbitos: modelo de negocio; políticas, incluidos los procedimientos de diligencia debida; resultados de dichas políticas; riesgos y gestión de riesgos; e indicadores clave de resultados que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial.

34 Comparar el considerando 44 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la

De acuerdo con los marcos internacionales sobre conducta empresarial responsable, la divulgación es una parte integral de un proceso de diligencia debida basado en el riesgo³⁵. Sin embargo, con arreglo al Derecho de la Unión, la comunicación de información pertinente entra en gran medida en el ámbito de aplicación de la futura Directiva y, por tanto, en un acto legislativo diferente con un ámbito de aplicación subjetivo distinto³⁶.

Por lo tanto, la propuesta de Directiva se centra en políticas y procesos de gestión para identificar y abordar los impactos adversos, prescribiendo obligaciones de divulgación sólo para aquellas entidades que no están cubiertas por la CSRD. La CSRD, a su vez, garantiza que las empresas y los grupos corporativos comuniquen información relevante, incluida una descripción de los procesos de debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos y medio ambiente, los principales impactos reales o potenciales resultantes de sus propias operaciones o cadenas de valor, y las acciones tomadas para prevenir, mitigar, remediar o poner fin a tales impactos adversos. A pesar de la separación formal, los dos requisitos están estrechamente vinculados. Por un lado, los procesos de diligencia debida basados en el riesgo prescritos permiten a las empresas recopilar mejor los datos necesarios para sus informes de sostenibilidad. Por otro lado, la mayor disponibilidad de información sobre sostenibilidad, resultante de los requisitos de CSRD, facilita a las empresas, especialmente a los socios comerciales de las entidades informantes, cumplir con sus propias obligaciones de diligencia debida basadas en el riesgo. Por lo tanto, la futura Directiva y la Directiva sobre presentación de información en materia de sostenibilidad se complementan y refuerzan mutuamente.³⁷

La futura Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial también complementa los requisitos de diligencia debida existentes en la legislación comercial de la UE, que se centran en una serie de desafíos específicos del sector. Los operadores económicos que comercializan madera o productos de la madera en el mercado común, por ejemplo, ya están obligados, en virtud del Reglamento de la UE sobre la madera, a actuar con

Directiva (UE) 2019/1937) y Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, en lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

- 35 Principio 21 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 'Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos' (n.º 5); OCDE, 'OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct' (Guía de la OCDE sobre la debida diligencia para la conducta empresarial responsable). Véase también, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.
- 36 Mientras que la futura Directiva sólo se aplica a grandes empresas que operan en el mercado de la UE, la CSRD comprende las pequeñas, medianas y grandes empresas (excepto microempresas), siempre que sean entidades de interés público, aunque con algunas excepciones. Véase el artículo 19 bis(1),6) y 7) y artículo 29c Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, en lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Texto pertinente a efectos del EEE) (n.º 29).
- 37 Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE [2013]

la debida diligencia para garantizar la transparencia a lo largo de sus cadenas de suministro y evitar la importación de madera talada ilegalmente.³⁸ Aunque se centra en los riesgos para la sociedad, el Reglamento de la Madera, sin embargo, aplica un enfoque de diligencia debida diferente al establecido por los Principios Rectores.

El 6 de diciembre de 2022 se produjo un acuerdo político de los legisladores europeos en el que se decide reemplazar el Reglamento de la Madera con un nuevo Reglamento de Deforestación de la UE (EUDR), que cubrirá la madera, así como el aceite de palma, el ganado, la soja, el café, el cacao, el caucho y los productos derivados³⁹. El próximo nuevo acto jurídico, aprobado por el Parlamento Europeo en primera lectura⁴⁰, y que se espera entre en vigor en junio, exige la debida diligencia no solo para garantizar el cumplimiento de la ley del país de producción, sino también para evitar la importación o exportación desde la UE de productos básicos o productos que contribuyen a la deforestación⁴¹.

En comparación con las obligaciones generales de diligencia debida en virtud de la futura Directiva, sus objetivos son más específicos y diferentes. Este Reglamento incluye la prohibición de introducir en el mercado determinadas materias primas y productos derivados «si el cumplimiento del requisito de «legal» y «libre de deforestación» no puede establecerse mediante la diligencia debida». Esta prohibición será aplicable a todos los agentes que introducen los productos pertinentes en el mercado de la Unión, tanto empresas de la UE como de terceros países, independientemente de su forma jurídica y su tamaño. Ambos instrumentos se reforzarán mutuamente, constituyendo la futura Directiva un complemento al Reglamento sobre productos libres de deforestación «mediante la introducción de una diligencia debida de la cadena de valor relacionada con actividades que no están contempladas en dicho Reglamento, pero que pueden conducir, directa o indirectamente, a la deforestación»⁴².

Otro ejemplo es el Reglamento de Minerales de Conflicto de la UE de 2017⁴³. Aplicando un enfoque de diligencia debida consistente con las normas pertinentes de la OCDE⁴⁴, presenta

38 Reglamento n.º 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los operadores que comercializan madera y productos de la madera *DO L 295 de 12.11.2010*, pág. 23–34 (Reglamento de la UE sobre la madera).

39 Propuesta de Reglamento (2023) del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos derivados asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010—.

40 Véase en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0109_ES.html.

41 Artículos 4(1), 3 a) a b) y 2 8) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010 de 17 de noviembre de 2021, COM(2021) 706 final (Comisión Europea).

42 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n.º 1), Exposición de motivos, pág. 8.

43 Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo (DO 2017, L 130/1).

44 OCDE, 'Guía de diligencia debida para cadenas de suministro responsables de minerales de zonas

obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de minerales y metales que contienen estaño, tantalio, tungsteno u oro con el objetivo de prevenir la violencia y el abuso de los derechos humanos en relación con la extracción y el comercio de estos recursos en zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo.⁴⁵ La futura Directiva incluye en el alcance material de las obligaciones de diligencia debida «los efectos adversos sobre el medio ambiente y se aplicarán a las cadenas de valor de minerales adicionales que no están incluidos en el Reglamento sobre los minerales de zonas de conflicto pero que producen efectos adversos sobre los derechos humanos, el clima y el medio ambiente»⁴⁶, por lo que también contribuirá a reforzar y ampliar las obligaciones de diligencia debida incluidas en dicho reglamento.

Se han previsto disposiciones similares para las empresas que comercializan baterías recargables industriales y de vehículos eléctricos⁴⁷ y que tienen los objetivos específicos de reducir las repercusiones medioambientales, climáticas y sociales a lo largo de todas las fases del ciclo de vida de las pilas y baterías, reforzar el funcionamiento del mercado interior y garantizar la igualdad de condiciones mediante un conjunto común de normas. Incluye en su ámbito de aplicación a los operadores económicos que introduzcan en el mercado de la Unión baterías industriales o para vehículos eléctricos (incluidas las incorporadas en vehículos) que tengan una capacidad superior a 2 kWh, estableciendo la obligación de que adopten políticas de diligencia debida de la cadena de suministro, y de que presenten documentación relativa a la conformidad para la verificación por parte de los organismos notificados y están sujetos a controles por las autoridades nacionales de vigilancia del mercado. Esta propuesta de Reglamento cubre aquellas materias primas de las cuales una parte importante de la producción mundial se destina a la fabricación de pilas y baterías y que pueden tener efectos adversos para la sociedad o el medio ambiente (cobalto, grafito natural, litio y níquel). La futura Directiva «complementará al Reglamento relativo a las pilas y baterías mediante la introducción de una diligencia debida de la cadena de valor en relación con las materias primas que no están contempladas en dicho Reglamento, pero sin exigir una certificación para la introducción de los productos en el mercado de la UE»⁴⁸.

La futura Directiva sobre diligencia debida complementa estos regímenes de diligencia debida específicos de los distintos sectores con requisitos generales de diligencia debida basados en el riesgo y que se aplican a menos que exista «una disposición de otro acto legislativo de la Unión que persiga los mismos objetivos y establezca obligaciones más amplias o más específicas». Así pues, los requisitos más específicos de diligencia debida prevalecen

afectadas por conflictos y de alto riesgo: segunda edición' (2012).

- 45 Artículos 3-7 Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro para los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo).
- 46 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, pág. 7.
- 47 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las pilas y los residuos de pilas, por el que se deroga la Directiva 2006/66/CE y se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020» (COM(2020) 798 final, de 10 de diciembre de 2020).
- 48 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (n 1), Exposición de motivos, pág. 8.

sobre la propuesta de Directiva⁴⁹ en virtud del principio de especialidad normativa (*lex specialis derogat legi generali*).

III. LAS CLAVES DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE SOSTEBILIDAD EMPRESARIAL

En el núcleo de la propuesta de Directiva se encuentra un conjunto de requisitos (llamados «diligencia debida de sostenibilidad» o «debida diligencia de derechos humanos y medio ambiente»), que requieren que las empresas identifiquen y gestionen los impactos adversos reales y potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente a lo largo de su cadena de valor⁵⁰.

Entre sus objetivos la propuesta de Directiva incluye: 1) mejorar las prácticas de gobierno corporativo; 2) evitar la fragmentación de los requisitos de diligencia debida en el mercado único y crear seguridad jurídica para las empresas y las partes interesadas; (3) aumentar la responsabilidad corporativa por los impactos adversos y garantizar la coherencia de las empresas con respecto a las obligaciones; (4) mejorar el acceso a la reparación para aquellos afectados por impactos adversos en los derechos humanos y ambientales de las empresas; 5) complementar otras medidas en vigor o propuestas en la UE a través de un marco horizontal global.

En el análisis de su contenido, centraremos el análisis en los apartados fundamentales de la propuesta de Directiva.

1. Ámbito de aplicación

En su ámbito de aplicación material, la propuesta de Directiva comprende los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de las actividades propias de las empresas, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor respecto de las entidades con las que las empresas mantengan una relación comercial establecida.

49 Artículo 1, apartado 3 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (

50 The EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive SHIFT'S analysis, informe publicado en marzo de 2022. El informe se puede consultar en: https://shiftproject.org/wp-content/uploads/2022/03/Shift_Analysis_EU_CSDDProposal_vMarch01.pdf; BRIGHT, C. and SMIT, L., «The new European Directive on Corporate Sustainability Due Diligence» in *British Institute of International and Comparative Law and Nova School of Law*. 23 February 2022, disponible en <https://www.biicl.org/blog/32/the-new-european-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence>.

El artículo 3.c define los «efectos adversos sobre los derechos humanos», como las consecuencias negativas para las personas protegidas resultantes del incumplimiento de alguno de los derechos o las prohibiciones previstos en los convenios internacionales que figuran en la lista del anexo de la propuesta de Directiva.

Por su parte, el artículo 3.b define «efecto adverso para el medio ambiente» como las consecuencias negativas para el medio ambiente resultantes del incumplimiento de alguna de las prohibiciones y obligaciones establecidas en los convenios internacionales en materia de medio ambiente que se enumeran en la parte II del Anexo de la propuesta de Directiva.

Este Anexo hace referencia a las disposiciones pertinentes y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluidos la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵¹, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵², la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros, y de instrumentos internacionales en materia de medio ambiente, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica⁵³, el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Convenio de Minamata sobre el Mercurio, Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, que las empresas deben respetar a través del cumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida.

A pesar de incluir un compromiso explícito con la no regresión (artículo 1, apartado 2), y una cláusula de salvaguardia (artículo 1, apartado 3), la omisión por parte del proyecto de Directiva de las normas regionales europeas y nacionales de derechos humanos parece regresiva, en particular en lo que respecta a los derechos humanos que ya son vinculantes para las instituciones de la UE y los Estados miembros (como el CEDH, la Carta Social Europea y la Carta Europea de Derechos Fundamentales)⁵⁴. Estas normas contienen protecciones que son relevantes en un contexto empresarial y que pueden no ser abordadas en la misma medida por los otros instrumentos mencionados en el anexo.

Los Principios Rectores determinaron el mínimo de derechos humanos internacionalmente reconocidos que las empresas deben respetar estableciendo que estos derechos son los enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. A pesar de las limitaciones indicadas, es positivo que la propuesta de Directiva haya ampliado expresamente el elenco de derechos que las empresas deben respetar.

Los impactos climáticos que surgen de la actividad corporativa no se mencionan en este contexto. En cambio, el artículo 15, apartado 1, de la propuesta de la Comisión⁵⁵ define una

51 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, 999 UNTS 171.

52 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966, 993 UNTS 3.

53 Convenio sobre la Diversidad Biológica 1992, 1760 UNTS 79.

54 O'BRIEN, C. y HARTMANN, J., The European Commission's proposal for a directive on corporate sustainability due diligence: two paradoxes, en <https://www.ejiltalk.org/the-european-commissions-proposal-for-a-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence-two-paradoxes/>.

55 Art. 15(1) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia de-

obligación separada para empresas específicas, al margen de los requisitos de diligencia debida, de adoptar un plan climático que establezca cómo su modelo de negocio y estrategia se alinean con la transición a una economía neutra en carbono y a los objetivos del Acuerdo de París⁵⁶. Ello es particularmente desafortunado puesto que puede considerarse que la debida diligencia climática, sin dejar de reconocer las dificultades de su aplicación, es un componente importante de la debida diligencia en materia de derechos humanos⁵⁷.

En cuanto al ámbito subjetivo, de acuerdo al artículo 2 la propuesta de Directiva se aplica a tanto a empresas europeas como no europeas. Están comprendidas las empresas constituidas conforme a la legislación de un país miembro de la UE por encima de un determinado umbral en términos de volumen de negocio y número de empleados, así como otras sociedades de responsabilidad limitada de la Unión que operen en sectores definidos de alto impacto, junto con empresas no europeas, constituidas conforme a la legislación de un tercer país, aunque con actividad en la Unión, sobre una base similar.

En cuanto a los criterios exigidos, se puede decir que la propuesta de Directiva solo cubre dos grupos de empresas: a) las empresas que en el último ejercicio financiero emplearon en promedio a más de 500 empleados y sus ingresos netos en volumen de negocio a escala mundial superaron los 150 millones de euros, y b) aquellas empresas que no alcanzaron los umbrales establecidos en el primer grupo, pero emplearon en promedio a más de 250 empleados y en el último ejercicio financiero lograron ingresos netos mundiales de más de 40 millones de euros. La condición es que al menos el 50 % del volumen de negocios proceda de sectores específicos de alto riesgo⁵⁸, entre los que se indican la producción y venta al por mayor de textiles, cuero y productos de cuero (incluido el calzado); agricultura, silvicultura, pesca, producción y venta al por mayor de artículos; extracción de recursos minerales independientemente del lugar de extracción, producción de productos metálicos básicos, otros productos a partir de materias primas minerales no metálicas y productos metálicos acabados (excepto maquinaria y equipo) y comercio al por mayor de materias primas minerales, productos minerales básicos e intermedios⁵⁹. Estos criterios se aplican a una empresa individual y no a nivel de grupo⁶⁰.

La propuesta de Directiva también se aplicará a las empresas de terceros países que cumplan las mismas condiciones en términos de volumen de negocios, aunque generado dentro de la Unión Europea. Este es un aspecto esencial, en cuanto que el volumen de negocios se ha erigido en nexo entre las empresas de terceros Estados y la Unión, dado que las actividades de estas empresas pueden tener efectos en el mercado interior. El legislador europeo lo ha articulado como vínculo suficiente para que el Derecho de la Unión se aplique a estas

bida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

56 Véase art. 3 b) y partes I a II del Anexo.

57 MACCHI, C. (2021). «The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence'. *Business and Human Rights Journal*, 6 (1), 93-119. Véase también World Benchmarking Alliance, <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/climate-and-energy-benchmark/> y en <https://www.worldbenchmarkingalliance.org/news/our-response-to-the-european-commissions-proposal-for-a-corporate-sustainability-due-diligence-and-amending-directive-eu-2019-1937/>,

58 Véase art. 2 b) apartados i)-iii).

59 Art. 2 1) b) ibídem.

60 Art. 2(2) ibídem.

compañías. Las leyes nacionales sobre debida diligencia en materia de derechos humanos solo se aplican a las empresas que están registradas o tienen una sucursal en los respectivos Estados miembros.

Todas las empresas que cumplan con los criterios anteriores deben cumplir con un conjunto de obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente respecto a los efectos adversos, reales y potenciales, sobre los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias actividades, de las actividades de sus filiales y de las actividades de la cadena de valor de las entidades con las que dichas empresas mantengan una «relación comercial establecida».

La propuesta ha limitado el ámbito de aplicación de la Directiva a las empresas más grandes y a las empresas de industrias específicas, puesto que es en el contexto de sus actividades donde las cuestiones relacionadas con la protección del medio ambiente y los derechos humanos suscitan la mayor controversia y se producen los mayores impactos adversos.

Se ha de destacar que la propuesta de Directiva tiene efectos extraterritoriales directos para las grandes empresas de la UE (en torno a 14 000) y de fuera de la UE (aproximadamente 4 000), que cumplan con los criterios antes mencionados, cuando realicen la implementación de la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente en todas sus operaciones globales. Asimismo, se generan efectos extraterritoriales indirectos de la CDSDD para las subsidiarias y socios comerciales en todo el mundo. Las empresas matrices deben diseñar e implementar políticas de debida diligencia de derechos humanos y medio ambiente en todo el grupo corporativo. Las empresas deberán «persuadir» a los socios comerciales para que aborden los impactos negativos «mediante la propiedad o el control fáctico, el poder de mercado, los requisitos de precalificación, vinculando los incentivos comerciales con los derechos humanos y el desempeño ambiental». Cuando las medidas preventivas y mitigadoras fracasen, las empresas considerarán la desvinculación, con el consiguiente riesgo de repercusiones económicas y sociales para las empresas y los titulares de derechos en terceros países (como los boicots en zonas de alto riesgo).

2. Medidas de prevención: las obligaciones de diligencia debida

Aunque el proyecto de Directiva se inspira explícitamente en las normas de la OCDE⁶¹, que, a su vez, evolucionaron a partir de los Principios Rectores, el enfoque de diligencia debida propuesto no está totalmente alineado con esta orientación internacional. Como ya se ha señalado, los Principios Rectores de las Naciones Unidas prevén la diligencia debida como un proceso continuo, basado en el riesgo, proporcionado y flexible que aborda todos los abusos de derechos humanos reales o potenciales relacionados con las empresas causados por la empresa en cuestión o vinculados a ella a lo largo de las cadenas de suministro o valor.

61 Véase el considerando 16. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, basándose específicamente en: OCDE, 'OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct' (Guía de la OCDE sobre la debida diligencia para la conducta empresarial responsable).

El proyecto de Directiva también refleja el ciclo paso a paso de diligencia debida en materia de derechos humanos especificando seis «acciones» que comprenden la diligencia debida que deben poner en práctica las empresas dentro de su ámbito de aplicación:

- a) integrar la diligencia debida en las políticas de las empresas (artículo 5);
- b) identificar los efectos reales o adversos (artículo 6);
- c) prevenir y mitigar los efectos (artículo 7) y eliminar los efectos adversos reales o minimizarlos (artículo 8)
- d) establecer y mantener un procedimiento de denuncia (artículo 9);
- e) supervisar la eficacia de las medidas de diligencia debida (artículo 10);
- f) comunicar públicamente la diligencia debida (artículo 11).

Aunque están configurados de manera ligeramente diferente, estos pasos se alinean ampliamente con los requisitos de diligencia debida expresados por los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Sin embargo, cada paso está sujeto a una mayor elaboración por el proyecto de Directiva en disposiciones posteriores.

Además, el proyecto de Directiva de la Comisión prevé el seguimiento (en artículo 10), la presentación de informes (artículo 11) y la aplicación de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente previstas, entre otras cosas, mediante: procedimientos de reclamación a nivel de empresa (artículo 9); acción de las autoridades nacionales de supervisión (artículos 17-21) y responsabilidad civil de las empresas por daños a los derechos humanos y/o al medio ambiente causados por incumplimiento de la diligencia debida (artículo 22). Otras medidas de apoyo incluyen: protección de los denunciantes de irregularidades (artículo 23); disposiciones para la elaboración de directrices-guías de diligencia debida (artículo 13) y cláusulas contractuales modelo (artículo 12); así como restricciones al apoyo estatal a las empresas sancionadas por incumplir la diligencia debida (artículo 24). También figuran disposiciones relativas a la integración de los derechos humanos en las obligaciones fiduciarias de los administradores de las sociedades (artículos 25-26). Como se ha señalado, las grandes empresas cubiertas por el proyecto de Directiva están obligadas a adoptar un plan para combatir el cambio climático (artículo 15).

El artículo 5 del proyecto de Directiva exige que las empresas «integren la diligencia debida en todas sus políticas corporativas», al tiempo que establecen una «política de diligencia debida» específica (artículo 5, apartado 1). Se establece que estos últimos han de contener: una descripción del enfoque global de diligencia debida de la empresa (artículo 5, apartado 1, letra a); «un código de conducta que describa las normas y principios que deben seguir los empleados y las filiales de la sociedad» (artículo 5, apartado 1, letra b); y una descripción de los procesos desplegados por la empresa para aplicar la diligencia debida, incluida la «verificación del cumplimiento del código de conducta» y su aplicación a las «relaciones comerciales establecidas» (artículo 5, apartado 1, letra c), mientras que las empresas también están obligadas a actualizar anualmente toda la política de diligencia debida (párrafo 2 del artículo 5).

De conformidad con el artículo 6, el proyecto de Directiva especifica cómo las empresas deben identificar los efectos adversos reales y potenciales sobre los derechos humanos y el medio ambiente, los impactos que resulten de las operaciones propias o de las filiales, o de las relaciones establecidas en la cadena de valor (artículo 6, apartado 1). En particular, la formulación «derivada de» formulada en el artículo 6, apartado 1, se desvía de los Principios

Rectores de las Naciones Unidas, que más bien se refieren a los impactos que las empresas han causado, a los que han contribuido o a los que están directamente vinculadas⁶².

Por lo tanto, la formulación de la propuesta de Directiva en el apartado 1 del artículo 6 parece eludir las tres categorías de participación de las empresas que se distinguen por los Principios Rectores de las Naciones Unidas y que, en su esquema, conllevan diferentes consecuencias para las empresas, particularmente en relación con la responsabilidad de remediar. Ello se traslada al texto de la Directiva propuesto por la Comisión, entre otros, a los artículos 7 y 8 y, por lo tanto, al artículo 22. En el primer momento, esto podría parecer que implica responsabilidad civil por una categoría más amplia de daños (es decir, aquellos a los que la empresa está asociada a través de la vinculación directa) que la que actualmente se considera vigente en virtud del Derecho civil. Por otra parte, la responsabilidad por daños a los que una empresa sólo está directamente vinculada aparece restringida en virtud del apartado 2 del artículo 22, al menos cuando la diligencia debida «razonable» haya sido ejercida por la empresa originaria. En general, entonces, el alcance de la responsabilidad propuesto en este ámbito resulta ambiguo.

El artículo 6, apartado 4, exige a las empresas que consulten con «grupos potencialmente afectados» para recopilar información sobre posibles impactos. En general, las empresas están obligadas a «tomar las medidas adecuadas» con este fin. El deber general del artículo 6 de identificar los impactos adversos reales y potenciales está limitado de ciertas maneras. El artículo 6, apartado 2, aclara que las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva en virtud de su sector sólo necesitan identificar «los impactos adversos graves que sean pertinentes para su sector respectivo»⁶³, aunque no parece claro cómo podría lograrse tal determinación (por ejemplo, qué riesgos en relación con una empresa del sector podría evaluarse como «relevante» para ese sector). Del mismo modo, en virtud del artículo 6, apartado 3, las empresas del sector financiero están obligadas a llevar a cabo únicamente una identificación de riesgos *ex ante* en lugar de una identificación continua de riesgos en relación con las actividades financieras, una restricción que no se ajusta a los Principios Rectores de las Naciones Unidas, o a otros estándares.

Además, cabe destacar la utilización en el proyecto de Directiva de términos que matizan las calificaciones, como «apropiado» y «pertinente» para condicionar el alcance del deber de identificación del riesgo establecido. Si bien esta formulación puede proporcionar especificidad sobre el contexto, en consonancia con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, también implica incertidumbre, ya que puede ser que no siempre esté claro de antemano cómo deben ser interpretados dichos términos. Dado que el incumplimiento del artículo 6 proporciona una base para la responsabilidad, esto puede plantear desafíos en el contexto de la reparación.

La propuesta de Directiva de la Comisión pretende establecer un deber de diligencia debida que se extienda a toda la cadena de valor⁶⁴. Sin embargo, al mismo tiempo restringe el alcance de la identificación de riesgos requerida (artículo 6) a las operaciones propias de las empresas, las filiales y las «operaciones de la cadena de valor realizadas por entidades con las que la empresa tiene una relación comercial establecida». El término «relación comercial establecida» se define en la letra f) del artículo 3 en el sentido de una «relación empresarial,

62 Principios Rectores 19 y 22.

63 Artículo 2, apartado 1, letra b).

64 Artículo 3 f).

directa o indirecta, que es o se espera que sea duradera, habida cuenta de su intensidad o duración y que no represente una parte insignificante o meramente accesorio de la cadena de valor. Como indica el artículo 3, letra e), se refiere a una relación con cualquier entidad jurídica («socio») con la que una sociedad tenga un acuerdo comercial o proporcione «financiación», seguros o reaseguros» (artículo 3, letra e), punto 1); o que «realice operaciones comerciales relacionadas con los productos o servicios de la empresa para o en nombre de la empresa» (artículo 3, letra e), punto 2).

Aunque puede entenderse que este enfoque tiene por objeto evitar cargas irrazonables para las empresas, tal como se contempla en los Principios Rectores, también puede socavar su pertinencia, en términos de detección de riesgos destacados, en particular dada la probabilidad de que las empresas cubiertas puedan carecer de relaciones comerciales, o de que dichas relaciones no estén «establecidas» en los niveles más bajos de la cadena de suministro, mientras que muchos de ellos son parte integral de la actividad o el modelo comercial de una empresa. Además, los abusos graves son frecuentes en las primeras etapas de la producción. En cualquier caso, las medidas de identificación de riesgos del artículo 6, apartado 1, se matizan por la restricción de que éstas sólo tienen que ser «adecuadas», de modo que también puede cuestionarse por qué es necesaria la limitación de las relaciones comerciales establecidas para mantener la proporcionalidad.

El artículo 7 del proyecto de Directiva también establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que las empresas adopten medidas específicas para prevenir o mitigar los impactos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente que se hayan identificado en virtud del artículo 6. Según el artículo 7, apartado 2, letra a), las empresas están obligadas, «cuando proceda» (artículo 7, apartado 2) y «cuando sea necesario debido a la naturaleza o complejidad de las medidas requeridas para la prevención» [artículo 7, apartado 2, letra a)], a «elaborar y aplicar un plan de acción de prevención, con plazos de actuación razonables y claramente definidos y con indicadores cualitativos y cuantitativos», en consulta con las partes interesadas. Sin embargo, la incorporación de términos como «pertinente» y cláusulas como «necesario debido a la naturaleza o complejidad de las medidas requeridas», si bien es coherente con el enfoque de los Principios Rectores, deja incierto el efecto jurídico exacto de esta disposición.

El artículo 7, apartado 2, letra b) asimismo exige a las empresas cubiertas que soliciten garantías contractuales a los socios comerciales en las relaciones comerciales directas de que cumplirán el código de conducta (diligencia debida) de la empresa de origen, así como cualquier plan de acción de prevención elaborado por la empresa de origen, incluidas las solicitudes en cascada de garantías contractuales para otros negocios de la cadena de valor. Con arreglo al artículo 7, apartado 4, cuando se obtengan tales garantías contractuales, su cumplimiento debe verificarse «mediante las medidas adecuadas», que pueden incluir la utilización de «iniciativas industriales o de verificación independiente por terceros». Sin embargo, no se especifica en la propuesta de Directiva cómo se determinará la «pertinencia» de este enfoque, ni qué medidas pueden considerarse «apropiadas» para verificar el cumplimiento.

Las disposiciones adicionales del artículo 7 del proyecto de Directiva prevén obligaciones similares, aparentemente obligatorias, pero cualificadas para «realizar las inversiones necesarias», para: prevenir o mitigar adecuadamente los efectos adversos⁶⁵ prestar apoyo

65 Artículo 7, apartado 2, letra c).

«específico y proporcionado» a las pyme cuando sea necesario para facilitar la aplicación de un código de conducta o un plan de acción de prevención⁶⁶ y «colaborar con otras entidades» para aumentar la influencia para poner fin a los abusos. El artículo 7, apartado 3, anima a las empresas a entablar relaciones contractuales con proveedores con los que sólo tienen relaciones indirectas para buscar garantías de cumplimiento de los códigos de conducta y planes de prevención, cuando los socios comerciales directos no sean compatibles. Esto parece obedecer a la intención de permitir a las empresas tener un control más estricto sobre los estándares en la cadena de suministro. Sin embargo, su carácter no obligatorio deja en la incertidumbre su impacto.

El artículo 7, apartado 5, de la propuesta de Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que las sociedades cubiertas por el requisito de diligencia debida no amplíen las relaciones comerciales existentes ni entablen nuevas relaciones comerciales con segundas entidades cuando la sociedad cubierta no haya aplicado las «medidas adecuadas» tal como se definen en el artículo 7, apartados 2 a 4, para prevenir o «mitigar adecuadamente» impactos adversos potenciales. Además, el artículo 7, apartado 5, exige que las empresas cubiertas en esta situación, cuando la ley lo permita, deben «suspender temporalmente las relaciones comerciales»⁶⁷ y «poner fin a la relación comercial» cuando un posible impacto adverso sea grave⁶⁸, señalando que los Estados miembros pueden necesitar legislar para cubrir estas eventualidades.

El artículo 7, apartado 6, establece una exención del artículo 7, apartado 5, letra b), para las empresas de servicios financieros, cuando la rescisión de préstamos, créditos u otros servicios financieros pueda causar un «perjuicio sustancial». No se entiende en este punto la lógica del proyecto de Directiva, dado que las suspensiones o terminaciones de relaciones comerciales en virtud de otras disposiciones del artículo 7 podrían tener la misma consecuencia práctica.

El artículo 8 de la futura Directiva refleja el artículo 7 al elaborar un sistema algo complejo que determina cómo deben responder los Estados miembros y las empresas a los impactos adversos reales que se hayan identificado o «deberían haber identificado» de conformidad con el artículo 6. Esta disposición exige que las empresas «pongan fin» (artículo 8, apartado 1) a los efectos adversos derivados, según el artículo 6, apartado 1, de sus propias operaciones, las de las filiales y las relaciones comerciales establecidas vinculadas a sus cadenas de valor. Cuando esto no sea posible, deben reducir al mínimo su alcance (artículo 8, apartado 2). Cuando sea «pertinente», el artículo 8, apartado 3, exige además que las empresas «neutralicen» o «minimicen» el alcance de los impactos adversos, lo que puede exigir «el pago de daños y perjuicios a las personas afectadas y de una compensación financiera a las comunidades afectadas»⁶⁹ sobre una base que debe ser «proporcionada» a la «importancia y escala» del impacto como así como la contribución de la empresa. De conformidad con el artículo 8, apartado 3, letra b), los planes de medidas correctoras, incluidos los indicadores de «mejora», que deben elaborarse en consulta con las partes interesadas, son obligatorios en caso de que los efectos adversos no se les pueda «poner fin de inmediato».

66 Artículo 7, apartado 2, letra d.

67 Artículo 7, apartado 5, letra a.

68 Artículo 7, apartado 5, letra b.

69 Artículo 8, apartado 3, letra a).

Se puede considerar que el enfoque de la propuesta de Directiva sobre las medidas de prevención es positivo, ya que la prevención de las violaciones de los derechos humanos es preferible a la remediación en todos los casos. En principio, son bienvenidas las disposiciones sobre los planes de acción de prevención (artículo 7, apartado 1, punto 2), las inversiones (artículo 7, apartado 2, letra c), y el apoyo a las pymes (artículo 7, apartado 2, letra d), así como una indicación clara de que las empresas deben prevenir o, alternativamente, mitigar los abusos cuando la prevención no sea posible. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas destacan que la colaboración sectorial puede permitir a las empresas aumentar su influencia y, por lo tanto, prevenir, abordar y remediar los daños de las empresas a los derechos humanos. En la misma línea se pronuncia la Guía de Diligencia Debida de la OCDE sobre la colaboración sectorial. Por tanto, exigir a las empresas que colaboren para aumentar su influencia (artículo 7, apartado 3) es un mérito de esta propuesta. Al mismo tiempo, al adoptar este enfoque, ciertos elementos pueden suscitar preocupación. En primer lugar, el papel que se concede a las garantías contractuales (artículo 7, apartado 2, letra b), artículo 8, apartados 4 a 5) puede considerarse problemático, habida cuenta de los riesgos de transferencia de la carga por parte de las empresas principales a los proveedores; las posibilidades de medidas superficiales de cumplimiento de la ley que sustituyan a una auténtica gestión de riesgos; y limitaciones de los enfoques actualmente vigentes para la verificación del cumplimiento por parte de terceros a través de la «auditoría social».

Esto se relaciona con el papel previsto, en los artículos 7 y 8 de la propuesta de Directiva, para las iniciativas de la industria como un mecanismo en el que las empresas pueden confiar para verificar el cumplimiento de las garantías contractuales que deben solicitar a los socios comerciales. Del proyecto de Directiva no se desprende exactamente cómo funcionarían en la práctica los mecanismos previstos en la letra b) del apartado 2 del artículo 7 y en el apartado 4 del artículo 7. Tal como están formulados, pueden estar expuestos a posibles conflictos de intereses. El desarrollo de criterios de adecuación para las iniciativas de múltiples partes interesadas, como propone la futura Directiva es una salvaguardia importante, aunque no suficiente.

3. Medidas sobre responsabilidad y reparación

El texto de la actual propuesta de Directiva de la Comisión prevé la responsabilidad civil de las sociedades vinculadas a incumplimientos de diligencia debida, así como exclusiones parciales de responsabilidad basadas en el cumplimiento de la diligencia debida (artículos 22, 23 y 27).

De acuerdo al artículo 22, los Estados miembros han de asegurarse de que las empresas sean responsables si incumplen las obligaciones de diligencia debida, y para ello deben establecer normas que regulen la responsabilidad civil de las empresas cuando el incumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida produce efectos adversos que cause daños y perjuicios. Por tanto, según la propuesta de Directiva, la responsabilidad civil de las empresas es una consecuencia de los efectos adversos sobre el medio ambiente y las personas que sufran daños y perjuicios, que podrán reclamar una indemnización. La disposición que comentamos refuerza este régimen de responsabilidad al prever que los Estados miembros velarán por que la responsabilidad establecida en las disposiciones de Derecho nacional que traspongan el artículo 22 será de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro.

Con arreglo al texto de la propuesta, cuando una empresa cumpla los requisitos enunciados en los artículos 7 y 8, respectivamente, para prevenir y poner fin a los impactos adversos en materia de derechos humanos o medio ambiente, no será responsable de los «daños» causados por su propia actividad o la de un socio comercial directo, a menos que así sea en virtud de otras normas de Derecho nacional o de la UE (artículo 22, apartado 4). La responsabilidad por los daños causados por socios comerciales indirectos solo está prevista cuando la diligencia debida ejercida por la empresa principal haya incurrido en un defecto de «irracionalidad» (artículo 22, apartado 2). Además, el margen de responsabilidad previsto en el artículo 22 está implícitamente limitado por las restricciones a la identificación de riesgos señaladas anteriormente, dado que la identificación de riesgos (artículo 6) es una puerta de entrada a los deberes de prevención (artículo 7) y de poner fin a los efectos adversos (artículo 8); por lo tanto, parece que la responsabilidad en relación con los daños en la cadena de valor también está condicionada, *entre otras cosas*, por el alcance de las empresas cubiertas, las relaciones comerciales establecidas y el mecanismo para solicitar garantías contractuales (artículo 7, apartado 2).

El sistema general de responsabilidad de la propuesta de Directiva parece incorporar un compromiso entre el objetivo de atribuir responsabilidad a la falta de diligencia debida que causa daños y el objetivo de garantizar la razonabilidad y la proporcionalidad de dicha responsabilidad.

La propuesta de Directiva también contempla un régimen de responsabilidad civil por negligencia, lo que hace recaer la carga de la prueba en las personas demandantes. Esta es uno de los grandes obstáculos en las reclamaciones y litigios transnacionales contra las empresas a la hora de probar el daño y el nexo causal.

Asimismo, la propuesta de Directiva incluye la debida diligencia como defensa para las empresas para evitar su responsabilidad por los daños causados en la cadena valor. Así, establece que las empresas no serán responsables de los daños causados por un efecto adverso resultante de las actividades de un socio indirecto con el que tengan una relación comercial establecida, siempre y cuando hayan establecido las garantías contractuales y las medidas de verificación. Esta exención de responsabilidad no se aplicaría en caso de que no haya sido razonable esperar que las medidas adoptadas fueran adecuadas para prevenir, mitigar, eliminar o minimizar los efectos adversos. En tal caso de nuevo, si las empresas han obtenido garantías contractuales de su socios comerciales que han cumplido con el código de conducta de la empresa, verificado por una auditoría de terceros, son los reclamantes los que deben demostrar que las garantías no eran «apropiadas». Tales requisitos pueden socavar la remediación por medio de la responsabilidad civil y seguir siendo obstáculos importantes para la rendición de cuentas efectiva de las empresas.

Por último, una observación en relación con la disposición del artículo 8, apartado 3, relativa a los pagos de «daños y perjuicios» y «compensación financiera» a las personas afectadas para neutralizar o minimizar el alcance de los efectos adversos. Se necesitan iniciativas para acelerar la reparación de las víctimas de abusos corporativos, y se alienta a las empresas a facilitar la remediación de los abusos, particularmente teniendo en cuenta la duración típica de los procedimientos civiles, especialmente aquellos de carácter transnacional y que involucran complejas cuestiones de hecho y de derecho, como las planteadas en la búsqueda de la responsabilidad de la sociedad matriz. Sin embargo, como se ha señalado, la relación entre el artículo 8, apartado 3, y las disposiciones sobre responsabilidad civil por daños y perjuicios vinculados a faltas de diligencia debida parece poco clara, al igual que las consecuencias jurídicas generales del artículo 8, apartado 3.

La propuesta de Directiva de la Comisión tampoco ha contribuido a eliminar los graves obstáculos jurídicos en la presentación de reclamaciones transnacionales contra las empresas, como los altos costos, los plazos cortos de prescripción, el acceso limitado a las pruebas, la capacidad legal restringida y una carga de la prueba desproporcionada.

Los Principios Rectores indican que las empresas están obligadas a remediar los daños que han causado o a los que han contribuido; cuando los efectos adversos están directamente vinculados a sus operaciones, pueden remediarlos, pero no están obligadas a hacerlo (Principio Rector 22). Sobre esta base, puede considerarse que las disposiciones de la propuesta de Directiva en virtud del artículo 8 presentan una articulación más específica y exigente de las medidas correctivas para las empresas que la expresada explícitamente por los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Sin embargo, esto depende exactamente de cómo se interpreten los términos «derivado de» (artículo 6), «vinculación directa» (PR 22) y «relaciones comerciales establecidas» (artículo 6, apartado 1).

Teniendo en cuenta que el alcance de la obligación de reparar los daños causados por las empresas en el artículo 8 está condicionado por el deber de identificación del riesgo en el artículo 6 de la propuesta de Directiva, las excepciones al artículo 6 discutidas anteriormente adquieren mayor importancia. En general, se puede afirmar que el esquema del artículo 8, aunque ambicioso, sin embargo, tiene límites. Además, la forma en que se aplicaría, por ejemplo, cuando el régimen jurídico de un tercer país entrañe abusos en curso, no está del todo clara. También podría reforzarse la participación de las partes interesadas en las medidas que puedan contribuir a la remediación en virtud del artículo 8.

Un segundo aspecto relativo a la reparación previsto por los Principios Rectores de las Naciones Unidas son los mecanismos de reclamación a nivel de empresa o «operacional»⁷⁰. La propuesta de Directiva en su artículo 9 exigiría a las empresas que establecieran un procedimiento de reclamación, a disposición de las organizaciones de la sociedad civil, así como de los sindicatos y los particulares, que pueda abordar los impactos reales o potenciales en toda la cadena de valor. Esta característica es positiva, ya que tales procedimientos pueden servir como un mecanismo de alerta temprana, así como proporcionar una vía para la remediación en algunos casos. Por el contrario, las garantías procesales, así como la forma en que los denunciantes participan y tienen derecho a recibir información sobre sus reclamaciones, son menos claras que las disposiciones contenidas en leyes nacionales de diligencia debida en derechos humanos, como la alemana y la noruega.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas prevén una «consulta significativa con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas pertinente» en el contexto de la diligencia debida⁷¹, considerando que dicha consulta es parte integrante de la función prevista de diligencia debida como una ayuda para que las empresas comprendan los impactos en personas específicas, en un contexto específico de operaciones. Con este fin, las empresas deben consultar a las partes interesadas «directamente de una manera que tenga en cuenta el idioma y otras barreras potenciales para una participación efectiva»⁷². De acuerdo con la Guía de Diligencia Debida de Conducta Empresarial Responsable de la OCDE, la diligencia debida también debe basarse mediante el compromiso con las partes interesadas en

70 Principios Rectores 22 y 29-31.

71 Principio Rector 18.

72 Ibid.

diferentes etapas del proceso. Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, evidentemente, estos principios generales pueden requerir una interpretación más específica en diferentes contextos, en consonancia con las dimensiones sustantivas y procesales de los derechos internacionalmente reconocidos aplicables a grupos específicos y en situaciones fácticas concretas⁷³.

La propuesta de Directiva de la Comisión matiza el papel de las partes interesadas en la identificación, prevención, mitigación y cese de los daños dejando la identidad y la forma de participación de las partes interesadas en gran medida a la discreción de empresas. Esta es una laguna importante que debe ser subsanada. Además, el papel que se concede a los sindicatos en el proyecto de Directiva está restringido, apartándose de las orientaciones de la OCDE para la conducta empresarial responsable en una medida que puede suscitar dudas en términos de su coherencia con las normas internacionales del trabajo que establecen el derecho de los sindicatos a ser consultados. En el texto de la propuesta de la Comisión, el papel explícito de los sindicatos se limita a la participación en los procedimientos de reclamación, lo que limita su participación en el proceso de diligencia debida en general. Además, la referencia a los acuerdos marco globales también está ausente, ya que aunque reconoce el derecho de los sindicatos a ser informados, no reconoce el carácter vinculante de las consultas laborales y el diálogo social.

Por último, cabe destacar el papel central que se concede en la propuesta de Directiva de a las asociaciones industriales en relación con la vigilancia del cumplimiento y la verificación. Si bien las asociaciones de la industria son partes interesadas importantes en cualquier proceso corporativo, hasta ahora no se les ha dado un papel de certificación formal en las normas o mecanismos de diligencia debida, y ello puede conducir a conflictos de intereses.

En general, en lo que respecta a su plan propuesto para la vigilancia, la aplicación y las sanciones, la propuesta de Directiva, a reserva de su forma de eventual aplicación en la práctica, contempla propuestas de inspección, órdenes vinculantes, multas, medidas provisionales y derechos a las debidas garantías procesales para las partes afectadas que, en principio, parecen apropiadas y adecuadas desde el punto de vista de los derechos humanos.

Una diferencia importante entre los Principios Rectores y la futura Directiva se refiere a la exclusión de los contratos públicos de las empresas que incumplan las obligaciones de diligencia debida. La propuesta de Directiva obligaría a los Estados miembros a garantizar que las empresas que soliciten apoyo público «certifiquen» que no están sujetas a ninguna sanción por cualquier incumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida (artículo 24); sin embargo, no excluye a las empresas no cumplidoras de la contratación pública y de la financiación pública. Dado que la contratación pública y la coherencia de las políticas son temas claramente abordados por los Principios Rectores⁷⁴, y sus implicaciones para la aplicación de la debida diligencia de derechos humanos en la práctica son fundamentales por el alcance y efectos que puede revestir, la propuesta de Directiva debería ser modificada en este punto en aras de un trato equitativo de las empresas que suministran respectivamente a los sectores público y privado⁷⁵.

73 Por ejemplo, sindicatos, pueblos indígenas, niños, personas con discapacidad, etc.

74 Principios Rectores 6,7, 8.

75 La ley de diligencia debida de Alemania prevé exclusiones claras de la participación en licitaciones públicas basadas en el incumplimiento de los requisitos de diligencia debida en derechos humanos.

En todo caso, del análisis anterior se desprende que la futura Directiva tendrá efectos indirectos considerables para todas las empresas cuyos productos o servicios estén suficientemente vinculados al mercado interior de la UE. Además, es probable que tenga implicaciones sociales y económicas para las empresas y otras partes interesadas en países no pertenecientes a la UE. La propuesta de la Comisión tiene por objeto explícitamente «garantizar que las empresas activas en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías y las sociedades mediante la identificación, prevención, mitigación, eliminación y minimización de los efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, sus filiales y sus cadenas de valor tanto dentro como fuera de la UE»⁷⁶. Aunque aspiran a una evolución positiva frente a los impactos empresariales adversos, las ambiciones del texto también pueden acarrear repercusiones negativas para los titulares de derechos humanos a los que la Directiva pretende amparar mediante el fomento de una conducta empresarial que respete los derechos humanos, los derechos del niño y el medio ambiente⁷⁷. En tal sentido, existe una preocupación particular acerca de que las empresas se retiren de países y regiones con un historial desfavorable de protección de los derechos humanos y medio ambiente para facilitar la tarea de cumplir con sus requisitos de diligencia debida, lo que podría afectar negativamente a las empresas locales y a los titulares de derechos humanos.

El legislador de la UE, por el contrario, considera que el riesgo de repercusiones sociales y económicas negativas en terceros países es bajo. La Comisión Europea se refiere en este contexto al requisito de que las grandes empresas «presten un apoyo específico y proporcionado» a las pymes en la cadena de valor, y a los datos que sugieren que los directivos prefieren resolver los impactos negativos en lugar de cortar los lazos comerciales. Sin embargo, las implicaciones reales de la futura Directiva, en tanto que pieza legislativa pionera, son difíciles de predecir dadas las complejidades de la economía globalizada.

IV. LOS PUNTOS DE DISCORDIA EN EL PRÓXIMO DIÁLOGO TRIPARTITO

El 25 de abril de 2023, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo adoptó un proyecto de texto⁷⁸ que probablemente se asemeje a la posición negociadora final del Parlamento tras la votación plenaria que está prevista para el 1 de junio de 2023⁷⁹. En el texto se pueden detectar los puntos de discordia restantes que se negociarán en las discusiones

76 Considerando 14 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de febrero de 2022, COM(2022) 71 final (Comisión Europea), pág. 35; Comisión Europea, «Informe de evaluación de impacto del documento de trabajo de los servicios de la Comisión», en pág. 62.

77 Comisión Europea, «Informe de evaluación de impacto del documento de trabajo de los servicios de la Comisión» pág. 63.

78 Véase en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/DEVE-OJ-2023-01-25-1_ES.html.

79 JURI está presidido por Lara Wolters, ponente del Parlamento en las negociaciones de la propuesta de Directiva.

tripartitas entre el Parlamento, el Consejo de la UE⁸⁰ y la Comisión Europea que tendrán lugar próximamente antes de acordar el texto final de la futura Directiva.

El texto de JURI propone cambios en la propuesta de la Comisión, así como diferencias clave con respecto al enfoque propuesto por el Consejo en su texto de orientación general. El análisis que sigue se basa en los textos de las instituciones co-legisladoras referenciados en el presente trabajo. El elenco de cuestiones clave que se presentan a continuación comprenden las siguientes: 1) El ámbito de aplicación subjetivo; 2) El ámbito de aplicación material relativo a la cadena; 3) El ámbito de aplicación material relativo al medio ambiente y el cambio climático; 4) Obligaciones de diligencia debida; 5) El régimen de responsabilidad civil, 6) Responsabilidad de los directivos y lucha contra el cambio climático; 7) Sanciones pecuniarias por parte de las autoridades de supervisión; 8) Inclusión de los servicios financieros. A continuación se procede a un breve análisis.

1) Ámbito de aplicación subjetivo

Sobre el ámbito de aplicación personal de la Directiva, el Consejo ha mantenido umbrales generales similares a la propuesta de la Comisión. Para empresas de la UE, se contempla el requisito de un volumen de negocios mundial neto de más de 150 millones de euros y más de 500 empleados de media, o para aquéllas incluidas en los sectores de alto riesgo (incluidos el textil, la agricultura, la alimentación, los metales y la extracción de minerales), un volumen de negocios global de 40 millones de euros, siempre que al menos 20 millones de euros de este volumen de negocios neto se generaran en un sector de alto riesgo, y con más de 250 empleados en promedio.

En cuanto a las empresas no pertenecientes a la UE (para las que no se tiene en cuenta el número de empleados), quedarían cubiertas si tienen un volumen de negocios superior a 150 millones de euros en la Unión Europea, o bien un volumen de negocios superior a 40 millones EUR, pero inferior a 150 millones de euros en la Unión Europea, siempre que se hayan generado al menos 20 millones de euros en un sector de alto riesgo (artículo 2, apartado 2). La orientación general del Consejo añade el requisito de que los criterios de umbral del número de empleados y el volumen de negocios neto mundial deben cumplirse durante dos ejercicios presupuestarios consecutivos. Esta previsión está en línea con la Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa de la UE (CSRD).

En relación con las empresas no pertenecientes a la UE, la orientación general del Consejo introduce una nueva disposición en el artículo 2. En el texto se exige a la Comisión que establezca un sistema de intercambio seguro de información sobre el volumen de negocios neto de las empresas no pertenecientes a la UE generado en la Unión (con independencia de que tengan una sucursal en un Estado miembro o sucursales situadas en Estados miembros diferentes). Este nuevo apartado tiene por objeto determinar qué Estados miembros serán competentes para hacer cumplir la CSDDD a las empresas que se hayan constituido conforme a la legislación de un tercer país.

80 Consejo de la Unión Europea, «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937: orientación general» (doc. n.º 15024/1/22, de 30 de noviembre de 2022).

Además, la orientación general del Consejo prevé una aplicación gradual y un período de *vacatio legis* de un año antes de la aplicación de las nuevas normas. En esencia, estas normas se aplicarán, en primer lugar, tres años después de la entrada en vigor de la Directiva a las grandes empresas con más de 1.000 empleados y 300 millones de euros de volumen de negocios neto mundial o, para las empresas no pertenecientes a la UE, 300 millones euros de volumen de negocios neto generado en la UE. El Consejo propone en nuevo artículo que estos umbrales, los sectores de alto riesgo y, más en general, el ámbito de aplicación personal de la CSDDD, sean revisados por la Comisión a más tardar siete años después de la fecha de entrada en vigor de la Directiva.

El ámbito de aplicación de la futura Directiva propuesto por el texto de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo va más allá de las propuestas respectivas de la Comisión y del Consejo. JURI propone que se incluyan en su ámbito de aplicación subjetivo empresas (las referencias a una «empresa» incluyen cualquier entidad que pueda estar dentro del ámbito de aplicación del texto en sus diversas formas) con más de 250 empleados y un volumen de negocios anual de 40 millones de euros; y que las empresas de países no pertenecientes a la UE estarán dentro del ámbito de aplicación si su volumen de negocios en la UE asciende al menos a 40 millones de euros y tienen un volumen de negocios global de 150 millones de euros. En efecto, la propuesta de JURI elimina los umbrales más bajos aplicables solo a las empresas de «sectores de alto impacto», al ampliar el ámbito personal a todas las empresas que cumplen con el umbral de volumen de negocios anterior.

El texto de la Comisión JURI también introduce criterios adicionales para la empresa matriz, cubriendo grandes empresas que de otro modo podrían estar fuera del alcance de la futura Directiva debido a su volumen de negocios. Las empresas matrices que no alcancen los umbrales requeridos por sí solas, pero que (con sus filiales) tengan 500 empleados y más de 150 millones de euros en facturación global anual (con al menos 40 millones de euros generados en la UE para empresas constituidas en terceros países), entrarían en el ámbito de aplicación de la Directiva.

2) Ámbito de aplicación material relativo a la cadena

Esta cuestión ha dominado los debates desde que la Comisión publicó por primera vez su propuesta de diligencia debida en la «cadena de valor» del ciclo de vida completo de una empresa (es decir, incluido el uso final por parte de los consumidores). El Consejo ha adoptado un enfoque más restrictivo al suprimir la obligación de llevar a cabo la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente en toda la cadena de valor de una empresa.

La orientación general del Consejo revisa el concepto clave de la cadena de suministro regulada sustituyendo la «cadena de valor» de la Comisión por «cadena de actividades», que se define como (i) las actividades de los socios comerciales ascendentes de una empresa relacionadas con la producción de un bien o la prestación de servicios por parte de la empresa (...) y (ii) las actividades de los socios comerciales intermedios de una empresa relacionadas con la distribución, el transporte, el almacenamiento y la eliminación del producto, incluido el desmantelamiento, el reciclaje, el compostaje o el depósito en vertederos, pero excluyendo expresamente la eliminación del producto por parte de los consumidores y la distribución, el transporte, el almacenamiento y la eliminación del producto

que están sujetos, entre otras cosas, al control de las exportaciones de la UE en virtud del Reglamento (UE) 2021/821.

La orientación general del Consejo también sustituye la definición de la Comisión de «relación comercial (establecida)» (definida originalmente como la relación con un contratista, subcontratista o cualquier otra entidad jurídica [véase el antiguo artículo 3, letras e) y f), CSDDD] recurriendo exclusivamente a «socios comerciales» directos e indirectos. No obstante, la propuesta del Consejo hace más hincapié en un enfoque basado en el riesgo por parte de las empresas y en la priorización de los graves efectos adversos en la «cadena de actividades» de la empresa.

Al igual que el Consejo, JURI ha abandonado el concepto de «relación comercial establecida» de la Comisión. Sin embargo, yendo más allá que el Consejo, el llamamiento de JURI a la diligencia debida en la «cadena de valor» (excluyendo la gestión de residuos del producto por parte de consumidores individuales) significa que las obligaciones que requieren la debida diligencia sobre el uso de los productos de una empresa por parte de sus consumidores vuelven a estar en el menú.

La orientación general del Consejo pretende limitar el enfoque de la «cadena de valor» del ciclo de vida completo de la Comisión en su primer proyecto de Directiva un enfoque más de «cadena de suministro» excluyendo la fase de uso de los productos o la prestación de servicios de la empresa de la cadena de actividades que son pertinentes en virtud de la CSDDD.

Estas propuestas incluidas en la orientación general del Consejo sobre el alcance material no están en consonancia con el informe JURI, que refuerza el concepto de «cadena de valor» para ampliar el alcance material pertinente en las fases anteriores y posteriores.

Esencialmente, la posición del Consejo está apoyada por los gobiernos que defienden una mayor armonización de los conceptos de cadena de suministro en el marco de la CSDDD y su legislación nacional en la materia, en el entendido de que esta última también se limite a los pasos necesarios para fabricar productos y prestar servicios hasta la entrega a los clientes.

3) **Ámbito de aplicación material relativo al medio ambiente y el cambio climático**

JURI ha tratado de ser más prescriptivo que la Comisión o el Consejo en lo que respecta a los requisitos de las empresas dentro del ámbito de aplicación para desarrollar y publicar planes en relación con el cambio climático y la transición a cero emisiones netas. La propuesta de JURI alinearía más estrechamente los planes requeridos con las disposiciones de presentación de informes con los planes de transición climática establecidas en la recientemente adoptada Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa, aunque iría incluso más lejos. Por ejemplo, la propuesta de JURI requeriría que no solo se adoptara un Plan de Transición, sino que también éste se aplicara, un punto que no estaba claro en las posiciones de la Comisión y del Consejo. El Plan también debe estar alineado no solo con los objetivos internacionales para lograr cero emisiones netas para 2050, sino también con el Plan de Objetivos Climáticos de la UE para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 55 % para 2030.

Entre las críticas de las partes interesadas a la propuesta inicial de la Comisión se encontraba que el cambio climático no se incluyó como parte del deber general de diligencia debida en virtud de la propuesta de Directiva. La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo ha tratado de corregirlo incorporando las infracciones de las obligaciones internacionales y de la UE en materia de cambio climático al deber de diligencia debida, como parte de una ampliación del ámbito medioambiental de la Directiva.

4) Obligaciones de diligencia debida

La Comisión de Asuntos Jurídicos del PE ha adoptado en gran medida los elementos básicos de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos propuestas por la Comisión, modificadas por la propuesta del Consejo.

En la orientación general del Consejo se pretende reforzar el enfoque basado en el riesgo modificando el artículo 6 de la propuesta de Directiva (cartografía y evaluación en profundidad de los efectos adversos) e introduciendo un nuevo artículo 6 bis sobre la priorización de los efectos adversos. Esta priorización se basa en la gravedad y la probabilidad del impacto adverso. Además, la orientación general del Consejo integra explícitamente el principio de adecuación, estableciendo cómo determinar las medidas apropiadas para (i) prevenir o mitigar los posibles impactos adversos y/o (ii) poner fin a los impactos adversos reales. Estas modificaciones propuestas por el Consejo encajan mejor con las obligaciones de diligencia debida y gestión de riesgos de la cadena de suministro en virtud de la Ley alemana.

Además, la orientación general del Consejo incluye la posibilidad de que las empresas no pongan fin a la relación comercial si existe una expectativa razonable de que la terminación daría lugar a un impacto adverso que es más grave que el impacto adverso potencial que no podría prevenirse o mitigarse adecuadamente. Las relaciones comerciales también pueden mantenerse si no existe una alternativa disponible a una relación comercial que proporcione una materia prima, producto o servicio esencial para la producción de bienes o la prestación de servicios de la empresa y la terminación causaría un perjuicio sustancial a la empresa (art. 7 (7) y art. 8 (8) CSDDD).

Sin embargo, la Comisión JURI ha añadido importantes aclaraciones al texto. Las enmiendas de JURI buscan alinear aún más los elementos de diligencia debida requeridos en virtud del texto de la propuesta con los principios y procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos que se espera que las empresas implementen de conformidad con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. También incluye otras áreas de conducta empresarial responsable (incluso en relación con el medio ambiente) de acuerdo con las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la orientación relacionada.

Aunque se menciona en los proyectos de la Comisión y del Consejo y se refleja en elementos de las disposiciones sobre diligencia debida y las definiciones asociadas, JURI se ha basado más claramente en estas normas y directrices de Derecho indicativo en varios aspectos significativos. Por ejemplo, las empresas deben identificar los impactos adversos que han «causado» o «contribuido», y también aquellos a los que están «directamente vinculadas», ampliando los impactos que deben identificarse. Estos términos reciben definiciones

que buscan alinearse con los términos empleados en los Principios Rectores de las Naciones Unidas y las Directrices de la OCDE.

Otros añadidos al texto propuestos por la Comisión de Asuntos Jurídicos del PE requieren que los Estados miembros impongan obligaciones adicionales a las empresas que operan en contextos específicos con mayores riesgos asociados con impactos ambientales y de derechos humanos adversos. Por ejemplo, cuando operan en zonas en situación de conflicto armado, situaciones posteriores a conflictos, zonas ocupadas o anexionadas, o zonas con una gobernanza débil (como en Estados fallidos), los Estados miembros deben garantizar que las empresas lleven a cabo una diligencia debida «reforzada» y respeten el Derecho Internacional Humanitario. También se imponen obligaciones específicas a los Estados miembros para regular la diligencia debida de los inversores financieros con respecto a las empresas en las que se invierte. Los Estados miembros deben presentar legislación para que los inversores institucionales y los gestores de activos estén obligados a adoptar las medidas adecuadas para garantizar que las empresas en las que se invierte pongan fin a los efectos adversos.

5) El régimen de responsabilidad civil

La orientación general del Consejo modifica la propuesta de la Comisión sobre responsabilidad civil con el fin de lograr una mayor claridad y evitar interferencias injustificadas en los sistemas de responsabilidad civil de los Estados miembros. Introduce el requisito previo de culpa (intención o negligencia). En tal sentido, una empresa será responsable de los daños causados a una persona física o jurídica, siempre que: «la empresa incumplió intencionalmente o por negligencia las obligaciones de diligencia debida establecidas en el art. 7 y art. 8 CSDDD; siempre que el derecho, la prohibición o la obligación enumerados en el anexo I tengan por objeto proteger a la persona física o jurídica», y «como consecuencia de tal incumplimiento, se causó un perjuicio al interés jurídico de la persona física o jurídica protegido por el Derecho nacional».

La responsabilidad civil de una empresa por daños de conformidad con el nuevo artículo 22 propuesto por el Consejo se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad civil de sus filiales o de cualquier socio comercial directo o indirecto en la cadena de actividades de la empresa. Cuando el daño sea causado conjuntamente por la sociedad y su filial, y socio comercial directo o indirecto, serán solidariamente responsables sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de la legislación nacional⁸¹. Cuando se dan las condiciones para la responsabilidad civil propuestas por la orientación general del Consejo en su artículo revisado 22, la filial puede ser considerada responsable de los daños causados, incluso si la obligación de diligencia debida pertinente no ha sido suficientemente cumplida por la sociedad matriz en nombre de la filial⁸².

Además, se ha incluido el derecho de las víctimas a una indemnización completa. Sin embargo, el derecho a una indemnización íntegra no debe dar lugar a una compensación excesiva, por ejemplo, mediante daños punitivos. La exclusión de «puerto seguro» de la responsabilidad civil para las empresas que solicitan garantías contractuales de sus socios comerciales indirectos, tal como propone la Comisión en su proyecto de art. 22 (2) de la Directiva se suprimiría con arreglo a la orientación general del Consejo.

81 Véase el nuevo art. 22 (3) de la orientación general del Consejo sobre la CSDDD.

82 Véase el nuevo considerando 16 ter de la orientación general del Consejo.

El texto del informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo amplía el alcance de la posible responsabilidad civil para incluir la responsabilidad objetiva por los impactos adversos que surjan como resultado del incumplimiento de una empresa de las obligaciones de diligencia debida de la propuesta de Directiva, pero no ha extendido dicha responsabilidad estricta a los incumplimientos por parte de las subsidiarias de una compañía.

6) Responsabilidad de los directivos y lucha contra el cambio climático

Con bastante probabilidad, la responsabilidad de los administradores constituirá un campo de batalla clave entre el Parlamento y el Consejo.

El Consejo tiende a adaptar la disposición relativa a la lucha contra el cambio climático a la Directiva sobre presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD que entró en vigor el 5 de enero de 2023). La propuesta de la Comisión vinculaba la remuneración variable de los consejeros a su contribución a la estrategia empresarial de la empresa y a los intereses y la sostenibilidad a largo plazo, y se reforzaría aún más con las modificaciones propuestas por el proyecto de informe de JURI. Sin embargo, la orientación general del Consejo suprimió las disposiciones, razonando que la remuneración de los consejeros es una cuestión de gobernanza empresarial que compete principalmente a la empresa y a sus órganos o accionistas pertinentes. En cambio, la propuesta del Consejo exige que las empresas (no los directores) establezcan y supervisen las acciones necesarias para cumplir las obligaciones de diligencia debida de conformidad con el artículo 4, apartado 1, de la CSDDD.

JURI propone atenerse a la redacción original de la propuesta de la Comisión que impone a los directores de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación la obligación de tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente. Esto significa que en caso de incumplimiento de esta obligación incurriría en las mismas responsabilidades personales previstas para los administradores en virtud de la legislación de cada Estado miembro.

Para las empresas con más de 1.000 empleados, JURI está presionando para que se implementen políticas que garanticen que la remuneración variable de los directores esté vinculada al plan de transición climática, y que esas políticas se aprueben en las juntas generales de las empresas. Por el contrario, la propuesta del Consejo eliminó la disposición que imponía obligaciones a los directores de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación, así como la propuesta de vincular la remuneración de los consejeros al establecimiento de «planes climáticos», favoreciendo la opinión de que la remuneración de los consejeros es un asunto de la empresa y sus accionistas.

7) Sanciones pecuniarias por parte de las autoridades de supervisión

La Comisión propuso dejar la cuestión de las sanciones financieras específicas a los Estados miembros, exigiendo que las sanciones impuestas por los Estados miembros sean «efectivas, disuasorias y proporcionadas». El Consejo ha estado de acuerdo. La propuesta de JURI se basa en la sugerencia de la Comisión de que las sanciones se basen en el volumen de

negocios neto de una empresa imponiendo un límite máximo del 5 % del volumen de negocios neto global de una empresa, pero también propone que los Estados miembros tengan la opción de invertir la carga de la prueba en relación con las presuntas infracciones a las que podrían aplicarse las sanciones. La aclaración de JURI proporcionaría cierta armonización sobre el nivel máximo de sanciones pecuniarias en los distintos Estados miembros.

8) Inclusión de los servicios financieros

La inclusión de los servicios financieros en las categorías de entidades obligadas a llevar a cabo la evaluación de los derechos humanos también ha sido una importante manzana de la discordia. En 2022 se pidió claridad sobre la definición de «servicios financieros» y sobre cómo se aplicarían las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos a ciertos gestores de inversiones, transacciones y actividades financieras, como las transacciones de derivados y las transacciones realizadas únicamente con fines de cobertura o como resultado de la negociación algorítmica. El enfoque del Consejo consistió en facilitar a los Estados miembros la opción de incluir o no los servicios financieros en el ámbito de aplicación de la futura Directiva. De acuerdo con la orientación general del Consejo, cada Estado miembro puede decidir si incluye o no la prestación de servicios financieros por parte de empresas financieras reguladas al transponer la CSDDD. Si un Estado miembro decide aplicarla a la prestación de servicios financieros, debe exigirse a las empresas financieras reguladas que identifiquen los efectos adversos en las operaciones de sus socios comerciales solo antes de prestar los servicios financieros.

El texto de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo exige a las empresas de servicios financieros si ya realizan controles similares de diligencia debida en otros contextos en virtud de actos jurídicos de la Unión. JURI propone limitar los tipos de proveedores de servicios financieros obligados a cumplir con la futura Directiva, eximiendo expresamente a ciertos proveedores de servicios de su ámbito de aplicación (como las instituciones de pensiones, los fondos de inversión alternativos, y las agencias de calificación crediticia).

V. CONCLUSIONES

La Directiva de la UE sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas representará un importante paso adelante a nivel mundial, dado su carácter vinculante, su ámbito geográfico y la importancia económica de las actividades cubiertas, ya sea directamente o a través de las relaciones comerciales y las cadenas de suministro, así como por la previsión de diversos mecanismos de supervisión, aplicación y remedición. No obstante, en aspectos importantes, el proyecto de Directiva no cumple las expectativas de los Principios Rectores de las Naciones Unidas y las obligaciones jurídicas existentes de la UE, así como sus compromisos políticos, mientras que ciertos elementos fundamentales pueden suponer grandes desafíos a la hora de su implementación y cumplimiento. En algunos otros aspectos, el proyecto de Directiva no lleva adelante elementos que podrían reforzar plausiblemente su eficacia e impacto, directa e indirectamente, en relación con los compromisos de la UE en materia de derechos humanos y desarrollo sostenible. Si bien se han abordado las complejidades que tiene la regulación en este ámbito, los numerosos méritos del proyecto de Directiva no impiden afirmar la necesidad de que se corrijan sus deficiencias en el procedimiento

legislativo que queda por finalizar. En este sentido, la doctrina ha formulado recomendaciones a las instituciones colegisladoras para mejorar el texto que nos parecen muy acertadas⁸³.

Desde un enfoque teórico, la futura Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad de las empresas constituye una manifestación del *Derecho transnacional*⁸⁴. Esta perspectiva transnacional subyacente al texto goza de apoyo en todas las instituciones que participan en el procedimiento legislativo y, por tanto, se espera que culmine en el acto jurídico definitivo. La futura Directiva supone un hito en la evolución del Derecho transnacional de las normas internacionales del *soft law* (Derecho indicativo) hacia el *hard law* (Derecho duro) regional y nacional. La esperada norma de Derecho derivado de alcance general contribuirá a promover la legislación de diligencia debida en materia derechos humanos y medio ambiente en otros países y regiones, ampliando así aún más la evolución del Derecho transnacional de diligencia debida basado en dichos riesgos. Teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial, que requieren que las grandes empresas de la Unión, así como de fuera de la UE, transfieran estas obligaciones a los socios comerciales en la cadena de suministro, incluidos los de terceros países, la futura Directiva tendrá implicaciones considerables para las empresas y los titulares de derechos fuera de la Unión Europea.

Es importante destacar que la aplicación extraterritorial de normas de la UE puede plantear desafíos y controversias, y puede generar tensiones con otros países y sistemas jurídicos. Sin embargo, la UE sostiene que esta práctica es necesaria para proteger los intereses de la Unión, garantizar un comercio justo y responsable, y promover los derechos humanos y la sostenibilidad en un contexto globalizado.

A la vista de la incertidumbre de los efectos de la futura Directiva en terceros países y del enfoque rígido hacia los socios comerciales con sede en el extranjero que no cumplan los requisitos de diligencia debida, se recomienda que el legislador de la Unión Europea debería actuar con cautela para evitar repercusiones adversas que puedan materializarse en la práctica, a pesar de las aspiraciones positivas de la iniciativa legislativa.

La extraordinaria importancia de la norma cuya adopción se espera muy próximamente ha volcado la atención mundial sobre este procedimiento legislativo de la Unión Europea. A la espera de esta norma histórica, *todos los ojos*, por tanto, *puestos en Bruselas*.

83 Véase PIGRAU, A. e IGLESIAS, D., en Documento 20/2022 de la colección Documents ICIP.

84 Derecho público dirigido a agentes privados, preocupado por los derechos humanos y el medio ambiente en el contexto del comercio, y aplicable a través de las fronteras. Esta es la interpretación sostenida por la Profesora Karin Buhmann que compartimos. Véase BUHMANN, K., «UN Guiding Principles and Transnational Business Governance», *Encyclopedia of Business and Professional Ethics*, 2023 págs 1801-1806; BUHMANN, K., «Business and human rights: Understanding the UN Guiding Principles from the perspective of transnational business governance interactions», *Transnational Legal Theory*, 6:2, págs. 399-434. AVBELLJ, M., *The European Union under Transnational Law: A Pluralist Appraisal (Modern Studies in European Law)*, Bloomsbury 2020.

PREVENCIÓN Y REPRESIÓN PENAL DEL DELITO DE TRATA: UNA APROXIMACIÓN AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA INTEGRAL CONTRA LA TRATA Y LA EXPLOTACIÓN

Cristina Guisasola Lerma

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Valencia (UV)
cristina.guisasola@uv.es

Resumen: La trata de seres humanos, como antesala, vía y medio de las formas actuales de esclavitud, representa uno de los delitos más complejos del mundo contemporáneo vinculado a graves violaciones de los derechos humanos. Atendiendo a los datos en el contexto internacional, europeo y nacional, se apuntan algunos retos pendientes en el abordaje de dicho delito en el Código Penal español, desde su consideración como delito económico y a la luz del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y la explotación de seres humanos, aprobado en noviembre de 2022. En particular se incide en la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de trata y el papel de los *compliance programs* y la diligencia debida empresarial como herramientas de prevención en el ámbito del sector empresarial.

Abstract: Trafficking in human beings, as a prelude, a way and a means to current forms of slavery, represents one of the most complex crimes linked to serious violations of human rights in today's world. Analyzing data from the international, European and national context, we point out some pending challenges in the approach to these crimes in the Spanish Criminal Code, such as its economic component, taking as reference the Draft Bill of the Integral Organic Law against trafficking and exploitation of human beings, passed in November 2022. In particular, this paper focuses on the issue of the criminal liability of legal persons for the crime of trafficking and the role of compliance program and corporate due diligence as prevention tools in the business sector.

Palabras clave: derechos humanos, trata y explotación de seres humanos, programas de cumplimiento, diligencia debida.

Keywords: human rights, trafficking and exploitation of human beings, criminal compliance programs, due diligence.

Sumario: I. Trata y esclavitud moderna, retos pendientes transcurridos 20 años del Convenio de Palermo. 1. Globalización y criminalidad transnacional: el delito de trata de seres humanos. 2. Nuevos retos atendiendo a los datos en el contexto internacional, europeo y nacional. II. El necesario abordaje de la trata desde su componente económico: una aproximación al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y la explotación. 1. Evolución normativa del delito de trata: su enfoque como delito económico. 2. El tipo cualificado de trata en los supuestos de delincuencia organizada: unas notas acerca de las mínimas modificaciones proyectadas. 3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, *criminal compliance programs* y diligencia debida empresarial. 3.1. La regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito de trata: distinción con el tratamiento jurídico de las sociedades instrumentales. 3.2. Luces y sombras de los *criminal compliance* en la lucha contra los delitos de trata y explotación de seres humanos. 3.3. La diligencia debida empresarial como herramienta de prevención en materia de derechos humanos.

I. TRATA DE PERSONAS Y ESCLAVITUD MODERNA, RETOS PENDIENTES TRANSCURRIDOS 20 AÑOS DEL CONVENIO DE PALERMO

1. Globalización y criminalidad transnacional: el delito de trata de seres humanos

La trata de seres humanos, como antesala, vía y medio de las formas actuales de esclavitud, representa uno de los delitos más complejos del mundo contemporáneo que además constituye una grave violación de los derechos humanos y por tanto concita una atención específica de organizaciones internacionales como Naciones Unidas o la Unión Europea. Asimismo, el delito de trata pertenece al núcleo duro de la criminalidad organizada transnacional, tal y como la propia Convención de Palermo estableció. El inicio del presente milenio trajo consigo la aprobación del instrumento normativo internacional de referencia en dicha materia, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000 (en adelante, «Convención de Palermo»), la cual ya alertaba sobre las graves repercusiones económicas y sociales de este fenómeno¹. En virtud de ello, coincido con ZÚÑIGA RODRIGUEZ en que la delincuencia transnacional será siempre organizada, en el sentido de que requiere de redes de colaboración para la ejecución de los delitos². En particular, el propósito de la Convención de Palermo era promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente, entre otros delitos graves³, el de **trata de personas**, conforme al

1 https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOC_e-book-s.pdf

2 Al respecto, ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: «El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y respuestas» en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.): *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Valencia, 2016, pp.171 y ss.

3 a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención; y b) Los delitos

Protocolo que lo complementa: *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños*⁴. Ciertamente, si hay un ámbito característico de lo que puede entenderse como criminalidad organizada transnacional éste es, además de otros, el de la trata de personas, por lo que ha sido atendido por sucesivas regulaciones comunitarias⁵.

Ahora bien, como matiza QUINTERO OLIVARES⁶, el problema de la delincuencia organizada transnacional no es un invento de nuestro tiempo, pues basta pensar en el contrabando, en el comercio de esclavos o la trata de mujeres para su explotación sexual. Lo que ha habido es un salto cualitativo, y entiendo que también cuantitativo, a causa del aumento vertiginoso de la presencia del crimen organizado en nuestras sociedades.

Consecuentemente, considero que el listado del Convenio de Palermo constituye el punto de partida para acotar los fenómenos criminales que conforman la delincuencia transnacional clásica que sigue subsistiendo, si bien, a la vista de sus dinámicas cambiantes, abarcaría también, en un sentido amplio, los diversos tráfico ilícitos y la delincuencia económica⁷. Sostiene OLASOLO ALONSO, como la mayoría de los delitos transnacionales consisten en transacciones económicas que tienen por objeto la oferta y demanda de bienes ilícitos, seres humanos (inmigrantes, mujeres, niños...) o actividades para facilitar y organizar dichas transacciones (blanqueo de capitales, terrorismo o delincuencia cibernética, entre otras)⁸. Así, la globalización y el crecimiento exponencial de los mercados mundiales, el comercio por internet, los conflictos armados, han multiplicado las oportunidades delictivas, incrementándose notablemente dicho tráfico ilícito transnacional, vinculado en muchos casos a otros delitos conexos. Por ello, señala con acierto GARCÍA SEDANO⁹ que las estrategias destinadas a prevenir y reprimir la trata de seres humanos se han de centrar en sus causas y circunstancias adyacentes, así como en los factores que favorecen la proliferación de este fenómeno, factores de empuje o en terminología anglosajona *push factors*.

En el epicentro de dichos factores se encuentra la pobreza que envuelve una multiplicidad de necesidades humanas básicas, que se traducen en una falta de oportunidades para

graves que se definen en el artículo 2 de la Convención; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

4 Cfr. art. 5 del Protocolo de Palermo y en el ámbito regional europeo, el art. 24 del Convenio de Varsovia, que contempla entre las circunstancias agravatorias el que la infracción haya sido cometida en el marco de una organización delictiva.

5 DE LA MATA BARRANCO, N.: «La política criminal europea en materia de trata de personas e inmigración ilegal y su adaptación a la legislación española», en (Del Carpio, Dir.): *Criminalidad en un mundo global*, 2020, pp. 63 y ss.

6 QUINTERO OLIVARES, G.: «La globalización y el Derecho penal: un cajón de sastre conceptual», en (Galán/ Mendoza Dir.): *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, 2019, p. 23.

7 En opinión coincidente con MOYA GUILLEM, C./ TAPIA BALLESTEROS, P.: «Ganancias ilícitas de la delincuencia transnacional e instrumentos penales para disuadirla», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2021, p.7 85.

8 OLASOLO ALONSO, H.: «¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del Derecho internacional penal para hacer frente a los delitos transnacionales?», en PÉREZ CEPEDA, *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, ob. cit., p. 119.

9 GARCÍA SEDANO, T.: «Un análisis de los *push* y *pull factors* del delito de trata desde una perspectiva político criminal» en *Estudios Penales en homenaje al Dr. Lorenzo Salgado*, 2021, pp. 585 y ss.

alcanzar niveles de vida dignos. En completo acuerdo con CELLA NOSIGLIA, estos sectores socioeconómicos vulnerabilizados son impulsados a desplazarse inclusive fuera de las fronteras de sus países de origen lo que los convierte en más proclives a la captación de redes transnacionales de trata¹⁰. Asimismo, según el último Informe Mundial sobre Trata de Personas, presentado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)¹¹ en 2022 las situaciones conflictos y crisis humanitarias aumentan el número de víctimas de trata de personas dentro y fuera de las zonas de crisis. Al debilitarse las estructuras estatales y no estatales, y al recurrir las personas a estrategias de supervivencia negativas, aumenta no solo el riesgo de que se conviertan en víctimas de la trata, sino también el de que se dediquen activamente a esa actividad. En el momento actual, la invasión de Ucrania ha puesto a mujeres y niños en una situación de especial vulnerabilidad. Las redes de trata han aprovechado el desplazamiento de millones de refugiados, el estado de necesidad en que se encuentran, para captar, fundamentalmente mediante el engaño, a mujeres y niños con fines de explotación sexual pero también para utilizarlos en redes de esclavitud laboral. Dicha situación se ha visto agravada por otros fenómenos actuales: así, la recesión causada por el COVID-19 incrementó el riesgo de comisión del delito de trata de personas principalmente por el aumento de la población con necesidades económicas derivadas del desempleo y por consiguiente de la cibertrata. De gran interés resulta el Informe de GRETA (*Group of Experts on Action against trafficking in human beings*) de marzo de 2022 bajo el título «*Online and technology-facilitated trafficking in human beings*», el cual explora los desafíos operativos y legales a los que se enfrentan los Estados parte del Convenio del Consejo del Europa, explorando el modus operandi de los traficantes en el contexto tecnológico. Así lo advierte la Recomendación 38 de la CEDAM relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial. Dicho Informe ha alertado asimismo del riesgo que sufren las personas que huyen del conflicto armado sean víctimas de trata y de explotación¹².

2. Nuevos retos atendiendo a los datos en el contexto internacional, europeo y nacional

La obtención de datos en el ámbito que nos ocupa resulta particularmente compleja por diversos motivos, entre los que se encuentran la inexistencia de un sistema homogéneo y mecanizado de recopilación de los mismos, el propio carácter transnacional de la trata así como la elevada cifra negra de la criminalidad, consecuencia no solo de la implicación con estructuras delictivas organizadas¹³, ubicadas en la mayoría de los casos en diferentes países, sino también por las dificultades en la detección de las víctimas, en su mayoría con una situación administrativa irregular, con desconfianza hacia las autoridades y gran reticencia a denunciar o colaborar por miedo a las represalias.

10 CELLA NOSIGLIA, C.: «Factores push y pull del delito de trata de seres humanos» en *Cuestiones prácticas sobre trata de seres humanos: una visión interdisciplinaria*, Madrid, 2022, p. 11.

11 https://www.unodc.org/lpomex/uploads/documents/Publicaciones/Crimen/GLOTiP_Executive_Report_Final_Esp.pdf

12 Disponible el resumen ejecutivo en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08548-Briefing_Note_TIP_S_ebook.pdf

13 En tal sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada. Especial referencia al derecho positivo español» en *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, 2013, pp. 124 y ss.

Pese a ello, entre los instrumentos que nos permiten acercarnos a esta realidad, merece ser destacada en primer lugar la labor de la ya citada **UNODC**, en cuyo séptimo Informe Mundial sobre Trata de Personas, citado con anterioridad, que abarca 141 países, proporciona una visión general de los patrones y flujos de este delito a nivel mundial, regional y nacional, basándose en los casos detectados entre 2017 y 2021. Los hallazgos se basan además en el análisis de 800 resúmenes de casos judiciales y van acompañados de recomendaciones detalladas para las personas responsables de formular respuestas eficaces. Durante la pandemia se detectaron menos casos de trata de personas con fines de explotación sexual, ya que se cerraron los espacios públicos y las restricciones conexas pueden haber desplazado esta modalidad hacia lugares más ocultos y menos seguros, lo que dificulta la identificación de las víctimas. Sin embargo, según el Hallazgo n.10, los tratantes cada vez mejor organizados explotan a más víctimas, con más violencia y durante más tiempo, si bien la estructura y el nivel de organización de los tratantes difieren profundamente. La información de los casos judiciales revela que la mayoría de las víctimas detectadas son producto de la comisión de este delito por parte de grupos delictivos organizados.

Por su parte, según datos del Informe «Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna. Trabajo y matrimonio forzados»¹⁴, elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Walk Free y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en un período de referencia comprendido entre 2017 y 2021, 50 millones de personas eran víctimas de la esclavitud moderna – antítesis de la justicia social y el desarrollo sostenible. En relación al trabajo forzoso, según las estimaciones mundiales de 2021, 27 millones de personas se encontraban en situación de trabajo forzoso, representando las mujeres y las niñas 11,8 millones del total, aumentado en los últimos años y afectando prácticamente a todos los sectores de la economía privada¹⁵. Y así, entre las prioridades esenciales en materia de políticas para luchar contra el mismo de cara a 2030 se encuentra la de centrarse en identificar y priorizar los «puntos sensibles» en las actividades empresariales y las cadenas de suministro: en este contexto, se consideran especialmente importantes las microempresas y pequeñas empresas informales que operan en los niveles más profundos de las cadenas de suministro en sectores y lugares de alto riesgo.

En el ámbito de la Unión Europea, el **Informe del Parlamento Europeo**¹⁶ publicado en 2021 sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, estima necesario un enfoque más coordinado en los aspectos transnacionales para identificar a los autores de delitos siguiendo los flujos de beneficios. En cuanto a la eficiencia de los sistemas penales, aunque se observan algunas mejoras, el bajo nivel de investigación, los escasos procedimientos judiciales concluidos con éxito y los bajos índices de condenas siguen siendo la pauta común y reconocible una y otra vez en los Estados miembros. Por ello, se insta a los Estados miembros y a la Comisión a que se centren en las pautas recurrentes y emergentes de todas las formas de trata de seres humanos, incluida la explotación laboral, la mendicidad forzosa, el matrimonio forzado y ficticio y la delincuencia forzada, entre otros; se subraya que la trata de seres humanos se ve impulsada por los grandes beneficios que obtienen los tratantes de personas y una demanda

14 Disponible su Resumen ejecutivo en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipecc/documents/publication/wcms_854797.pdf

15 Con arreglo al Convenio de la OIT sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)¹, se entiende por trabajo forzoso «todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente»

16 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0011_ES.html

que fomenta todas las formas de explotación; se observa con preocupación que muchos Estados miembros de la Unión no cuentan con una legislación adecuada para las víctimas de todas las formas de explotación; se pide a los Estados miembros que tengan en cuenta todas las formas de trata cuando faciliten protección, asistencia y apoyo a las víctimas; se concluye observando que, a pesar de las recientes informaciones sobre la existencia de redes delictivas de trata de seres humanos en toda la Unión con fines de explotación laboral y otras formas de explotación, existe una falta de datos y mejoras en la legislación y acceso adecuados a los servicios de apoyo para las víctimas de estas formas de explotación.

En este contexto, el plan de acción renovado de la UE contra el tráfico ilegal de migrantes (2021- 2025) (COM [2021] 591 final) contiene medidas dirigidas específicamente a acabar con el negocio de los traficantes consistente en el traslado de las víctimas para su explotación.

Por su parte, el último Informe publicado por **EUROPOL** en 2021¹⁷, además de seguir constatando como la trata de seres humanos es un núcleo de actividad de delincuencia grave y organizada, que seguirá siendo una amenaza para la UE, con víctimas explotadas por redes criminales provenientes de todas partes del mundo, destaca a su vez un cambio pronunciado impulsado por el COVID-19 hacia la captación en línea: los traficantes usan plataformas y servicios en línea para identificar y captar a las víctimas, para a posteriori publicitar los servicios sexuales de las víctimas¹⁸.

Vistos los datos en el contexto internacional y europeo, vamos ahora a centrar la mirada en la situación en España: nuestro país ha sido tradicionalmente lugar de tránsito y destino para las víctimas de este delito, de modo que esta situación ha derivado en que se ha convertido en una de las actividades criminales más rentables, especialmente por sus vinculaciones con la explotación sexual. Las cifras entre 2018 y 2022 así lo avalan: de acuerdo con la Base de datos BDTRATA del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO)¹⁹ —organismo del Ministerio del Interior que centraliza la recogida de los datos policiales referidos a víctimas identificadas²⁰ y traslada la información a la Unión Europea—, Policía Nacional y Guardia Civil realizaron 304 operaciones policiales contra la explotación sexual o laboral y desarticularon 78 organizaciones y grupos criminales; liberaron en 2022 a un total de 1.180 víctimas de redes de trata y de explotación sexual o laboral, entre ellas 26 menores, de las cuales 229 fueron captadas por redes criminales organizadas de trata de seres humanos, que se ocupan de la sustracción de una persona de su entorno habitual, mediante engaño, violencia o abuso de una situación de vulnerabilidad, con fines de explotación sexual o laboral. También se llevaron a cabo más de 7.600 inspecciones administrativas a locales dedicados a la prostitución y a centros de trabajo²¹.

17 https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/emsc_5th_annual_report.pdf

18 Cfr. la zonificación del mapa europeo, atendiendo a la actividad de las distintas organizaciones criminales operantes en el continente.

19 CITCO: *Trata de seres humanos. Balance estadístico 2018-2022*.

20 Al margen de los datos referidos a las víctimas oficialmente identificadas, resulta de interés el estudio de VILLACAMPA junto a otras investigadoras, que permite completar los datos teniendo en cuenta las víctimas detectadas por otros profesionales que pueden haber entrado en contacto con ellas: «Dimensión de la trata de seres humanos en España» en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, Valencia 2022, pp. 185 y ss.

21 Informe disponible: <https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2022/BALANCE-ESTADISTICO-2018-2022.pdf>

Junto a los datos recogidos por el CITCO, contamos con los recogidos por la Unidad de Trata de Personas y Extranjería de la **Fiscalía General del Estado** (FGE). En línea coincidente con lo ya expuesto, la Fiscal de Sala Coordinadora ha analizado recientemente la evolución de los delitos de trata de seres humanos²² y ha destacado que actualmente la forma de captación más común de víctimas, tanto destinadas a explotación sexual como laboral, son las diferentes redes mismas herramientas que son utilizadas posteriormente para su control y el ofrecimiento de sus servicios a terceros. A su vez, constata cómo los cambios ya descritos a escala mundial —escenarios bélicos, conflictos híbridos, catástrofes naturales o fluctuaciones socioeconómicas— están provocando grandes bolsas de vulnerabilidad que constituyen un campo abonado para que operen las redes de delincuencia organizada transnacional, con altos niveles de impunidad. En el contexto actual de aumento del riesgo de trata de mujeres, niñas y niños con fines de explotación sexual derivado de la invasión de Ucrania, alertado por diversos organismos internacionales, el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, contempla medidas adicionales para su protección: así, se adoptan instrumentos más ágiles de acreditación para facilitar la atención integral a las víctimas y, en el caso de cumplir los requisitos, el acceso al ingreso mínimo vital. Por ello alienta a implementar el uso de medios de investigación tecnológicos y financieros destinados a descapitalizar las redes y organizaciones criminales.

Por su parte, aunque una de las principales problemáticas que repercute en la eficacia de la función preventiva de las penas privativas de libertad es el bajo porcentaje de condenas en relación con el delito de trata²³, como se ha destacado en los informes internacionales, la última **Memoria de la FGE (2022)**²⁴ refleja que durante el pasado año los procedimientos por este delito aumentaron en un 37,5 %, incoándose 187 procedimientos judiciales por delito de trata, 51 más que los iniciados en 2020, dato lógico si tenemos en cuenta que en el año precedente las investigaciones se vieron necesariamente disminuidas como consecuencia del confinamiento y las subsiguientes medidas limitativas de la movilidad derivadas de la pandemia. Así, en 2021 hubo un incremento importante del número de sentencias dictadas en materia de trata, habiéndose emitido 45 frente a las 18 que constaban el año pasado. De ellas, 31 lo han sido por trata con fines de explotación sexual (presente en todas las Comunidades Autónomas) 7 con fines de explotación laboral, 2 por matrimonios forzados, 2 por servidumbres y 3 por otras formas de trata (mendicidad y actividades delictivas).

La Memoria describe de manera detallada las zonas de captación de las víctimas y las rutas, las cuales han sido también objeto de estudio en el Informe sobre las redes de trata y explotación sexual en la Comunidad Valenciana de ARIÑO VILLARROYA²⁵. En todos los casos, se puede inferir que no existe un modelo único de organización de la trata; que en el proceso de captación cada vez tiene un mayor peso Internet y las redes sociales, ciberdelincuencia que utiliza cada vez más a menores.

22 Webinario con Beatriz Sánchez Álvarez: «Los nuevos retos en la lucha contra la trata», 24 marzo de 2023.

23 TORRES FERRER, C.: «Aproximación a la trata de seres humanos desde su consideración como delito económico», en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de incriminación*, p. 671.

24 Vid. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/index.html

25 ARIÑO VILLARROYA, A.: *La prostitución en la Comunidad Valenciana. Una mirada sociológica*, Valencia, 2022, pp. 60 y ss.

En los delitos que se engloban bajo el amplio concepto de «tráfico ilegal de personas» en sus diferentes modalidades, es necesario resaltar que la competencia de la Audiencia Nacional va dirigida a investigar los aparatos de captación que se desarrollan en el extranjero o bien investigar aquellas redes que poseen ramificaciones en nuestro país y en las que el destino de las personas objeto del tráfico ilícito es nuestro territorio nacional²⁶. De acuerdo con la Memoria de la FGE, ello ha permitido desarrollar varias investigaciones en relación con delitos relativos al tráfico de seres humanos que tienen como sustrato común que se trata de organizaciones criminales asentadas en el extranjero que realizan actividades de captación, reclutamiento e introducción en el territorio de la Unión Europea, fuera de España. Esta asunción competencial ha traído como consecuencia que las Unidades policiales especializadas en esta materia centralicen sus más importantes investigaciones, coordinadas por la Fiscalía, en los órganos judiciales instructores de la Audiencia Nacional. El Auto del TS 9208/2017²⁷, de 27 de septiembre reitera la interpretación sostenida por la Fiscalía de la AN que señala a los Juzgados Centrales como órganos competentes cuando: «...España es el lugar de destino de la trata y no llega a producirse la entrada en territorio nacional. En estos supuestos el delito se ha cometido fuera de España, pero la opción legislativa ha sido considerar la finalidad de explotación de la víctima en España como elemento para entender cometido el delito en nuestro país».

En suma, los datos esbozados ponen de manifiesto, en completo acuerdo con POMARES CINTA, que tras la era de los Protocolos, los factores que contribuyen a «fundar canteras humanas de la esclavitud moderna no se han debilitado sino que han crecido»²⁸, de ahí la necesidad de un abordaje moderno de la lucha contra la trata, donde se adopten medidas eficaces de prevención y persecución penal, enfocadas en el componente económico de dicho delito.

II. EL NECESARIO ABORDAJE DE LA TRATA DESDE SU COMPONENTE ECONÓMICO: UNA APROXIMACIÓN AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA INTEGRAL CONTRA LA TRATA Y LA EXPLOTACIÓN

1. Evolución normativa del delito de trata: su enfoque como delito económico

Como es sabido, el **delito de trata de seres humanos** fue introducido en nuestro CP por LO 5/2010, de 22 de junio, en el **artículo 177 bis**, diferenciándolo así de la persecución de la colaboración en la inmigración ilegal o clandestina (318 CP). La aprobación de la Directiva

26 Cfr. *Memoria FGE 2022*, cit., pp. 446 y ss. ECLI:ES:TS:2017:9208A.

27 ECLI:ES:TS:2017:9208A.

28 POMARES CINTA, E.: «Visualizando las prácticas de la esclavitud moderna en España. Estado de la cuestión, primer plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y propuestas» en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, p. 549.

2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, llevó a una nueva revisión del tipo penal a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, pues existían algunos aspectos que no habían sido transpuestos. Se ampliaron las conductas típicas, se tipificaron nuevas formas de explotación, que facilitan la subsunción de los casos de trata para criminalidad forzada y para matrimonio forzado y se ofreció una interpretación auténtica de qué debía entenderse por situación de necesidad o vulnerabilidad.

Comenzó a aproximarse la trata de seres humanos como una manifestación de la criminalidad económica: dado que el motor impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas se la incluyó entre los delitos que permiten acordar el comiso ampliado —art. 127 bis CP— y por actividad delictiva previa —art. 127 quinquies CP— facilitando el efecto confiscatorio de ganancias que haga que su acuerdo pueda, entre otros fines, dotar un fondo que permita reparar a las víctimas²⁹. Posteriormente, por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia se añade un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 177 bis en relación con las penas cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad, imponiendo, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad. Finalmente, la LO 13/2022, de 13 de diciembre agrava las penas previstas para los delitos de trata de seres (ap. 4 art. 177 bis) «cuando la víctima sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto humano o una catástrofe humanitaria».

Sin embargo, no se ha aprovechado ninguna de las reformas para la incriminación de la esclavitud ni los trabajos forzados u obligatorios, demanda reiterada desde la doctrina³⁰, debiendo reconducirse su castigo al 318 bis y demás delitos cometidos, en función del tipo de explotación sufrida, de acuerdo con lo previsto en el art.177 bis 9 CP.

A su vez, la aprobación de una Ley integral contra la trata y la explotación es una reivindicación casi histórica y cada vez más acuciante, no exclusiva de un sector de la doctrina y de las entidades del tercer sector, sino también de los operadores policiales y judiciales³¹. Por ello, el **Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y la explotación** (en adelante APLO), aprobado en Consejo de Ministros en noviembre de 2022, fue recibido satisfactoriamente en términos generales, fundamentalmente porque aborda no solo la trata sino también la explotación humana de forma conjunta, tanto desde la protección, como desde la persecución y protección de las víctimas, si bien con algunas cuestiones discutibles que pueden ser objeto de mejora antes de su aprobación.

29 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y la explotación» en *Diario La Ley*, abril 2023

30 Entre otros autores, recientemente PÉREZ ALONSO, E.: «Necesidad dogmática y conveniencia político-criminal de incriminar los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal Español. Una propuesta de regulación penal» en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de incriminación. ¿Es necesaria una Ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia 2022, p. 589 y ss

31 Tanto de la Red española contra la trata como del Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018, coord. por la Delegación de Gobierno para la violencia de género. Sobre el particular, entre otros, véase: *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos* (Consejo General del Poder Judicial), 2018; VV. AA. (García Sedano, T., Dir): *Cuestiones prácticas sobre trata de seres humanos: una visión interdisciplinar*, 2022, p.73 y ss.

Pues bien, por lo que se refiere al ámbito de la persecución penal de la trata el APLO reestructura el **título VII bis** del Código Penal que pasa a denominarse «De la trata de seres humanos y el sometimiento a trabajos forzados, servidumbre o esclavitud», presentando así dos dimensiones principales: de un lado, el art. 177 bis relativo a la trata de seres humanos sufre una serie de modificaciones relevantes, entre ellas destaca, entre otras, que se prescinde de toda referencia al «territorio español» y a la «víctima nacional o extranjera» porque no concilian bien con la naturaleza de la trata de seres humanos, tal y como se ha expuesto. De otro, se incluye un segundo capítulo, incriminando las modernas formas de esclavitud, en concreto los servicios o trabajos forzados, la servidumbre y la esclavitud, ofreciendo así el nuevo art. 177 ter un marco punitivo proporcional a la gravedad del hecho en sus respectivos apartados e imponiendo, junto a la pena de prisión, una multa proporcional e inhabilitación especial para el ejercicio del oficio o profesión.

Con el objeto de paliar los déficits normativos del delito que no abordaba suficientemente la trata como fenómeno criminal de naturaleza económica, el APLO incluye medidas en los delitos de trata y la explotación humana severa en el sentido que se había sugerido desde la doctrina: así, amplía el régimen del decomiso, con la finalidad de integrar expresamente los delitos de sometimiento a explotación humana (ap.1.a) 127 bis CP)³² y por otro lado, incluye la multa proporcional al beneficio obtenido en el nuevo delito de explotación humana severa (art. 177 ter. 5 CP) también para las personas físicas, no solo para las personas jurídicas como ahora.

Sin embargo el prelegislador se queda a mitad camino, olvidando contemplar este tipo de sanción confiscatoria para las personas físicas en el delito de trata, que también puede comportar sustanciosos beneficios (solo se contempla cuando el responsable del delito sea una persona jurídica).

El nuevo capítulo culmina con una previsión novedosa (art. 177 septies) respecto al castigo de la colaboración («quien, sin haber intervenido como autor o partícipe, promueva, favorezca o facilite la comisión de los delitos del Título) mediante el alquiler o la puesta a disposición de locales de negocio, establecimientos comerciales o de lugares de alojamiento de las víctimas (tercería locativa). La pena es prisión de 1 a 4 años de prisión e inhabilitación especial cuando concurre dolo, y prisión de 6 meses a 2 años y 6 meses cuando se cometa por imprudencia grave.

Finalmente, el APLO modifica el apartado 1.º del art. 301, pretendiendo introducir un tipo cualificado para el blanqueo de capitales para cuando los bienes «tengan su origen en un delito de trata de seres humanos». Sobre el particular, como apunta VILLACAMPA³³ quizá se han malinterpretado las demandas académicas, que más que pretender una agravación del delito de blanqueo de capitales en estos casos se venía reclamando que los profesionales forenses recurriesen en mayor medida a este delito con finalidad confiscatoria. Pero es que además, la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril³⁴ modificó el último párrafo del apartado 1

32 Entre otros, VIDALES RODRIGUEZ, C.: «Estrategias legales frente a la criminalidad organizada: blanqueo y decomiso» en (Del Carpio Delgado, Dir.): *Criminalidad en un mundo global: criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos*, 2020, p. 437 y ss.

33 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y la explotación» cit., p. 3.

34 Complementaria de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de

del artículo 301, que ha quedado redactado como sigue: «También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en el título VII bis...».

Por tanto, dado que la redacción del APLO, restringida al delito de trata, deja fuera de la agravación los supuestos donde los bienes tienen origen en delitos de trabajo o servicios forzosos, servidumbre o esclavitud, se propone mantener la redacción vigente que permitiría aplicar la agravación a ambos delitos (trata y explotación) incluidos en el mismo Título.

Ahora bien, los comportamientos delictivos que más inquietan en la Política Criminal moderna discurren en contextos que fluctúan entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial³⁵. Así lo advierte la Estrategia Europea contra la trata 2021-2025: los grupos del crimen organizado especializados en el tráfico de seres humanos explotan cada vez más los negocios legales (hoteles, clubes nocturnos, salones de masajes..) en sus operaciones, de suerte que, para desbaratar el modelo comercial delictivo de la trata, se anima a los Estados miembros a utilizar las herramientas y los enfoques especificados en relación con la prioridad de la Estrategia para hacer frente a la delincuencia organizada en la eliminación de sus beneficios y la prevención de la infiltración en la economía y la sociedad legales. Esto incluye el uso sistemático de investigaciones financieras y policiales, así como desarrollar e implementar un marco sólido para identificar e incautar activos. Así, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre prácticas de cosificación humana en sectores no cualificados de actividades productivas por cuenta ajena (en la empresa privada)³⁶. Sectores diversos, que como denuncian organismos e instituciones internacionales, albergan contextos de invisibilidad y clandestinidad³⁷ que empuja a las víctimas a una hipervulnerabilidad, que puede multiplicarse cuando se produce con la connivencia tácita de eslabones de suministros y/o empleados de las empresas. Lo cierto es que, conforme a los datos expuestos al inicio, estamos ante delitos con un claro componente de organización delictiva, que, como acertadamente afirma GARCÍA RIVAS, suelen operar bajo la tapadera de empresas de todo tipo, empresas que bajo la apariencia de una personalidad jurídica cumplidora con las normas del sector esconde con frecuencia un negocio de trata de personas³⁸.

Por lo expuesto vamos a detenernos en los cambios proyectados en relación a la represión de la delincuencia organizada y en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto en el delito de trata como en la novedosa punición de los trabajos forzosos y la esclavitud, tomando en consideración las observaciones emitidas en los Informes sobre el Anteproyecto

julio, del Registro Civil, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

35 Como pone de manifiesto ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: «Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial» en *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Valencia 2017, p.197.

36 *Asunto Chowdury y otros v. Grecia* (sentencia condenatoria de 30 de marzo de 2017); cfr. un análisis exhaustivo de las resoluciones del TEDH y su doctrina y directrices ante la esclavitud moderna en POMARES CINTA, E.: «Visualizando las prácticas de la esclavitud moderna en España. Estado de la cuestión, primer plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y propuestas», cit., p. 565.

37 MERINO RUS y POMBO MORALES, C.:«Empresas y trata de seres humanos» en VV. AA.: *Cuestiones prácticas sobre trata de seres humano*, Madrid, 2022, p. 80.

38 GARCÍA RIVAS, N.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas» en *La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: género, derecho y TIC*, 2018, pp. 60 y ss.

precedentes del Consejo Económico y Social de fecha 22 de febrero de 2023 y del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), aprobado el 30 marzo del presente año.

2. El tipo cualificado de trata en los supuestos de delincuencia organizada: unas notas acerca de las mínimas modificaciones proyectadas

El actual modo de intervención en nuestro CP en materia de criminalidad organizada no se agota con el recurso al delito de asociación ilícita (art.515 CP) o a los tipos de organización y grupo criminal (570 bis y ter CP). La tercera vía prevista por el legislador español es la previsión de tipos cualificados por la pertenencia a organización en determinadas áreas delictivas y en ocasiones en figuras superagravadas cuando se trata de los jefes o directores. Pues bien, en el ámbito del delito de trata el **apartado 6.º del art. 177 bis CP** recoge un tipo cualificado cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación de dos o más personas, incluso de carácter transitorio que se dedique a la realización de estas actividades, previendo la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1, esto es, una pena de prisión de 8 a 12 años, a la que se añade inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Las posibilidades de agravación continúan pues el citado apartado prevé que si concurre alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4.º o en el 5.º se impondrán las penas en su mitad superior. Siguiendo con la exasperación punitiva, se prevé la figura superagravada, incrementando la responsabilidad de quienes tienen capacidad directiva en la organización, concretamente las penas se impondrán en su mitad superior, pudiendo escalar a la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, esto es a la pena de dieciocho años de prisión más la correspondiente inhabilitación.

Los problemas concursales deberán resolverse por la vía del concurso aparente de leyes penales³⁹, considerándose de aplicación preferente los tipos cualificados que resultan ley especial respecto del régimen general descrito en los arts. 570 bis 3. y ter, no habiendo problemas interpretativos con la norma del 570 quater que atiende a la gravedad de las penas, en cuanto se alcanzaría idéntica solución penológica.

Pues bien, el texto del **APLO** mantiene la agravación respecto del delito de trata cuando el culpable perteneciera a una organización, grupo o asociación incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades, si bien especifica que debe ser de carácter «criminal», resolviendo así la controversia en torno a su condición. No obstante, y con independencia del mantenimiento de la gravedad punitiva⁴⁰ inherente tanto al tipo básico como a las referidas agravaciones de los tipos cualificados, sorprende el hecho de que, como señala el Informe del CGPJ, se elimina la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Esta pena accesoria sí se contempla para todos los responsables, y no solo para los pertenecientes a una organización criminal, de los delitos de trabajos forzados, servidumbre y esclavitud (artículo 177.5

39 MUÑOZ RUIZ, J.: *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*, cit., p. 214.

40 Sobre el particular, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada. Especial referencia al derecho positivo español» en *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, 2013.

ter) por lo que no se alcanza a entender que se elimine en el caso del delito de trata de seres humanos, incluso para la criminalidad organizada, por lo que se sugiere al prelegislador que se revise la falta de coherencia en la que parece haberse incurrido. También se rebaja la penalización agravada de los jefes, administradores o encargados toda vez que la redacción vigente contempla que «en todo caso» se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriesen las circunstancias previstas en el apartado 4 o en el apartado 5, mientras que en la regulación proyectada se diseña como una mera posibilidad, sin que la Exposición de motivos ofrezcan explicación alguna de los cambios realizados.

Respecto de la incriminación de las modernas formas de esclavitud en el APLO se reproduce el subtipo agravado previsto para la trata por pertenencia a organización, grupo o asociación criminal (art. 177 quinquies), imponiéndose la pena superior en grado a la prevista en los tres primeros apartados del art.177 ter; ahora bien elimina el automatismo de la agravación a la pena a la superior en grado en el caso de los jefes, administradores o encargados en caso de concurrencia de las agravantes del apartado 4. En relación a su ubicación hubiera resultado más lógico su previsión a continuación de la tipificación de tales conductas, como un nuevo apartado del artículo 177 ter, y dejar a continuación la novedosa incriminación del uso de los servicios de víctimas de trabajos o servicios forzosos, servidumbre o esclavitud (177 quater), incriminación que atiende a la estrategia de desincentivación de la demanda. Comparto con VILLACAMPA⁴¹ el cuestionamiento de la tipificación de la modalidad imprudente, atemperada por la exención prevista para supuestos de consumo ocasional y denuncia de los hechos ante la autoridad.

3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, *criminal compliance programs* y diligencia debida empresarial

3.1. La regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el delito de trata: distinción con el tratamiento jurídico de las sociedades instrumentales

El citado dictamen del Consejo Económico y Social al APLO⁴², incide en que la trata y la explotación de seres humanos constituyen un lucrativo negocio para las redes criminales a nivel internacional y que muchos casos se producen en el ámbito de la economía sumergida, generando no solo un incalculable daño humano y moral, sino efectos perniciosos sobre la competencia y la viabilidad de las empresas, la recaudación impositiva y los derechos de las personas consumidoras y usuarias. Lo cierto es que el creciente negocio de la trata mediante la creación de sociedades pantallas destinadas a ocultar el origen de sus ganancias ilícitas, o bien a través de las cadenas de suministro de algunas empresas evidencia, como afirma ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, que el lucro ilícito es lo que hermana a la criminalidad organizada y la criminalidad económica empresarial⁴³, en contextos normalizados, entre los límites de lo legal o lo ilegal. Resulta pues esencial delimitar siquiera brevemente el tratamiento jurídico-penal de las empresas o sociedades reales del de las instrumentales.

41 VILLACAMPA ESTIARTE: «Acerca del Anteproyecto...», cit. p.9

42 <https://www.ces.es/documents/10180/5301494/Dic032023.pdf>

43 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: «Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial» en *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Valencia 2017, p.211.

Las empresas reales no plantean problemas puesto que, como persona jurídica, podrán responder por la vía del **31 bis CP**. El legislador español, por la vía del *numerus clausus* con respecto a los delitos a los que se les puede aplicar el sistema reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de trata de seres humanos (art.177 bis 7. CP), siendo la pena prevista la multa proporcional, del triple al quintuple, al beneficio obtenido⁴⁴. Como es sabido, según la regulación vigente, la persona jurídica responderá por los delitos cometidos por dos clases de personas físicas o sujetos idóneos⁴⁵, estableciéndose los requisitos que habrán de concurrir con respecto a cada uno de ellos: en primer lugar por los delitos cometidos por sus representantes legales u otros dirigentes (art.31 bis 1.a); en segundo lugar por los hechos delictivos realizados por sus subordinados (art.31 bis 1.b). Además, se exige que el delito se haya perpetrado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto. Por su parte el art. 31 ter se establece con claridad que la responsabilidad de la persona jurídica coexiste con la de la persona física, construyéndose un sistema «paralelo» o de doble responsabilidad penal⁴⁶.

Distinta es la situación de la sociedad instrumental o pantalla en la que puede haber una actividad económica encubridora de actividades ilícitas. Tanto el Tribunal Supremo (en su conocida sentencia 154/2016, de 29 de febrero)⁴⁷ como la FGE en su Circular 1/2016, plantearon la necesidad de excluir la posibilidad de que sean penalmente responsables las personas jurídicas cuya actividad y objeto real sea esencialmente delictivo. En la citada sentencia se diferenciaba entre la empresa con actividad real y las que calificaba como sociedades «pantalla», carentes de cualquier actividad lícita y creadas exclusivamente para la comisión de hechos delictivos. Estas, según la sentencia, han de ser consideradas al margen del régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis CP, sin perjuicio de que en el caso de autos se consideró de utilidad mantener las penas de disolución y multa impuestas. También la Circular 1/2016 consideraba que las sociedades pantalla «aunque formalmente sean personas jurídicas carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea aplicable el art. 31 bis CP». Hecha la anterior distinción, la respuesta jurídica a las sociedades inimputables pasa por recurrir, según propone el TS, a la doctrina del levantamiento del velo para imputar toda la responsabilidad a la persona física y disolver las sociedades o extinguirlas por la vía de las consecuencias accesorias del 129 CP, proponiéndose a su vez por la Fiscalía, a través de la Circular citada, el recurso a la figura del decomiso. Como ya se vio en el epígrafe anterior, cuando se trate de sociedades que formen parte de un programa criminal donde no existe actividad productiva real o la mayor parte de su actividad es ilegal el tratamiento correspondiente será el de organización criminal del art.570 bis, o de asociación ilícita del

44 «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

45 Acerca del modelo de doble vía, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y Programas de Cumplimiento*, Valencia 2020, p.122 y ss; GALAN MUÑOZ, A.: *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia 2017, p.121.

46 En relación a esta cuestión, además de la obra ya citada de GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *ob. y loc. cit.*, p.153, también de interés: «Acumulación y compatibilidad de la responsabilidad penal de personas físicas o jurídicas (art.31 ter) en VV. AA.: *Estudios penales en homenaje al profesor J. M. Lorenzo Salgado*, 2021.

47 Núm. Ecli: ES:TS:2016:613

art.515 cuando realicen comportamientos delictivos ocasionales, en beneficio de las personas individuales que instrumentalizan las empresas.

Ahora bien, debe efectuarse la siguiente distinción: el art. 66 bis CP —que establece los criterios de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas— dispone en su apartado 2.º que para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) será necesario que la persona jurídica «se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Con base en dicha previsión FERNÁNDEZ TERUELO⁴⁸ estima que este tipo de sociedades quedan dentro del ámbito de responsabilidad de las personas jurídicas, por lo que son sin lugar a dudas imputables. En todo caso, como matiza MUÑOZ RUIZ⁴⁹, pese al paralelismo que pudiera existir entre la organización criminal y la persona jurídica — dado que el legislador posibilita (art.570 quater) aplicar a las organizaciones y grupos criminales la totalidad de las penas graves previstas para las personas jurídicas en el art.33.7 CP y también las consecuencias accesorias del art. 129— se debe puntualizar el carácter intrínsecamente delictivo de la organización criminal, del que carece la persona jurídica en inicio. Aun así, la línea divisoria en ocasiones no es nítida⁵⁰.

Realizadas estas consideraciones generales, lo cierto es que la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los supuestos de trata de personas precisa de una reflexión profunda, siendo en todo caso insuficiente, entre otras razones, pues inexplicablemente no está prevista para los delitos laborales; de suerte que resulta cuando menos singular que pueda responder penalmente la organización por los delitos de trata pero no la responsable de los delitos de explotación cometidos a través de ella⁵¹.

A su vez cabe destacar su déficit aplicativo: hasta la fecha su aplicación jurisprudencial ha sido escasa o casi nula, hasta el punto de haber localizado una única sentencia condenatoria a una persona jurídica por conformidad (SAP Pontevedra de 27 de junio de 2017): concretamente se sancionó a la sociedad utilizada por los acusados para percibir los beneficios de la actividad delictiva llevada a cabo en el club de alterne, imponiendo una multa de 3000 euros y su disolución, no realizándose consideraciones acerca de los criterios de aplicación del art. 31 bis CP. Deben por tanto articularse medidas que hagan efectiva la res-

48 FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Navarra 2020 p.54 y ss.

49 MUÑOZ RUIZ, J.: *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*, Valencia 2021, p. 243 y ss. ABEL SUOTO se refiere expresamente a la íntima relación entre organizaciones criminales y responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la búsqueda de nuevas vías de lucha contra la criminalidad organizada y en la necesidad de castigar los delitos financieros los cuales se cometen en más de un 80 % utilizando las empresas, en «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el código penal español» en *Revista General de Derecho penal*, 2021.

50 Como advierte ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: «El concepto de criminalidad organizada...», cit., p.212.

51 GUIASOLA LERMA, «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género» en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIX, 2019, pp. 179; PÉREZ ALONSO, ob. cit., p.619; CARRERA HORTAS, A.: «Política criminal y responsabilidad penal de las personas jurídicas» en VV. AA.: *Cuestiones actuales de política criminal*, Valencia 2023, p.295; ABEL SUOTO: ob. y loc. cit.

ponsabilidad normativamente prevista, que no se está trasladando, como bien dice TORRES FERRER, a la aplicación forense de este delito⁵².

El APLO mantiene la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de trata, así como la pena prevista, si bien como disposición común a los delitos comprendidos en el título, el delito de trata y los relativos a la incriminación de las formas modernas de explotación.

3.2. Luces y sombras de los *criminal compliance* en la lucha contra los delitos de trata y explotación de seres humanos

El aspecto más novedoso de la reforma operada por LO 1/2015 en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue la regulación en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis de los **modelos de organización y gestión** (los denominados *criminal compliance program*) los cuales deben incluir medidas de vigilancia y control «idóneas» para prevenir delitos de la misma naturaleza o que reduzcan de manera significativa el riesgo de su comisión (art.31 bis 2.1.º). En el caso de la comisión del delito por los empleados bastará que el modelo resulte «adecuado» para prevenir delitos de la misma naturaleza o reducir de forma significativa el riesgo de comisión (31 bis 4.).

En todo caso, la sola implantación del programa no es suficiente para su eficacia ya que, para que ello suceda, deben darse cumulativamente todas y cada una de las condiciones que contempla el art. 31 bis 2. en su descripción general⁵³, así como los requisitos previstos en el apartado 5.º del citado precepto⁵⁴. En relación a estos últimos, de forma muy somera recordaremos que en primer lugar se deben identificar las actividades en cuyo ámbito se pueden cometer las conductas delictivas que la persona jurídica debe prevenir, esto es, se debe evaluar el riesgo delictivo de la empresa, confeccionando un mapa de riesgos penales, que atienda a sus particularidades. En segundo lugar se trata de determinar la estructura empresarial con los protocolos o procedimientos implementados; el apartado 3.º establece que se debe disponer de recursos financieros para impedir los delitos ya que, como precisa GALÁN MUÑOZ⁵⁵ se pretende evitar que la persona jurídicas pueda tener cajas negras o cajas b en la en las que se reserven activos de la empresa para ejecutar o encubrir delitos que la entidad debe tratar de prevenir. Dicha condición obligará a las personas jurídicas a implantar **controles** internos o externos que prevengan dichas prácticas. La cuarta exigencia del modelo preventivo que podrá eximir de responsabilidad a las corporaciones por los delitos cometidos por sus dirigentes es la obligación de **informar** de posibles riesgos⁵⁶ e incumpli-

52 TORRES FERRER, C.: Aproximación a la trata de seres humanos desde su consideración como delito económico», en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de incriminación. Es necesaria una Ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia, 2022. cit., p.684;

53 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Responsabilidad penal.* cit., p.163 y ss; GALAN MUÑOZ: *Ob. cit.*, p.119 y s.

54 Puede verse un análisis detallado de los mismos en FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: «Dos cuestiones relativas a los programas de cumplimiento penal: los criterios para medir su eficacia y el diseño de los mapas de riesgo» en *Criminal Compliance Programs y mapas de riesgo*, Valencia 2023, p.80 y ss.

55 *Ob. cit.*, p.135.

56 En opinión de CARRERA HORTAS, sería oportuno de *lege ferenda* abandonar el elemento «benefi-

mientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del modelo, lo que obliga a introducir sistemas de denuncia en tales modelos.

De la conjunción de los cuatro primeros requisitos se pueden extraer, en principio, las finalidades asignadas a los programas de cumplimiento: de un lado, la prevención delictiva, de otro su posible eficacia exoneradora o atenuante tras la comisión de un delito. Ahora bien, deben equilibrarse bien dichas finalidades, por cuanto si se impone la consideración del éste como mera herramienta de defensa para atenuar o eximir de responsabilidad de las personas jurídicas se corre el riesgo de que la finalidad última de la empresa sea prevenir la responsabilidad penal y no prevenir el daño. Máxime cuando nos encontramos ante delitos que suponen graves ataques a bienes jurídicos personales, como la dignidad de las víctimas de trata donde habría que valorar, no solo si la pena impuesta en el art. 177 bis es suficientemente disuasoria, sino incluso, como propone GARCÍA RIVAS⁵⁷, la posibilidad de eliminar la exención de pena para la persona jurídica prevista en el 31 bis 2.º y 4.º cuando el delito cometido sea de trata, con la finalidad de explotación sexual.

En todo caso y conforme a la regulación actual y en particular, en relación a la cuarta exigencia del compliance, nos planteamos además la siguiente pregunta: ¿las víctimas de un delito de trata van a atreverse a denunciar y a colaborar con las autoridades? Lo cierto es que éstas presentan una alta vulnerabilidad, consecuencia de su propia condición y de las particularidades del delito que la victimiza y por tanto si denuncian va a necesitar de una protección especial. Resulta por ello conveniente, como afirma DELGADO ECHEVARRÍA⁵⁸, que se ofrezca con carácter general a toda víctima de trata la posibilidad de acogerse a la protección dispensada por la LO 19/1994 de protección a testigos en causas criminales, si bien como advierte PLANCHADELL GARGALLO, las medidas que contiene han quedado en la actualidad parcialmente obsoletas⁵⁹.

Pues bien, el texto del APLO modifica la citada Ley de protección de testigos en relación a las medidas económicas y materiales que se proveen para garantizar la seguridad de las testigos mientras se encuentren en una situación de riesgo, sin embargo, esta situación de riesgo puede extenderse más allá del término de los procedimientos judiciales protección debe ser integral, y debe durar no solo hasta la conclusión del procedimiento.

A su vez en nuestro país el Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril) contiene medidas aplicables a cualquier víctima vulnerable (art. 25), pero nos preguntamos también si son suficientes en el contexto de la trata. Asimismo, en la compleja investigación de dicho delito debe apostarse por no descansar todo el peso de la prueba de cargo sobre la víctima y su declaración, siendo absolutamente necesaria la investigación patrimonial del

cio» como requisito previo de la atribución de responsabilidad penal y dirigir el deber de prevención hacia el ámbito de riesgo generado por el desarrollo de la actividad empresarial, cit. p.304.

57 GARCÍA RIVAS, N.: *ob. y loc. cit.*

58 DELGADO ECHEVARRÍA, C.: «Dificultades que se suscitan en la práctica judicial para la investigación y enjuiciamiento de causas por trata de seres humanos» en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, cit., p.910.

59 PLANCHADELL GARGALLO, A.: «La víctima de trata como testigo en el proceso penal: necesidad de protección» en VV. AA.: *La prostitución en la Comunidad Valenciana*, Valencia 2023, p. 199.; asimismo en «Investigación y enjuiciamiento del delito de trata: aspectos procesales desde la jurisprudencia» en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, 2022.

delito de trata y las medidas de aseguramiento de bienes y activos patrimoniales para garantizar la responsabilidad civil y medidas de aseguramiento del comiso⁶⁰.

A este respecto se abre un interesante campo de estudio con la implantación de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre sobre la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida coloquialmente como *Whistleblower Directive*. Su trasposición al ordenamiento español por la reciente **Ley 2/2023, de 20 de febrero**, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción⁶¹, va un paso más allá en su ámbito material de aplicación, incluyendo también las infracciones penales y administrativas muy graves y graves (art. 2.1.b). La ley ha supuesto ir un paso más allá de la labor de prevención delictiva, por cuanto, de un lado, su finalidad es proteger a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten delitos o infracciones administrativas graves o muy graves, y por otro lado porque se impone la obligación de que determinadas personas jurídicas implanten dichos canales de comunicación⁶², tanto del sector privado como del sector público. Sin embargo sorprendentemente la Ley no ha modificado la citada Ley de protección de los testigos⁶³ lo que tendrá un efecto negativo en las denuncias relacionadas con la trata y la explotación.

En el contexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas junto a los *compliance programs* está tomando protagonismo la noción de «diligencia debida empresarial», fundamentalmente en el ámbito de la protección de los derechos humanos. Veamos a continuación muy sucintamente sus similitudes y diferencias⁶⁴ en el ámbito de la prevención delictiva.

3.3. La diligencia debida empresarial como herramienta de prevención en materia de derechos humanos

Conforme a lo expuesto, la respuesta de los poderes públicos frente a la trata y a la explotación de seres humanos requiere de un enfoque integral que vaya más allá de la imprescindible investigación y persecución del delito. La experiencia hasta el momento ha demostrado que la mera sanción penal resulta insuficiente y que debe ir acompañada de medidas efectivas, realistas y prácticas de la **prevención del delito**. Esto es, el abordaje de la trata obliga a atender a las llamadas «tres P» a que se refiere el Protocolo de Palermo: prevención, protección y persecución, pero de forma conjunta⁶⁵. Entendemos pues que resulta por tanto preciso

60 DELGADO ECHEVARRÍA: *ob. cit.*, p.923.

61 Lo cierto es que la ley es muy parca en cuanto a la corrupción, estableciendo únicamente en la DAD5.º un plazo máximo de 18 meses para la aprobación su estrategia contra la misma. Acerca de la vinculación del delito que nos ocupa con la corrupción, ver el interesante enfoque de RODRÍGUEZ LÓPEZ, S.: *Trata de seres humanos y corrupción*, Valencia 2022.

62 Así, establece que el Sistema Interno de Información será el cauce preferente para la comunicación de todas las infracciones; en el caso de la persona jurídica estará obligada toda organización del sector privado con más de 49 trabajadores que opere en España.

63 RODRÍGUEZ LÓPEZ afirmaba que la correcta implantación de la Directiva «obligará a modificar la Ley española de protección de testigos» en *Trata de seres humanos y corrupción*, 2022, p.391..

64 Cfr. in extenso, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: «Compliance penal, diligencia debida, culpa organizacionales: ¿juego de abalorios para la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas? En *La Ley compliance penal*, tercer trimestre 2022.

65 VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctimas de trata de seres humanos: Su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas», *InDret* 2/2014, pp. 4 y ss.

abordar también su prevención, como elemento clave para la deseable erradicación de estas prácticas, incidiendo en el papel de la demanda y en la importancia de desarticular el modelo de negocio y romper la cadena de la trata.

En particular el APLO, en su Título I articula un programa de sensibilización y prevención, pionero en muchos aspectos. Especial atención se presta a la captación de víctimas en el ámbito digital (artículo 14) en particular a la vigilancia por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de las plataformas digitales que se puedan usar tanto para la captación como para la explotación, especialmente de mujeres y niñas a través de Internet y de las redes sociales, incluida la captación con la ayuda de intermediarios. Por su parte, se contempla que las administraciones públicas promoverán acuerdos y convenios de colaboración con los proveedores de servicios de Internet, así como con los principales buscadores y redes sociales, con el objetivo de sensibilizar a los usuarios sobre el delito de la trata y explotación, especialmente con fines de explotación sexual por su mayor incidencia, y prevenir la demanda de dichos servicios. Finalmente se contempla la promoción de iniciativas público-privadas con empresas que operan en sectores digitales, por ser entornos de alto riesgo para la oferta, demanda y captación de posibles víctimas. Sobre el particular, resulta de interés la propuesta recogida en el Informe al Anteproyecto del CGPJ en torno a la necesidad de introducir en los delitos de trata y explotación previsiones similares a las recogidas en otros delitos (art. 143 bis, 156 ter, 189.8, 189 bi, 270, 361 bis, 510 0 578 CP) como son las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos vinculados con la trata⁶⁶.

Centrándonos nuevamente en el contexto de las cadenas globales de suministro, en la Exposición de Motivos del APLO se afirma que «*La existencia de trata y explotación de seres humanos es un problema sistémico, conectado con el sistema productivo y los modelos de consumo*». En el Anteproyecto no se hace referencia a la explotación laboral ni a ningún tipo de explotación en particular, sino a todas aquellas formas de explotación vinculadas a las finalidades de la trata y que tienen como denominador común la imposición de cualquier

En esta dirección ha supuesto un refuerzo del marco jurídico nacional para la prevención y respuesta frente a la trata con fines de explotación sexual, la promulgación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Esta norma reconoce a las víctimas de trata con fines de explotación sexual como víctimas de violencias sexuales, establece medidas de investigación y prevención de la demanda de la explotación sexual, consagra un itinerario de derechos para las víctimas y prevé medidas de obtención de justicia y reparación. Ahora bien, resulta necesario extender el alcance de la protección integral a todas las víctimas de trata, cualesquiera sea la finalidad de la explotación, actuando en todos los escenarios donde se produce la explotación que constituye la finalidad de la trata.

Por su parte, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia incluye medidas específicas para la protección de las víctimas de trata menores de edad en la regulación de la prueba preconstituida. El reformado art. 449 bis Lecrim establece la posibilidad de preconstituir obligatoriamente la declaración, sólo prevista cuando la víctima es menor de 14 años o su capacidad ha sido modificada judicialmente (arts. 449 ter, 707-2.º y 731 bis Lecrim), pero no – pese a su evidente utilidad y efectos positivos para la investigación y enjuiciamiento de los hechos – cuando es mayor de edad o no padece incapacidad, pese a su extrema vulnerabilidad. La protección integral de la víctima de trata obliga a plantearse la extensión a estas víctimas, dando así cumplimiento al obligado enfoque victimológico exigido por los textos internacionales.

66 Informe al Anteproyecto, *ob. cit.*, p.24.

trabajo, servicio o actividad, regulado o no, lícito o ilícito, cuya prestación se exige a una persona en una situación de dominación o ausencia de libertad de decisión para prestarlo o abandonarlo.

En particular, el capítulo V del APLO contiene **medidas de prevención en el ámbito del sector privado y empresarial** que armonizan con las ya previstas en el Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos 2021-2023 (PENTRA) y el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso. La intervención en este ámbito resulta esencial, pues la explotación que constituye la finalidad de la trata de seres humanos sucede en buena medida en el mercado laboral (formal e informal).

Lo cierto es que en los últimos años surgen iniciativas normativas que imponen obligaciones empresariales, tendentes a prevenir, entre otros delitos, formas contemporáneas de esclavitud. Como bien matiza GARCÍA SEDANO⁶⁷, se trata de una exigencia de cumplimiento del principio de diligencia debida que se traduce en el acatamiento de obligaciones de derechos humanos que en ningún caso se pueden dejar a la buena voluntad empresarial. Es por ello que una de las novedosas aportaciones del Anteproyecto es la incorporación del **deber de diligencia empresarial** para prevenir la trata y la explotación, siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos como el británico, donde en la sección 54 de la *Modern Slavery Act 2015* las empresas con un determinado volumen de negocio deben presentar una declaración que exponga como garantizan que la esclavitud moderna no tiene lugar en sus negocios o cadenas de suministro⁶⁸.

Como recoge la Exposición de Motivos se ha tenido muy presente lo que será el primer instrumento europeo que abordará, desde una perspectiva amplia, la diligencia debida empresarial y de las cadenas de valor (o suministro) en su actividad internacional, la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad [Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022⁶⁹] presentada por la Comisión Europea el 23 de febrero de 2022: la misma ha de ser valorada positivamente, como hace el Informe del CEE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, que tiene por objeto fomentar un comportamiento empresarial sostenible y responsable a lo largo de las cadenas de suministro mundiales, estableciendo medidas concretas para que determinen y, en caso necesario, prevengan, atajen o mitiguen los efectos adversos de sus actividades en los derechos humanos (por ejemplo, trabajo infantil y explotación de los trabajadores) y en el medio ambiente.

En el Anteproyecto de la Ley de Trata se prevén asimismo fórmulas premiales, consistentes en la posibilidad de otorgar por parte de los poderes públicos incentivos económicos para las sociedades que implanten protocolos y vigilancias internas, si bien hubiera sido deseable que se concretara dicha medida. Más precisa es la previsión relativa (art. 18) a que los poderes públicos competentes adopten las medidas necesarias para eliminar las prácticas de empleo

67 La autora analiza las iniciativas legislativas existentes en derecho comparado para mejorar la transparencia y diligencia debida en las empresas: GARCÍA SEDANO, T.: «Diligencia debida y modelos de política criminal en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud» en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, abril-septiembre 2022

68 Reino Unido ha sido el primer país en implementar una Ley nacional sobre esclavitud moderna

69 Por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/ UE

explotadoras en el proceso de migración, mejorando la regulación del proceso de reclutamiento de trabajadores migrantes en origen y de las agencias privadas de trabajo temporal⁷⁰.

A su vez, se hace un llamamiento a la futura ley de diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos, en alusión al *Anteproyecto de Ley de protección de los derechos humanos y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales*⁷¹, cuyo consulta pública se encuentra abierta, en la línea de las legislaciones de diversos miembros de la UE (Ley francesa 2017-399, relativa al deber de vigilancia de las sociedades matrices y de las empresas contratistas, Ley de debida diligencia en trabajo forzoso infantil de Países Bajos de 2019, Ley de debida diligencia corporativas en las cadenas de suministro de Alemania de 2021). La futura ley española deberá por tanto incluir obligaciones empresariales —de las empresas o grupos transnacionales españoles, y de aquellas empresas transnacionales que operen en el mercado español— orientadas a garantizar la ausencia de trata y explotación de seres humanos en el conjunto de las actividades que desarrollen así como un sistema de incentivos para alentar a las empresas al cumplimiento de su deber de diligencia. Por consiguiente, consideramos necesario que exista legislación vinculante, obligaciones empresariales y un sistema de sanciones que garanticen su cumplimiento⁷², sanciones que irán desde multas, a inmovilización de capitales e incluso «prohibición de comercialización de bienes producidos en cadenas no limpias de trata y explotación».

En suma, la difusión de la cultura de la responsabilidad social de las empresas a través de procedimientos que materialicen la diligencia debida en el terreno de los derechos humanos y, por lo que aquí interesa, en el de la prevención de la trata y explotación, es valorada positivamente, en acuerdo con el Informe del Consejo Económico y Social, apreciando que reviste la máxima importancia en orden a garantizar la sostenibilidad social en las cadenas mundiales de valor. Ahora bien, comparto sus críticas a la previsión de la diligencia debida de las actuaciones de las organizaciones empresariales y sindicales en el art. 20 APLO, en exceso declarativa y genérica, proponiendo que se perfile, habida cuenta de la concreción ya alcanzada por estos principios en numerosos sectores y empresas. Su regulación adolece de un exceso de vaguedad e imprecisión, lo que contrasta con los desarrollos concretos más recientes alcanzados en el terreno de la responsabilidad social de las empresas con la implantación de modelos de gestión dirigidos a incorporar la conducta empresarial responsable, así como de sistemas de certificación del respeto a los derechos humanos en las cadenas globales de valor, amén de las medidas exigidas por la nueva normativa comunitaria sobre diligencia debida de las empresas.

70 El CES entiende que la referencia a las «agencias privadas de trabajo temporal» debería ajustarse a los términos establecidos en la legislación vigente, refiriéndose a las «agencias privadas de colocación y a las empresas de trabajo temporal (ETT) cuando actúen como agencias de colocación».

71 Disponible en el siguiente enlace: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/220208-consulta-publica-definitiva.pdf>

Una aproximación a la misma desde el prisma del Derecho internacional privado en PALAO MORENO, G.: «Hacia una regulación europea en materia de diligencia debida de las cadenas de valor empresariales: retos que suscita al derecho internacional privado» en *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, 2023, p.45 y ss.

72 A dicha necesidad responde la ley que, en primer lugar, establece que «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».

En opinión del CES es necesario seguir profundizando en la concreción de la diligencia debida en materia de derechos humanos y, por lo que afecta al texto objeto de dictamen, en la prevención de la trata y explotación. En dicha dirección, el **Informe del Consejo General del Poder Judicial** también sugiere al prelegislador la conveniencia de incorporar al texto proyectado las precisiones necesarias en función del estado de tramitación de la futura Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Lo cierto es que, como también subraya en la doctrina VILLACAMPA⁷³, ni siquiera incluye entre las disposiciones adicionales un plazo en el marco del cual se concrete el compromiso de adopción de dichas disposiciones.

En este contexto, los preceptos relativos a la exigencia de una política de diligencia debida empresarial en derechos humanos nos remiten al art.31 bis CP y a los requisitos de los modelos de organización (*compliance programs*) para la prevención y detección de delitos, ajustados al sistema descrito de responsabilidad penal de las personas jurídicas y al marco de los principios constitucionales vigentes⁷⁴. Ahora bien, como advierte ZÚÑIGA RODRIGUEZ, asimilar el contenido de los compliance como herramienta de defensa de la persona jurídica a la diligencia debida en materia de derechos humanos preocupa notablemente a los defensores de estos derechos⁷⁵. De ahí su propuesta de que estas nociones formen parte de un supra-concepto de diligencia debida organizacional, como fundamento de la responsabilidad penal/administrativa de la persona jurídica.

Incluso, desde la perspectiva del Derecho Penal, resulta de interés la sugerencia de reforma del art.31 bis realizada por PÉREZ CEPEDA⁷⁶, consistente en dar un paso más y pasar de la *culpa in vigilando* a la posición de garante de la empresa matriz por los delitos cometidos por sus filiales, contratistas y demás empresas incluidas en la relación contractual que sean graves violaciones de los derechos humanos. Éste sería el caso del delito de trata y las formas de explotación, por ello cabe lamentar como el Anteproyecto finalmente aprobado por el Consejo de Ministros quedó parcialmente recortado con respecto al texto inicial que especificaba que dichas obligaciones comprenderían no solo a las empresas matrices, sino también a sus filiales subsidiarias, proveedores y subcontratas a lo largo de toda la cadena de suministro». Incluso advertía que si las empresas no podían asegurar que las actividades a emprender no escapaban de la trata de seres humanos «deberían abstenerse de realizarlas».

Soy consciente de que muchas de las complejas cuestiones abordadas a lo largo del presente trabajo necesitan una mayor discusión y profundización; con todo, a partir de esta aproximación al APLO y a los aspectos que a nuestro juicio deberían revisarse⁷⁷, se ha tratado de

73 *Ob. cit.*, p.10.

74 FERRÉ OLIVÉS, J. C.: «Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética en la empresa» en *Revista Penal* n.44, 2019, p.61 y ss.

75 ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: *Ob. cit.*, p. 13 y ss.

76 PÉREZ CEPEDA, A.: «Hacia el final de la impunidad de las empresas transnacionales por violación de los Derechos Humanos» en *Revista Penal* n.º 44, 2019, p.142 y 143. Lo cierto es que como recuerda CARRERA HORTAS, A.: «Política criminal y responsabilidad penal de las personas jurídicas» en VV. AA.: *Cuestiones actuales de política criminal*, Valencia 2023, p.304, resulta llamativo que se utilice el mismo sistema de imputación para cualquier persona jurídica, sin diferenciar su clase de organización y sus fines.

77 A la entrega del presente trabajo, el inesperado adelanto electoral de las elecciones generales al 23 de julio y la disolución de las Cortes ha impedido desgraciadamente la aprobación del Anteproyecto y el inicio de su tramitación parlamentaria.

evidenciar que el camino óptimo para intentar erradicar o frenar las formas contemporáneas de esclavitud requiere de un enfoque integral que aborde conjuntamente la responsabilidad penal empresarial con el cumplimiento de la diligencia debida. Como esencial resulta asimismo el fomento de la investigación financiera y patrimonial y la mejora de la tutela de las víctimas-testigos, una de las principales razones que explica la ausencia de condenas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SUOTO, M.: «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el código penal español» en *Revista General de Derecho penal*, 2021.
- CARRERA HORTAS, A.: «Política criminal y responsabilidad penal de las personas jurídicas» en VV. AA.: *Cuestiones actuales de política criminal*, Valencia 2023, p. 295.
- CELLA NOSIGLIA, C.: «Factores push y pull del delito de trata de seres humanos» en VV. AA.: *Cuestiones prácticas sobre trata de seres humanos: una visión interdisciplinar*, Madrid, 2022.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, Madrid, 2018.
- DE LA MATA BARRANCO, N.: «La política criminal europea en materia de trata de personas e inmigración ilegal y su adaptación a la legislación española», en (Del Carpio, Dir.): *Criminalidad en un mundo global*, 2020.
- DELGADO ECHEVARRÍA, C.: «Dificultades que se suscitan en la práctica judicial para la investigación y enjuiciamiento de causas por trata de seres humanos» en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, cit., p. 910.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: «Dos cuestiones relativas a los programas de cumplimiento penal: los criterios para medir su eficacia y el diseño de los mapas de riesgo» en *Criminal Compliance Programs y mapas de riesgo*, Valencia 2023.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Navarra 2020.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C.:» Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética en la empresa» en *Revista Penal* n.44, 2019, p. 61 y ss.
- GALÁN MUÑOZ, A.: *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia 2017.
- GARCÍA RIVAS, N.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas» en *La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: género, derecho y TIC*, 2018, pp. 60 y ss.

- GARCÍA SEDANO, T.: «Un análisis de los push y pull factors del delito de trata desde una perspectiva político criminal» en *Estudios Penales en homenaje al Dr. Lorenzo Salgado*, 2021, pp. 585 y ss.
- GARCÍA SEDANO, T.: «Diligencia debida y modelos de política criminal en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud» en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, abril-septiembre 2022.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Acumulación y compatibilidad de la responsabilidad penal de personas físicas o jurídicas (art.31 ter) en VV. AA.: *Estudios penales en homenaje al profesor J. M. Lorenzo Salgado*, 2021.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y Programas de Cumplimiento*, Valencia 2020.
- GUISASOLA LERMA, C.: «Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género» en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIX, 2019, pp. 179 y ss.
- MERINO RUS y POMBO MORALES, C.: «Empresas y trata de seres humanos» en VV. AA.: *Cuestiones prácticas sobre trata de seres humanos*, Madrid 2022.
- MOYA GUILLEM, C., TAPIA BALLESTEROS, P.:» Ganancias ilícitas de la delincuencia transnacional e instrumentos penales para disuadirla», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2021.
- MUÑOZ RUIZ, J.: *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*, Valencia 2021.
- PALAO MORENO, G.: «Hacia una regulación europea en materia de diligencia debida de las cadenas de valor empresariales: retos que suscita al derecho internacional privado» en *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, 2023.
- PÉREZ ALONSO, E.: «Necesidad dogmática y conveniencia político-criminal de incriminar los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal Español. Una propuesta de regulación penal (con breves consideraciones de urgencia sobre el nuevo Plan de acción nacional contra el trabajo forzoso)» en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de incriminación. ¿Es necesaria una Ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia 2022.
- PÉREZ CEPEDA, A.: «Hacia el final de la impunidad de las empresas transnacionales por violación de los Derechos Humanos» en *Revista Penal n.º 44*, 2019.
- PLANCHADELL GARGALLO, A.: «La víctima de trata como testigo en el proceso penal: necesidad de protección» en VV. AA.: *La prostitución en la Comunidad Valenciana*, Valencia 2023.
- PLANCHADELL GARGALLO, A.: «Investigación y enjuiciamiento del delito de trata: aspectos procesales desde la jurisprudencia» en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, 2022.

- POMARES CINTA, E.: «Visualizando las prácticas de la esclavitud moderna en España. Estado de la cuestión, primer plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y propuestas» en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, Valencia 2022.
- QUINTERO OLIVARES, G.: «La globalización y el Derecho penal: un cajón de sastre conceptual», en (Galán/ Mendoza Dir.): *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, 2019, p. 23.
- OLASOLO ALONSO, H.: «¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del Derecho internacional penal para hacer frente a los delitos transnacionales?», en PÉREZ CEPEDA, *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*.
- RODRIGUEZ LÓPEZ, S.: *Trata de seres humanos y corrupción*, Valencia, 2022.
- TORRES FERRER, C.: «Aproximación a la trata de seres humanos desde su consideración como delito económico», en VV. AA.: *La trata de seres humanos tras un decenio de incriminación. ¿Es necesaria una Ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia, 2022.
- VIDALES RODRIGUEZ, C.: «Estrategias legales frente a la criminalidad organizada: blanqueo y decomiso» en (Del Carpio Delgado, Dir.): *Criminalidad en un mundo global: criminalidad de empresa, transnacional, organizada y recuperación de activos*, 2020.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y la explotación» en *Diario La Ley*, abril 2023.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada. Especial referencia al derecho positivo español» en *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, 2013.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: «Compliance penal, diligencia debida, culpa organizaciones: ¿juego de abalorios para la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas? En *La Ley compliance penal*, tercer trimestre 2022.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: «Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial» en *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Valencia 2017.
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: «El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y respuestas» en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.): *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Valencia, 2016, pp.171 y ss.

LA HETEROGENEIDAD DE LOS MECANISMOS DE IMPLEMENTACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA EMPRESARIAL COMO OBSTÁCULO EN EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIOAMBIENTE

THE HETEROGENEITY OF CORPORATE DUE DILIGENCE
IMPLEMENTATION MECHANISMS AS AN OBSTACLE TO
RESPECT FOR HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT

Nerea Magallon Elosegui

Investigadora Ramón y Cajal y Profesora de Derecho Internacional
Privado de la UPV/EHU, nerea.magallon@ehu.eus

Resumen: Con carácter general dentro de las normas de diligencia debida empresarial existentes en la actualidad podemos diferenciar entre las que se basan únicamente en deberes de información y divulgación y que tienen como objetivo dotar de mayor transparencia a la política de responsabilidad social empresarial; y las que establecen medidas sustantivas de diligencia debida acompañadas de un sistema de aplicación y ejecución en caso de incumplimiento. Entre estas últimas, la mayor parte contemplan la creación de una autoridad de supervisión pública y un régimen de sanciones de carácter administrativo dirigido a corregir la falta de cumplimiento de los deberes de diligencia debida y, únicamente, la ley francesa establece un régimen de responsabilidad civil. La heterogeneidad que las caracteriza —y que se pone de manifiesto en este trabajo— puede constituir un obstáculo en la consolidación de unos comportamientos de diligencia debida comunes y, como consecuencia, en el respeto de unos estándares mínimos de protección de los Derechos Humanos y el Medioambiente y avala la necesaria aprobación de una Directiva europea en este ámbito.

Abstract: Among the corporate due diligence laws currently, we can differentiate between those based only on duties of information and disclosure, which aim to make corporate social responsibility policy more transparent and those that establish specific due diligence measures accompanied by a system of implementation and enforcement in the event of non-compliance. Among these ones, most provide for the creation of a public supervisory authority and a system of administrative sanctions aimed at correcting non-compliance with due diligence duties, only, the French law included a civil liability regime. The diversity that characterizes them, and which is highlighted in this paper, may constitute an obstacle to the

consolidation of common due diligence behaviors and respect for minimum standards of protection of human rights and the environment, and supports the necessary adoption of a European Directive in this field.

Palabras clave: Empresa y Derechos Humanos, diligencia debida, responsabilidad social, prevención, reparación, reclamación, responsabilidad por daños.

Keywords: Business and Human rights, Due Diligence, corporate social responsibility, prevention, mitigation, reporting, civil responsibility.

SUMARIO: I. Introducción: la debida diligencia como método de gestión empresarial. II. Mecanismos de información y divulgación: un primer paso en las normas de diligencia debida. 1. La *Dodd Frank Act*. 2. La Ley de transparencia californiana. 3. La Directiva europea de divulgación no financiera. 4. La *Modern Slavery Act* inglesa. III. Mecanismos sustantivos de implementación en las normas de origen estatal en Europa. 1. La ley relativa al deber de diligencia francesa. 2. La Ley de debida diligencia holandesa en materia de trabajo infantil. 3. La Ley alemana de obligaciones de cuidado en la cadena de suministro. 4. Ley sobre transparencia empresarial y trabajo decente noruega. IV. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN: LA DEBIDA DILIGENCIA COMO MÉTODO DE GESTIÓN EMPRESARIAL

En la última década, la debida diligencia se ha ido convirtiendo en un parámetro de referencia de los comportamientos empresariales¹. La progresiva instauración del «deber» de diligencia debida, como medida de implementación del respeto de los Derechos Humanos y el Medioambiente en la organización y el funcionamiento empresarial, se erige en contrapeso de las consecuencias que sobre los Derechos Humanos ha tenido la liberalización de los intercambios comerciales y la creciente externalización de la producción y la deslocalización de las actividades empresariales.

Entendemos la debida diligencia en materia de Derechos Humanos como un proceso de gestión a través del que las empresas se comprometen a implantar un mayor respeto de los Derechos Humanos y el Medioambiente en el desarrollo de sus actividades transfronterizas².

- 1 Especialmente a partir de los Principios rectores sobre Empresa y Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar» de 2011 y de las Líneas Directrices para empresas Multinacionales de la OCDE. También en 2011 se publicó la Recomendación sobre la Guía de Diligencia Debida para cadenas de Suministro responsables en el sector textil y del calzado y en 2018 se publica con carácter más general la Guía de debida diligencia para una conducta empresarial responsable.
- 2 El Alto Comisionado de Derechos Humanos se refiere al termino de debida diligencia como: «la medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que, normalmente actúa una (persona) prudente y razonable en unas circunstancias determinadas. No se mide por una norma absoluta, sino dependiente de los hechos relativos del caso en cuestión. En el contexto de los Principios Rectores, la diligencia debida en materia de Derechos Humanos

La introducción de obligaciones de diligencia debida va a contribuir a consolidar una política empresarial más sostenible y respetuosa con los Derechos Humanos, y su incorporación en la organización y el funcionamiento empresarial ayudará a implementar unos estándares para su protección en el desarrollo de las actividades empresariales a nivel global. Sin embargo, en la actualidad, las medidas legislativas sobre diligencia debida que han proliferado en los últimos años integran distintos tipos de obligaciones con un alcance muy heterogéneo.

La heterogeneidad que caracteriza la normativa de diligencia debida empresarial coexistente en Europa comporta el riesgo de incrementar la inseguridad jurídica y las desigualdades entre empresas, pudiendo llegar a ser un elemento de distorsión de la competencia dentro del propio mercado europeo³. De hecho, la aprobación de un futuro instrumento europeo de diligencia debida servirá para incentivar unas obligaciones mínimas comunes que deberán establecer todos los Estados miembros de manera general; optimizando y armonizando, por un lado, la normativa existente tanto a nivel estatal como europeo y, por otro, igualando el acceso al mercado europeo de todas las empresas europeas o que operen en Europa a nivel competencial⁴.

La diversidad que caracteriza a la normativa actual se manifiesta, entre otras cosas, a través de los distintos mecanismos utilizados para instaurar el deber de diligencia y en los grados de implementación establecidos en las normas producidas de origen estatal y europeo para regular los comportamientos empresariales internacionales. Si bien la «diligencia debida» se debería entender como un procedimiento de gestión empresarial enfocado a que las empresas conozcan y den a conocer los riesgos que sus actividades pueden tener para los Derechos Humanos y el Medioambiente, con el objetivo de adoptar las medidas necesarias para mitigar y evitar las consecuencias negativas que esos riesgos pueden tener y, en su caso, reparar los impactos causados y responder a las consecuencias de los comportamientos empresariales tanto en la producción, como en la prestación de servicios a lo largo de toda la cadena de suministro⁵, la utilización de diferentes tipos de mecanismos de implementación conlleva, inevitablemente, a distintos grados en la consecución de resultados.

De hecho, dentro del proceso de diligencia debida empresarial podemos hacer una distinción entre los mecanismos de información y divulgación (II), establecidos con el objetivo de dotar de una mayor transparencia a las actividades y política empresarial poniendo de manifiesto los riesgos y potenciales riesgos derivados de su actividad; y los mecanismos sustantivos de implementación (III), que instauran un procedimiento del que deriva el establecimiento de medidas concretas, no solo de identificación de riesgos, sino de prevención, reducción y en su caso reparación de los daños derivados de esos riesgos.

constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente o razonable debe llevar a cabo a la luz de las circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en el que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los Derechos Humanos».

- 3 *Vid.*, Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y la Comisión sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2022), 71 final, 23.2.2022.
- 4 El 23 de febrero la Comisión publicaba la Propuesta de Directiva 2022/0051 de diligencia debida en materia de sostenibilidad, COM (2022), 71 final, 23.2.2022.
- 5 Tal y como se extrae de los Principios Rectores de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos de la ONU (A/HRC/RES/17/31).

A su vez, ambos tipos de mecanismos deberán ir acompañados de los correspondientes mecanismos de vigilancia, de mecanismos de denuncia o reclamación por incumplimiento de las obligaciones y de reparación del daño derivado como consecuencia de ese incumplimiento.

II. MECANISMOS DE INFORMACIÓN Y DIVULGACIÓN: UN PRIMER PASO EN LAS NORMAS DE DILIGENCIA DEBIDA

Con carácter general, la mayoría de las iniciativas legislativas adoptadas destinadas a integrar la diligencia debida como principio de actuación empresarial, en un primer momento, se han dirigido a dotar de mayor transparencia a las actividades empresariales, sobre todo de carácter transfronterizo, y se basan, únicamente, en deberes de información sobre la política empresarial de gestión de riesgos sobre los Derechos Humanos.

Las primeras medidas aprobadas en esta dirección fueron realizadas en Estados Unidos a través de la *Ley Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection*, de 5 de enero de 2010⁶ y la Ley de Transparencia en la cadena de suministro de California también aprobada en 2010⁷. A nivel europeo es menester destacar la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad⁸. Y a nivel estatal destaca la *Modern Slavery Act* inglesa de 2015 como pionera entre las normas de Estados europeos.

Tenemos que tener en cuenta que el primer paso al que deben enfrentarse las empresas a la hora de plantearse una estrategia de actuación con el objetivo de integrar los deberes de diligencia debida es la realización de una evaluación de riesgos en la que se refleje el impacto, potencial o real, que tienen sus actividades sobre los Derechos Humanos y el Medioambiente. Se trata de poner de manifiesto las consecuencias que sobre los Derechos Humanos pueden comportar sus actividades empresariales, y para ello es necesario recopilar la información sobre el funcionamiento y estructura de la empresa que refleje los recursos empleados a lo largo de toda su cadena de suministro. Podemos decir que se requiere un diagnóstico inicial que nos permita realizar una primera medición de riesgos, necesaria para implantar mejoras.

La información recopilada en este paso preliminar nos sirve como medida de aproximación a la política social y medioambiental, así como de gobernanza y respeto a los Derechos Humanos, de una empresa y su recopilación constituye, en todo caso, un revelador avance en

6 *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, H. R. 4173, 111, Congress (2009-2010) of United States of America.

7 *California Transparency in Supply Chain Act 2010 (US)*, s 1714.43 (a) (1). *vid.*, LANTARON BARQUIN, D., «Derechos humanos y cadenas de suministro: conclusiones a partir de una lectura comparada de legislaciones estatales anglosajonas y continentales», en *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas de valor globales*, en W. Sanguinetti y J. Bautista. (dirs.), Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 183-217.

8 DO L330, 15.11.2014.

la definitiva concienciación hacía una política más responsable de la conducta empresarial, aunque en ocasiones, sea utilizado como estrategia para promover la imagen empresarial⁹. Ahora bien, la recopilación de esta información puede realizarse con fines meramente divulgativos o con el objetivo de adoptar las medidas necesarias para mitigar esos riesgos atendiendo al impacto de sus actividades y de prevenir los daños sobre los Derechos Humanos que puedan ocasionar. La clave está en el enfoque que define a estas iniciativas dirigidas, bien a involucrar al consumidor o al inversor que mediante la demanda de productos responsables influye en la conducta empresarial¹⁰, o bien a identificar a la empresa como responsable de todo aquello que comporte un riesgo en su organización y en el desarrollo de sus actividades. Ello nos lleva a diferenciar entre aquellas obligaciones meramente divulgativas y aquellas que posean un carácter sustantivo.

A continuación, vamos a analizar las normas que prevén, únicamente, medidas de carácter informativo como punto de partida hacia la instauración de la debida diligencia con el fin de valorar su eficacia. Debemos tener en cuenta que el objetivo de las políticas informativas es dotar de mayor transparencia a la estrategia social y medioambiental de las empresas con el propósito de identificar los riesgos para incrementar la confianza de inversores y consumidores. Se basan en la firme convicción de que aquellas empresas que demuestren que son socialmente responsables mejoraran su imagen y reputación frente a los consumidores, lo que les puede llevar a incrementar sus beneficios. Tal y como establecen los Considerando de las Directiva 2014/95/UE, en lo que respecta a la divulgación no financiera e información de las empresas: «(...) la divulgación de la información no financiera contribuye a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad». De modo que a la hora de analizar el resultado de este tipo de medidas deberemos diferenciar entre el éxito en el cumplimiento del objetivo que subyace a su contenido (informar y divulgar) y su contribución a la consolidación del deber de diligencia a nivel empresarial.

Para lograr alcanzar el objetivo inicial planteado e inherente a este tipo de normas, se debe otorgar una información de fácil acceso para las partes interesadas y que posea gran alcance. De hecho, el contenido de estas obligaciones deberá ser claro con indicadores precisos, universales y constatables, que reflejen de manera exacta el tipo de recursos económicos y sociales utilizados en el desarrollo de la actividad empresarial. Además, esta información se tiene que extender a toda la cadena de suministro y atender a las relaciones de la empresa con sus filiales, proveedores y subcontratistas independientemente de dónde se encuentren.

La divulgación de la información también va a ser fundamental para cumplir con el objetivo perseguido por este tipo de iniciativas. La información se podrá transcribir a través de informes o declaraciones que deberán ser puestos a disposición de cualquier parte interesada de una manera pública y accesible tanto en la página web de la empresa, como en registros públicos facilitados por la administración. Además, para que esta información sea efectiva y funcional es fundamental que sea periódicamente cotejada, actualizada, y paralelamente supervisada por auditores internos, externos o por entidades de supervisión públicas.

9 SCHEPER, C., «From naming and shaming to knowing and showing: human rights and the power of corporate practice», *The International Journal of human rights*, vol. 19, núm. 6, 2015, págs. 737-756.

10 Podemos ver un interesante estudio del papel del consumidor en: SALES, L. y MARULLO, C., «La debida diligencia un cambio de paradigma en la protección del consumidor frente a la información no financiera», *Homa Publica. Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, vol. 6, núm. 1, 2022.

1. La *Dodd Frank Act*

Las primeras normas dirigidas a consagrar el principio de transparencia empresarial y que establecen obligaciones de información y divulgación de las conductas de las empresas en sus actividades transfronterizas se manifiestan en Estados Unidos: la *Dodd Frank Act* de reforma financiera y protección de los consumidores¹¹ y la Ley de Transparencia californiana. Ambas promulgadas en el año 2010, aunque entran en vigor con posterioridad, contemplan modelos de transparencia empresarial basados, únicamente, en obligaciones de informar.

La *Dodd Frank Act* se enmarcó dentro de una profunda reforma financiera acometida en Estados Unidos que buscaba recuperar la confianza de los inversores y fomentar la estabilidad financiera a través de una mayor responsabilidad y transparencia de las empresas. Se basa, por tanto, en la idea de dar a conocer la política empresarial en materia de Derechos Humanos como criterio diferenciador para dotar de mayor seguridad y certeza a las partes interesadas.

Entre las medidas contempladas en la *Dodd Frank* la Sección 1502 se refiere a un sector muy concreto: la explotación y el comercio de minerales con origen en la República Democrática del Congo y sus países limítrofes. De hecho, se trata de una norma precursora en materia de diligencia debida que constituye un precedente inmediato al Reglamento europeo sobre minerales en zonas de conflicto¹². La Sección 1502 de la Ley *Dodd Frank* insta obligaciones que recaen en determinadas empresas estadounidenses¹³ (que coticen en bolsa y cuyos proveedores obtengan minerales con origen en determinados países¹⁴) dirigidas a realizar un proceso de búsqueda de información que permita comprobar si la compra de los minerales puede llegar a tener relación, directa o indirectamente, con la financiación de grupos armados. Para ello deberán entregar un informe anual (a partir de mayo) a la *Security And Exchange Comisión*¹⁵.

Los primeros informes basados en esta norma fueron presentados en mayo de 2014 por más de mil empresas que se encontraban dentro del ámbito de aplicación de la norma. *Global Witness* y *Amnistía Internacional* hicieron un análisis de 100 de esos informes que reveló importantes conclusiones sobre el alcance de los mecanismos de información y divulgación.

11 *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection act. H. R. 4173, 111. (Congress 2009-2010) of United States of America. Vid., MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., «Comercio de Minerales y Derechos Humanos en Europa», Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastian, J. Soreta (dir.) V. XIX, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 137-168.*

12 Reglamento 2017/821, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio y wolframio y sus minerales y oro; Vid., DIAGO DIAGO, P., «El control del comercio internacional de los minerales en conflicto», *Diario La Ley*, n.º 9099, de 14 de diciembre y MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., «Trade in minerals and human rights: towards responsible sourcing of minerals from conflict areas in Europe. Regulation (EU) 2017/821», *Spanish Year Book of International Law*, núm. 24, 2020, págs. 155-179.

13 Aquellas que coticen en bolsa y que directa o indirectamente a través de sus proveedores utilicen los denominados minerales de conflicto en sus productos de fábrica.

14 República Democrática del Congo, países vecinos de Sudán, Uganda, Ruanda, Burundi, Tanzania, Zambia, Angola, Congo y República Centro africana.

15 www.sec.gov/reports.

Por un lado, se comprobó que la mayor parte de las empresas desconocía si sus productos están vinculados a las actividades de grupos armados y, además, no gozan de medios para descubrirlo, mostrando los problemas que subyacen a la recopilación de información a lo largo de la cadena de suministro. Por otro lado, el 41 % tampoco poseía una política específica de identificación de riesgos en su cadena de suministro; y solo un 15 % de las empresas analizadas parecía haber contactado, o al menos haberlo intentado, con las instalaciones que procesan los minerales (fundiciones o refinerías) y su investigación se limitaba al proveedor directo¹⁶. Como podemos observar en este instante se ponen de manifiesto los primeros inconvenientes existentes vinculados a la determinación del impacto que las actividades empresariales pueden tener sobre los Derechos Humanos: la ausencia de una política protectora y la falta de mecanismos de identificación de riesgos reflejan una escasa concienciación de la necesidad de adoptar un comportamiento responsable.

Por su parte, para verificar la veracidad de los datos aportados por las empresas en los informes se apela a su tutorización, comprobación y seguimiento y, durante los primeros años de implementación de la Ley *Dodd Frank*, la *Security And Exchange Commission* estableció la obligación de evaluar dichos informes por auditorías externas, pero dicho compromiso fue suprimido como consecuencia de una decisión del Tribunal de apelaciones de 2014 que instauró la voluntariedad de las auditorías en aquellos casos en los que la empresa declare que sus productos están «libres de conflicto».

A tenor de la ley, tampoco se contemplan sanciones para aquellas empresas que presenten informes incompletos o inexactos; convirtiéndose la ausencia de sanciones y de controles o auditorías externas en los puntos débiles de la norma.

2. La Ley de transparencia californiana

La Ley de Transparencia en la cadena de suministro de California¹⁷ poseía un punto de partida que fue realmente innovador en el momento de su promulgación. Coloca el punto de mira en el poder que otorga la información para el consumidor y para la empresa matriz respecto a su cadena de suministro. Parte de la importancia que tiene para los consumidores (y para las empresas) la información sobre la producción de los productos de cara a conocer aquellos en los que ha sido utilizado trabajo forzoso y mano de obra infantil y a evitar contribuir, a través de su compra, a la continuidad de esos delitos. Todo ello con la firme convicción de que, de lo contrario, en caso de que fueran conscientes, contribuirán a su erradicación. La falta de información pública, por tanto, según la norma, les sitúa en una clara desventaja a la hora de distinguir a las empresas que hacen esfuerzos por suministrar productos libres y decidir consecuentemente sobre su forma de actuar.

Conforme a la Exposición de motivos de la Ley californiana, el Estado debe garantizar que los grandes minoristas y fabricantes proporcionen a los consumidores información sobre sus criterios para suprimir la esclavitud y la trata de seres humanos en sus cadenas de sumi-

16 «Digging for transparency. How companies are only scratching the Surface of conflict minerals reporting», *Global Witness y Amnistía Internacional*.

17 *Senate Bill No. 657, Chapter 556*, aprobada el 30 de septiembre de 2010, entra en vigor en enero de 2012.

nistro, con el objetivo de educar a los consumidores sobre cómo comprar bienes producidos por empresas de gestión responsable y, de este modo, contribuir a mejorar las vidas de las víctimas de la esclavitud y la trata de seres humanos.

A tales efectos, las empresas, minoristas y fabricantes (con ingresos mundiales brutos que excedan los cien millones de dólares) que operen en California, deberán realizar una Declaración en la que se reflejen sus esfuerzos para eliminar la esclavitud de sus cadenas de suministro.

En la Declaración se establecerá el tipo de medidas que realizan para verificar, evaluar y abordar los riesgos sobre la trata de seres humanos y la esclavitud que pueden acontecer en las cadenas de suministro de sus productos. La norma se divide en cinco secciones correspondientes a los ámbitos en los que se debe basar la Declaración: verificación, auditoría, certificación, rendición de cuentas y formación.

En primer lugar, la empresa deberá revelar si participa en la verificación de las cadenas de suministro para evaluar y abordar los riesgos sobre la trata de seres y esclavitud que pueden tener sus actividades o si realiza ese proceso a través de un tercero. En segundo lugar, si efectúa auditorías de proveedores con el fin de valorar en qué medida cumplen con las normas de la empresa en materia de trata de seres humanos y esclavitud en las cadenas de suministro, y concretar el tipo de auditorías, es decir, si son auditorías independientes y realizadas sin previo aviso.

En tercer lugar, otro indicador importante que deberán tener en cuenta, se refiere a la exigencia de certificados a los proveedores directos. La empresa declarará si exige a los proveedores directos que certifiquen que los materiales incorporados al producto cumplen las leyes relativas a la esclavitud y la trata de seres humanos del país o países en los que desarrollan su actividad, y si poseen normas y procedimientos internos de rendición de cuentas para los empleados o contratistas que no cumplan las normas de la empresa en materia de esclavitud y trata de seres humanos.

En cuarto lugar, notificará si posee procedimientos internos de rendición de cuentas para los empleados o contratistas que no cumplan con las normas. También deberán informar sobre la formación a los empleados y directivos de la empresa en la materia, en tanto tienen responsabilidad directa en la gestión de la cadena de suministro, en particular con respecto a la mitigación de riesgos dentro de las cadenas de suministro de productos.

La Declaración se publicará en la página web del vendedor minorista o fabricante mediante un enlace visible y comprensible introducido en la página inicial. Aquellos vendedores minoristas o fabricantes que no dispongan de un sitio web en Internet, tendrán la obligación de proporcionar a los consumidores la información por escrito en un plazo de 30 días a partir de la recepción de una solicitud por escrito de divulgación por parte de un consumidor.

En caso de incumplimiento de lo establecido con anterioridad, aparte de las posibilidades de recursos previstas por otras normas, se establece una acción concreta de desagravio por mandato judicial interpuesta por el Fiscal General. Ahora bien, no se requiere realizar ninguna medida más allá de la Declaración de transparencia, puesto que el objetivo de la norma es meramente divulgativo y recae sobre el consumidor la decisión de cómo actuar con esa información. De modo que no se establece ningún tipo de medidas correctivas y no se valora el

resultado en términos de diligencia debida de la Declaración que puede limitarse, incluso, a establecer que no se realiza ninguna de las acciones contempladas por la norma.

3. La Directiva europea de divulgación de información no financiera

La Directiva 2014/95/UE PE, de 22 de octubre de 2014, sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, entró en vigor el 6 de diciembre de 2014¹⁸. Se dirige a fomentar la transparencia de la política social y medioambiental de empresas pertenecientes a todo tipo de sectores¹⁹, con el objetivo de identificar los riesgos para la sostenibilidad que puedan tener sus actividades.

La norma europea apela a las empresas a la presentación de informes no financieros que comprendan información relativa al impacto de su actividad referida, como mínimo, a las cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los Derechos Humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno²⁰. Para ello debe incluir una descripción de las políticas, resultados y riesgos vinculados a estas cuestiones y de los procedimientos de diligencia debida aplicados a lo largo de su cadena de suministro, incluyendo a proveedores y subcontratistas. Esta información se dirige a poner de manifiesto el impacto que las actividades empresariales pueden tener en la sociedad y comporta un cambio de paradigma en el papel que juegan las empresas en la sociedad que hace hincapié en su poder de influencia y transformación del entorno en el que se desenvuelven. Sin lugar a duda, las políticas de promoción y empleo justo y la utilización de recursos respetuosos con el medioambiente van a contribuir a mejorar las condiciones de vida del lugar en el que desarrollan sus actividades.

A tales efectos, las empresas podrán informar sobre un amplio margen de cuestiones, valorando cuál es la información que refleja su evolución y su situación y las repercusiones que van a tener sus actividades en la sociedad. Se deberán elegir los aspectos que más probabilidades tienen de producir riesgos de efectos adversos graves, junto a los que ya se hayan materializado. Para valorar cuál va a ser el tipo de información más significativa se tendrá en cuenta el contexto en el que se realizan las actividades empresariales y las circunstancias de la sociedad y el sector en el que operan²¹. De hecho, es importante resaltar que la elección de las cuestiones a abordar también se supeditará a las necesidades de las partes interesadas: consumidores, trabajadores, inversores, proveedores, grupos vulnerables, comunidades locales o interlocutores sociales o sociedad civil.

18 DO L30, 15.22.2014.

19 La Directiva se aplica únicamente a las grandes empresas de interés público y las matrices de grandes grupos empresariales siendo aquellas que superan determinados umbrales de volumen de negocios anual con más de 500 empleados. *Vid.*, MARTIN HERNÁNDEZ, M.ª. L., «La perspectiva empresarial de la Unión Europea sobre la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad tras la aprobación de la Propuesta de Directiva», en *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas de valor globales*, en W. Sanguineti y J. Bautista. (dirs.), Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 217-299.

20 Considerando 5 de la Directiva 2014/95/UE.

21 Considerando 8 y 9 de la Directiva 2014/95/UE.

Las empresas, al cierre del ejercicio, deberán realizar un informe de gestión o declaración sobre su Estado no financiero que se pondrá a disposición del público. A pesar de ello, la Directiva no establece ningún formato específico para hacer la Declaración, si bien la Comisión ha elaborado unas Directrices sobre cómo realizar la Declaración²².

Es importante destacar que no se prevé la participación de terceros en el proceso y serán las autoridades nombradas por los Estados las que se asegurarán de que las empresas publiquen ese informe en un plazo razonable²³. En esa función supervisora, el contenido de la Declaración no será cotejado ni controlado y las auditorías externas realizadas por organismos públicos únicamente comprobarán si la información ha sido incorporada sin entrar a valorar su veracidad. En este sentido tampoco se establecen sanciones por incumplimiento, sino que se deja en manos de los Estados la incorporación de sanciones efectivas, disuasorias y proporcionadas; aunque solo podrán imponerse en el supuesto de que no se haya presentado la Declaración dentro de los plazos establecidos, independientemente de su contenido.

Pasados unos años desde su implementación, podemos concluir que la si bien la Directiva constituía una excelente oportunidad para modificar el comportamiento de las empresas al divulgar y optimizar su información no financiera, con carácter general, no ha supuesto una relevante transformación en su responsabilidad social. De hecho existe una Propuesta de la Comisión de información corporativa en materia de sostenibilidad por la que se revisa la Directiva sobre divulgación no financiera²⁴, y la evaluación de impacto que acompaña a la Propuesta de la Comisión²⁵ en el que se analiza su aplicación, revela un impacto menor en las empresas y en las partes interesadas y no identifican un patrón claro de cambio de comportamiento derivado de la obligación de información a la que se refiere la Directiva. A pesar de ello, ha tenido un impacto positivo hacia una mayor concienciación de la necesidad de instaurar políticas empresariales más responsables.

4. La *Modern Slavery Act* inglesa

La Ley de esclavitud moderna del Reino Unido (MSA) se aprueba en 2015 y tiene como antecedente inmediato a la Ley de Transparencia en la cadena de suministro de 2010 californiana con la que muestra muchas similitudes, y a la Ley australiana de esclavitud moderna de 2018. A pesar de sus diferencias, las tres normas tienen en común que están dirigidas a acabar con la esclavitud moderna y la trata de personas y, por tanto, a proteger los Derechos Humanos a lo largo de toda la cadena de suministro.

La MSA se trata de una ley dirigida a consolidar los delitos de esclavitud, trabajo forzoso y trata de seres humanos que introduce medidas novedosas, preventivas, de apoyo y la creación un órgano regulador, «*The Independent Anti-Slavery Commissioner*», para fomentar las buenas prácticas dirigidas a prevenir, detectar, investigar e incluso enjuiciar los delitos de

22 Directrices sobre la presentación de informes no financieros, COM C2015 /2017.

23 Se estima un plazo que no exceda los 12 meses a partir de la fecha del balance del informe financiero anual debidamente aprobado por el Consejo de Administración y supervisado por el auditor legal.

24 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) núm. 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad, COM (2021), 189 final.

25 SWD/2021/150 final.

esclavitud (Parte IV). Entre sus innovaciones destacan las ordenes de reparación de la trata de personas —que incluso prevén el uso de bienes incautados para compensar a las víctima— y las órdenes de prevención para garantizar que aquellos que tengan el riesgo de cometer delitos de esclavitud moderna no puedan trabajar en determinados ámbitos.

Sin embargo, lo que nos interesa a efectos de este trabajo es la Parte VI destinada a la transparencia en las cadenas de suministro, es decir a las medidas de diligencia debida que instaura con la finalidad de garantizar que las empresas no se benefician de la esclavitud y la trata de seres humanos en sus operaciones con independencia del lugar en el que se desarrollen.

La norma está basada en la divulgación de una determinada información con el objetivo de promocionar dicha transparencia de las actividades empresariales. Las empresas integradas en su ámbito de aplicación (arts. 54-57)²⁶ deberán informar a través de una Declaración anual en cada ejercicio económico —a diferencia de otras normas como la Ley de Transparencia californiana que exige un informe o declaración única— de la naturaleza y estructura de la organización, de sus actividades y los riesgos existentes en la cadena de suministro en materia de Derechos Humanos; dando cuenta de sus políticas y procesos de diligencia debida en relación con la esclavitud y la trata de seres humanos en sus negocios y a lo largo de toda su cadena de suministro, e informando de las medidas adoptadas para evaluar y gestionar los riesgos, así como de las instrumentos de formación y capacitación del personal.

A través de una Guía elaborada por la Secretaría de Estado²⁷ se han determinado de manera más concreta una serie de indicadores que coadyuvan a detectar el impacto de las actividades empresariales y que muestran el incremento de los riesgos de existencia de trabajo forzoso a lo largo de la cadena de suministro de una empresa. Entre ellos se consideran especialmente significativos los indicadores relativos a la existencia de trabajadores mal informados de las condiciones de empleo, la falta de claridad de los contratos, la falta de libertad de los trabajadores para salir y entrar libremente de las instalaciones, las retenciones salariales o de documentación identificativa como sanción disciplinaria, y el pago de la manutención o de viajes y alojamiento.

Es menester destacar que la obligación establecida en la MSA se limita a divulgar este tipo de información y, por tanto, como podemos observar, se orienta únicamente a dotar de mayor transparencia a la política empresarial en este ámbito cuando exista. De hecho, a tenor de la norma, al igual que en la ley californiana, cabe realizar una Declaración en la que se ponga de manifiesto que no se ha adoptado ninguna medida dirigida a prevenir y luchar contra la esclavitud y la trata de seres humanos.

26 Personas jurídicas o sociedades que suministran bienes o servicios en el mercado y desarrollan su negocio o parte del mismo en el Reino Unido, integran cadenas de suministro y alcanzan una facturación anual cuya cuantía está determinada por la Secretaría de Estado. La cifra actual prevista es de al menos 36 millones de libras, tal y como se estableció a través de la Guía elaborada por la Secretaría de Estado fruto de una consulta iniciada el 11 de febrero de 2015 con el objetivo de establecer el umbral del negocio y el contenido de las directrices legales, en definitiva una Guía orientativa: «*Modern slavery and Supply Chains. Government Response. Summary of consultation responses and next steps*», <https://www.bl.uk/collection-items/modern-slavery-and-supply-chains-government-response-summary-of-consultation-responses-and-next-steps>.

27 *Guidance on Slavery and Trafficking Prevention Orders and Slavery and Trafficking Risk Orders under Part 2 of the Modern Slavery Act 2015*, 2017, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government>.

A efectos divulgativos, la Declaración anual sobre la esclavitud y la trata de seres humanos deberá colgarse en la página web de la empresa e incluir un enlace a la declaración en un lugar destacado y visible al inicio de la página. Y en caso de que la organización no disponga de un sitio web, deberá facilitar una copia de la declaración sobre esclavitud y trata de seres humanos a cualquier persona que lo solicite por escrito, y deberá hacerlo antes de que finalice el plazo de 30 días a partir del día en que se reciba la solicitud.

La aplicación de la ley recae en las autoridades ejecutivas, y las empresas pueden verse obligadas a publicar las Declaraciones mediante requerimiento judicial a instancia del Secretario de Estado, sin embargo, este requerimiento no se acompaña de sanciones por incumplimiento. En este proceso de vigilancia y divulgación no participan terceros o titulares de derechos, aunque la sociedad civil se ha encargado de suplir esa ausencia²⁸.

Tras su aplicación inicial, en los últimos años, se pone de manifiesto el alcance de la norma y sus efectos hacia una mayor transparencia y concienciación empresarial. De hecho, el Gobierno basándose en una consulta pública sobre la ley realizada en julio de 2019 y publicada el 22 de septiembre de 2020²⁹, ha propuesto la introducción de mejoras con el objetivo de facilitar y optimizar, tanto la realización de los informes como el acceso a la información en aras a favorecer una mayor transparencia. Entre las novedades destaca la creación, en marzo de 2021, de un Registro centralizado donde acceder a los informes y declaraciones: el *Modern Slavery Statement Registry*³⁰.

III. MECANISMOS SUSTANTIVOS DE IMPLEMENTACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA EN LAS NORMAS ESTATALES EN EUROPA

El proceso de debida diligencia empresarial junto a los mecanismos de información y divulgación se debe componer de mecanismos sustantivos de implementación dirigidos a instaurar un procedimiento de hacer con el objetivo de, una vez identificado los riesgos, mitigarlos para prevenir sus efectos adversos o, en el supuesto de que ya se hayan producido, cesar y reparar. En cierto modo los mecanismos de información y divulgación que hemos visto con anterioridad se convierten en la antesala de los mecanismos de implementación de una política empresarial de diligencia debida y coadyuvan a delimitar su ámbito de actuación, pero no son suficientes. Debemos avanzar un paso más y, una vez identificados los riesgos, exigir a las empresas la integración de un procedimiento que se componga de medidas concretas y adecuadas para prevenir, mitigar o detener los impactos que sus actividades puedan tener en los Derechos Humanos y el Medioambiente.

28 *Business & Human Rights Resource Center* realiza un estudio en febrero de 2021 en el que establece que el 40 % de las empresas obligadas no han prestado la Declaración y ello no ha supuesto ninguna sanción: https://media.business-humanrights.org/media/documents/MSR_Embargoed.pdf.

29 Accesible mediante: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/919937/Government_response_to_transparency_in_supply_chains_consultation_21_09_20.pdf.

30 <https://modern-slavery-statement-registry.service.gov.uk/>.

Hemos tenido ocasión de comprobar que, hasta el momento, las iniciativas adoptadas a nivel estatal y europeo se han centrado, sobre todo, en el establecimiento de mecanismos de información y divulgación con el objetivo de cubrir esa etapa inicial conducente a identificar los riesgos y potenciales efectos adversos que tienen, o pueden tener, las actividades empresariales, poniendo el punto de mira en el consumidor. Como veremos en este epígrafe, solo algunas establecen medidas orientadas a mitigarlos y corregirlos a través de medidas de reclamación o control de autoridades públicas, posibilidad de sanciones e, incluso, de reparación del daño.

1. La Ley relativa al deber de diligencia francesa

La Ley francesa sobre el deber de vigilancia, aprobada el 27 de marzo de 2017, entró en vigor en el 2018³¹, y se ha convertido en un referente europeo para el resto de las iniciativas legislativas a nivel estatal. Esta norma establece medidas relativas al deber de transparencia y a la identificación de riesgos a lo largo de las cadenas de suministro, pero además integra obligaciones encaminadas a implementar acciones para prevenir esos riesgos, incluyendo mecanismos de ejecución y de reclamación.

La norma se basa en la elaboración de un Plan de vigilancia que contendrá medidas de identificación de riesgos y de prevención de impactos que deberán adoptar las empresas integradas en su ámbito de aplicación³². El Plan de Vigilancia comprenderá las actividades de la empresa principal, de sus filiales y sociedades, proveedores y subcontratistas con los que mantenga una relación «comercial estable». La relación comercial estable no requiere necesariamente una relación permanente o continuada³³. De hecho, las obligaciones instauradas por la norma conciernen a la sociedad matriz y a aquellas que controla directa o indirectamente en el sentido del artículo L 233-16 del Código de Comercio francés³⁴.

El Plan de Vigilancia se inicia con una cartografía de riesgos sustentada en la gravedad y naturaleza de los riesgos de las operaciones de la empresa. Mediante el mapa de riesgos

31 *LOI 2017-399, du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre 2017, JORF 2017-399, Vid., DURAN AYAGO, A., «Sobre la responsabilidad por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países (a propósito de la ley francesa 2017-399, de marzo 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales)», AEDIPr. T. XVIII, 2018, págs. 323-348; SACHS, T., «Le loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre: les ingrédients d'une corégulation», *Revue de droit du travail*, núm. 6, 2017, págs. 380-390; GUAMAN, A., «Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos», *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 8, núm. 2, 2018, págs. 216-250; DAUGAREILH, I., «La ley francesa sobre el deber de diligencia debida de las sociedades matrices y contratistas: entre renunciadas y promesas», en *Impacto laboral de las redes empresariales*, W. Sanguineti y J. Vivero (dirs.), Comares, Granada, 2018, págs. 375-388.*

32 Empresas que emplean al menos a 5.000 asalariados en su seno, incluidas la filiales directas e indirectas siempre que su sede social esté fijada en territorio francés durante dos ejercicios económicos consecutivos. Y aquellas que tengan 10.000 asalariados, al menos diez mil en su sede y en sus filiales directas con sede situada en territorio francés o en el extranjero.

33 DURAN AYAGO, A., «Sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 336

34 Se trata de un verdadero control de poder y no únicamente un mero control del capital, en tanto se refiere a todas las situaciones en que una empresa ejerce poder sobre otra.

se identifican, analizan y jerarquizan los riesgos de violación de los Derechos Humanos en función del sector de la actividad y de las zonas geográficas donde se desarrollan. Además, atendiendo al mismo, se establecerá un proceso de evaluación regular de la situación de sus filiales, proveedores y subcontratas. Este proceso implica que cada filial, proveedor o subcontrata deberá transmitir la información necesaria para asegurar sus propios procesos internos de prevención.

Por otro lado, en el Plan de Vigilancia, una vez delimitados los riesgos, será necesario identificar las acciones emprendidas para atenuarlos y las medidas adoptadas de prevención de violaciones de Derechos Humanos tomadas dirigidas a erradicarlos.

Con el objetivo de otorgar transparencia al proceso, el Plan de Vigilancia y toda la información al respecto deberá hacerse público e incluirse en el Informe empresarial previsto en el Código civil francés presentado a la Junta de accionistas por el Consejo de Administración o la Junta Directiva.

Entre las mayores virtudes de la norma francesa es menester subrayar la incorporación en su articulado de mecanismos de vigilancia, reclamación y reparación. Dentro de los mecanismos de vigilancia destaca la introducción de un sistema de alerta temprana frente al riesgo, establecido de acuerdo con las organizaciones sindicales y basado en la intervención de terceros en función de la existencia de quejas.

Además, la norma prevé que cualquier parte interesada puede solicitar una notificación oficial para cumplir con la ley en el caso de que una empresa no establezca, aplique o publique el plan de vigilancia. Si no hay respuesta de la empresa en un plazo de tres meses, ésta puede, a petición de una parte con capacidad para ello, ser demandada y obligada por un juez a cumplir, bajo pena de sanción, a establecer el plan de vigilancia, asegurar su publicación y dar cuenta de su aplicación efectiva o del porqué de la ausencia del plan. Esta notificación o mandamiento judicial formal para cumplir con sus requisitos de debida diligencia se convierte en un elemento clave como medida probatoria de la falta de diligencia ante una hipotética demanda posterior. Al mismo tiempo, la Ley francesa permite que un tribunal ordene su publicación, difusión o exhibición de su decisión con costas a cargo del demandado.

Respecto a los mecanismos de reparación, la Ley de debida diligencia francesa pretende contribuir, en ciertos aspectos, a mejorar el acceso a la justicia y dotar de recursos a las víctimas mediante el establecimiento del derecho a una acción civil de daños y perjuicios derivada de la ausencia de diligencia debida que les permitirá acudir a los tribunales nacionales. La Ley incluye una posible reclamación de responsabilidad extracontractual basada en la conducta negligente de la empresa por no cumplir las obligaciones de vigilancia contempladas en la norma. Se trata de una responsabilidad directa y subjetiva derivada del deber de vigilancia que requiere demostrar el nexo de causalidad entre la conducta y el daño, apelando a la responsabilidad de la matriz por la producción de un daño únicamente cuando no haya ejercido sus obligaciones diligentemente.

Como podemos observar la Ley francesa del deber de diligencia ha ido más allá invocando por primera vez al establecimiento de un procedimiento de debida diligencia completo y eficaz que se inicia con la evaluación de los efectos adversos de las actividades empresariales, pasa por el establecimiento de medidas de prevención y erradicación de los mismos, y termina con un proceso de reclamación de las víctimas en aras a reparar el daño cuando se

haya producido. La norma francesa es la única que contempla medidas de responsabilidad civil de la empresa matriz, aunque esté vinculada a la producción de un daño producido como consecuencia de la falta de control o vigilancia. Sin embargo, a diferencia de las normas que veremos a continuación, no prevé sanciones de carácter administrativo.

2. La Ley de debida diligencia holandesa en materia de trabajo infantil

La Ley de debida diligencia sobre trabajo infantil de los Países Bajos de 2019 se limita a la prohibición del trabajo infantil, teniendo en cuenta que los niños son los más afectados por los efectos adversos que pueden tener las actividades empresariales a lo largo de su cadena de suministro; ahora bien, es menester subrayar que existe una Propuesta de ley que ampliaría el objeto de protección a todos los ámbitos relacionados con los Derechos Humanos y que ha paralizado su entrada en vigor³⁵.

La norma holandesa apenas contiene novedades de gran alcance que nos permitan concluir una progresiva evolución en la introducción de medidas sustantivas de diligencia debida empresarial. Sin embargo, a pesar de que existe la posibilidad de que no se llegue a aplicar, nos gustaría destacar dos de sus aportaciones. Por un lado, se ha modificado el enfoque respecto a las normas de transparencia anteriores, en tanto se exige que, a su tenor, las empresas radicadas en Países Bajos y las que actúan en su mercado mediante la comercialización de bienes y servicios, realicen una Declaración en la que manifiesten que cumplen con las medidas oportunas de debida diligencia conducentes a evitar que en los bienes o servicios con los que comercializan se haya utilizado trabajo infantil. Por tanto, se trata de que las empresas garanticen a los consumidores holandeses que los productos que llegan al mercado no han sido afectados por trabajo infantil y no de que los consumidores premien a las que lo demuestran. De modo que, a diferencia, de sus predecesoras no se permite satisfacer el cumplimiento de la obligación de declarar en negativo, a pesar de que se contemplen algunas excepciones. Mediante este enfoque se fomenta la implantación de obligaciones sustantivas de diligencia debida en relación con el trabajo infantil, aunque la obligación resida únicamente en el deber de información.

La Declaración deberá realizarse ante la autoridad competente que será la encargada de supervisar y publicar las Declaraciones en un registro público, accesible a través de su página web. Una de las debilidades de la norma es que solo exige que se realice una única Declaración de validez con carácter indefinido, a diferencia de la Ley de esclavitud moderna del Reino Unido, es decir, no se hace un seguimiento periódico, sino que parece ser un requisito único. Las empresas tendrán que enviar las declaraciones a la autoridad (art. 4 (2)) y registrarlas en el Registro una sola vez, no anualmente.

La segunda aportación que vamos a resaltar es que integra mecanismos de supervisión e implementación asentados en la creación de una autoridad pública reguladora (*Toezietherouder*) que publica los informes y que será la que supervisará el cumplimiento de la norma, pudiendo imponer multas administrativas por incumplimiento³⁶. Además de las multas admi-

35 Propuesta, «*The Responsible and sustainable International Business Conduct Act*», de 6 de diciembre de 2021.

36 Multas que pueden llegar a 75.000 euros o al 10 % de la facturación anual.

nistrativas por no presentar la Declaración, el Director de la empresa puede llegar a ser condenado a prisión cuando la empresa haya sido multada dos veces en un periodo de cinco años por no haber realizado una diligencia debida conforme a la legislación.

La norma holandesa también integra mecanismos de supervisión o vigilancia por parte de terceros externos. Y la posibilidad de que toda persona física o jurídica que se vea afectada por las acciones u omisiones de la empresa en relación con la ley puede presentar una denuncia ante la autoridad reguladora (art. 3.2) sobre la base de una indicación concreta de incumplimiento (art. 3.3.) después de haber intentado resolver la denuncia directamente con la empresa.

3. La Ley alemana de obligaciones de cuidado en la cadena de suministro

El Parlamento alemán aprobó en junio de 2021 una nueva ley que se aplica a partir de enero de 2023³⁷ y exige a determinadas empresas cumplir con las obligaciones de diligencia debida de identificar, prevenir y abordar los abusos contra los Derechos Humanos y el Medioambiente reconocidos internacionalmente a lo largo de la cadena de suministro en sus propias operaciones y en las de sus proveedores directos³⁸.

La Ley alemana insta a las grandes empresas³⁹ a respetar las normas sociales y medioambientales obligándolas a supervisar sus operaciones y las de sus proveedores directos y a tomar medidas si detectan efectos adversos contra los Derechos Humanos y el Medioambiente. Para ello, comprende obligaciones de información y obligaciones sustantivas de diligencia debida. Al igual que su homónima francesa implanta medidas preventivas para evitar la producción de daño y, de la misma forma, incluye medidas de reclamación y reparación de gran alcance, pero únicamente de carácter administrativo.

En primer lugar, exige a las empresas que establezcan los procesos para identificar, evaluar, prevenir los riesgos e impactos sobre los Derechos Humanos y el Medioambiente en sus cadenas de suministro y en sus propias operaciones. En esta dirección establece medidas preventivas que incluyen la gestión eficaz de los riesgos y la realización sistemática de análisis de impacto para sus propios negocios y los de sus proveedores. Además, añade medidas correctivas que invocan a poner remedio y facilitar a las víctimas herramientas de reparación cuando el daño ya se haya producido. En definitiva, se basa en el establecimiento de un sistema de gestión de riesgos que tiene como objetivo identificar, pero también prevenir, acabar, o al menos, minimizar los riesgos de violación de los Derechos Humanos a lo largo de toda la cadena de suministro.

37 Publicada en el Boletín Oficial, de 22 de julio de 2021, núm. 46, p. 2959; arts. 5, 13.3, 14.2

38 *Vid.*, NOGLER, L., «Ley alemana de obligaciones de cuidado en la cadena de suministro: por qué nació y cuáles son sus principales contenidos», en *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas de valor globales*, W. Sanguinetti y J. Bautista (dirs.), Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 141-182; FUCHS, M., «La ley de diligencia debida en la cadena de suministro de Alemania», *Trabajo y Derecho*, N.º Extra 16, 2022.

39 A su entrada en vigor se aplica a las empresas con sede o sucursales registradas en Alemania y más de 3.000 empleados y a partir de enero 2024 se aplicará también a las empresas con sede o sucursales registradas en Alemania con más de 1.000 empleados.

El establecimiento de las obligaciones de diligencia debida dependerá del contexto individual y de la idoneidad de sus acciones y variará en función del tipo y alcance de la actividad comercial, la gravedad de la violación y la capacidad de la empresa para influir en el autor directo del riesgo, así como de su mayor o menor contribución al mismo. Conforme al artículo 3, la norma instituye el alcance de las obligaciones de forma gradual en virtud de la capacidad de influencia que puede tener la empresa a lo largo de la cadena de suministro, diferenciando el tipo de medidas a adoptar en sus relaciones según estén involucrados los proveedores «directos» o «indirectos».

En sus relaciones con un proveedor directo, la empresa deberá eliminar las violaciones de los Derechos Humanos y medioambientales pudiendo incluso llegar a rescindir el contrato si se dan determinadas condiciones. Sin embargo, cuando se trata de proveedores indirectos será suficiente con que se adopte alguna medida para poner fin a las infracciones o para, simplemente, minimizarlas.

En segundo lugar, aparte de las obligaciones de cuidado, se incluyen deberes de información y supervisión del procedimiento. Las empresas también deben publicar un informe anual en el que reflejen los efectos adversos sobre los Derechos Humanos de sus actividades indiquen las medidas que han tomado para identificar y abordar estos riesgos.

A pesar de todo lo anterior, hallamos el elemento diferenciador de la ley alemana en el establecimiento de medidas de reclamación y reparación de las víctimas del daño lo que, sin duda, constituye un paso más en la implementación de sistemas de diligencia debida completos y eficaces. La ley implementa sanciones de carácter administrativo para garantizar su cumplimiento, así que en el caso de que las empresas no lo hagan serán multadas por la autoridad competente: la Oficina federal de asuntos económicos y control de exportaciones. En este sentido, contempla un sistema exhaustivo en el que las multas se graduarán en virtud de la gravedad de la infracción administrativa, del tipo de obligaciones y del volumen de negocio. Entre las sanciones se incluye la posibilidad de excluir a la organización de las licitaciones a contratos públicos en Alemania por un periodo máximo de tres años⁴⁰.

Por su parte, para facilitar el acceso a justicia y la reparación de las víctimas introduce la acción de representación en favor de las personas afectadas. De modo que ONGs y sindicatos podrán presentar demandas ante los tribunales en nombre de los afectados reduciendo los obstáculos de acceso a remedio con los que se encuentran las víctimas.

A pesar de las bondades de la norma alemana y de constituir uno de los instrumentos más ambiciosos existentes en materia de diligencia debida también tiene puntos débiles. De hecho, el sistema de sanciones se refiere al incumplimiento de los deberes de diligencia debida y no a las infracciones o violaciones de los Derechos Humanos o del Medioambiente. Y, aunque instaura un sistema muy completo de sanciones desde el punto de vista administrativo, no prevé la responsabilidad civil por los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones. En su artículo 3 establece explícitamente que el incumplimiento de las obligaciones señaladas no da lugar a ninguna responsabilidad de Derecho civil así que cualquier responsabilidad civil no se verá afectada por la norma. En consecuencia, habrá que seguir acudiendo al sistema de Derecho Internacional privado y al Derecho de daños

40 Sobre el tipo de sanciones detalladamente, NOGLER, L., «La ley alemana...», *op.cit.*, págs. 174-177.

alemán para atender a este tipo de responsabilidad con los consiguientes obstáculos de litigación civil internacional que ya conocemos⁴¹.

4. Ley sobre transparencia empresarial y trabajo decente noruega

El 10 de junio de 2021 el Parlamento noruego aprobó la Ley sobre transparencia empresarial y trabajo decente⁴² que compele a las «grandes» empresas⁴³ a llevar a cabo las medidas de diligencia debida oportunas para garantizar que desarrollan sus actividades de manera responsable y con pleno respeto de los Derechos Humanos y del trabajo decente.

La Ley establece el deber corporativo de implementar obligaciones de debida diligencia de carácter sustantivo para identificar, prevenir y limitar las violaciones a Derechos Humanos, se hayan producido o no, y garantizar las condiciones de trabajo decente actuando sobre los impactos adversos potenciales y reales. El proceso de debida diligencia se implantará teniendo en cuenta el tamaño de las empresas y la gravedad del riesgo, y se extenderá a lo largo de la cadena de suministro a todos los socios comerciales incluyendo proveedores y subcontratistas. Se basa en la realización de una evaluación inicial en la que se identifiquen los riesgos e impacto negativos con el objetivo de tomar las medidas adecuadas para detener, prevenir o mitigarlos conforme a las prioridades establecidas en ella. Posteriormente se supervisará su aplicación y los resultados y, cuando sea necesario, se cooperará en la restauración y compensación (Sección 4).

La Ley noruega también integra mecanismos de información y divulgación. Por un lado, la empresa comunicará a las partes interesadas y a los titulares de derechos el sistema de gestión de riesgos. Por otro, deberá hacer pública la información sobre los posibles impactos, la gestión de riesgos y las medidas adoptadas para hacerles frente a través de su página web. Dicha información se actualizará anualmente o cuando se hayan producido cambios significativos en los riesgos. La información se podrá solicitar en cualquier momento por cualquier parte interesada y su rechazo puede ser apelado ante la Autoridad del Consumidor y el Consejo de Comercialización (Sección 7).

La supervisión y vigilancia se va a llevar a cabo por la «Autoridad del Consumidor» que, de conformidad con la Sección 9, supervisará el cumplimiento de las disposiciones de la Ley. La Autoridad del Consumidor actuará por iniciativa propia o a petición de terceros. Intentará mediante su influencia que la empresa cumpla con sus obligaciones, si es necesario, a través de un proceso de negociaciones con las empresas y las organizaciones. Aun así, la norma prevé el establecimiento de sanciones de carácter administrativo para garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas una vez sean definitivas (Sección 13).

41 ÁLVAREZ RUBIO J. y YIANNIBAS, K., *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Abingdon, UK, Routledge, 2017.

42 Lovvedtak 176, (2020–2021), (Første gangs behandling av lovvedtak). Innst. 603 L (2020–2021), jf. Prop. 150 L (2020–2021).

43 Empresas registradas en Noruega y empresas extranjeras que cumplen al menos dos de tres criterios: al menos 50 empleados a tiempo completo, una facturación anual de al menos NOK 70 millones, una suma de balance de al menos NOK 35 millones.

En caso de reincidencia en las infracciones se podrá imponer una sanción por infracción que deberá pagar la parte a la que se ha dirigido la decisión. La sanción se extenderá a la empresa cuando la infracción se haya realizado por alguien que actúa en su nombre y también a las personas físicas ya sea por dolo o negligencia (Sección 14). Para determinar la cuantía de la sanción, se tendrá en cuenta la gravedad, el alcance y los efectos de la infracción.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo, las iniciativas legislativas en materia de diligencia debida coexistentes en la actualidad incluyen una diversidad de mecanismos de aplicación y cumplimiento de distinto alcance y contenido. Sin embargo, debería existir un mayor consenso en la adopción de un sistema de diligencia debida universal, completo y eficaz, que adoptara medidas comunes para evitar riesgos y prevenir y mitigar los impactos negativos que las actividades empresariales pueden tener sobre los Derechos Humanos y el Medioambiente a nivel mundial.

Las normas promulgadas en Europa contemplan enormes diferencias que parten del propio objeto de protección y del tipo de violaciones que van a predeterminar su contenido, para continuar con el sector y tamaño de las empresas que se integran en su ámbito de aplicación o el alcance de sus deberes de diligencia debida, en definitiva, del nivel protección de los Derechos Humanos. Pero, independientemente de la necesidad de armonizar todos estos aspectos, en este trabajo apelamos a instaurar un procedimiento de debida diligencia común con mecanismos eficaces y adecuados. Nos hallamos en un momento especialmente propicio para ello y la aprobación de una norma europea en materia de debida diligencia empresarial nos debería servir para estipular ese marco integral que complementa a las legislaciones nacionales y que ayude a instaurar unos mínimos comunes que marquen la actuación de las empresas en la protección de los Derechos Humanos. Y la hipotética posibilidad (ya estamos ante el tercer Borrador) de aprobar un instrumento Internacional jurídicamente vinculante para regular los comportamientos empresariales de las empresas transnacionales supondría un verdadero cambio de paradigma a nivel mundial.

El proceso de diligencia debida se debería componer de mecanismos sustantivos de implementación que dispongan de un procedimiento activo de hacer, basado en la identificación de los riesgos, pero cuya finalidad no sea otra que prevenir el daño y, por tanto, armado de medidas dirigidas a mitigar esos riesgos. Los mecanismos de información y divulgación, tanto de los riesgos como de las acciones dirigidas a atenuarlos y erradicarlos a través de planes estratégicos, van a coadyuvar a una mejor implementación de la diligencia debida, pero no son suficientes en la consolidación de un comportamiento común y una mayor protección de los Derechos Humanos por parte de las empresas. El foco en este tipo de mecanismos se centra en el consumidor y en su concienciación a la hora de realizar una actuación responsable, sin embargo, la responsabilidad debería recaer en las empresas que son las que realmente tienen la capacidad de modificar sus políticas de actuación en aras a garantizar la protección de los Derechos Humanos en el desarrollo de sus actividades. La combinación de ambos tipos de mecanismos asegurará, sin lugar a dudas, una mayor eficacia de los resultados.

La ausencia de uniformidad de las normas de diligencia debida conlleva a que las empresas tropiecen con distintos niveles de exigencia en función del lugar donde se encuentren domiciliadas o del lugar donde desarrollen sus actividades, lo que aumenta la inseguridad jurídica y la incertidumbre de sus operaciones que, dependiendo del nivel de exigencia de diligencia debida instaurada y de los mecanismos elegidos, deberán cumplir con unos requisitos de vigilancia u otros. Finalmente, las consecuencias de la heterogeneidad se van a ver reflejadas en la instauración de unos estándares de protección de los Derechos Humanos diferentes y en unas condiciones de acceso al mercado desiguales.

La armonización de los mecanismos de implementación de diligencia debida empresarial a nivel europeo contribuirá a consolidar unos mínimos comunes y a dotar de mayor seguridad jurídica tanto a consumidores e inversores, como a las empresas, estableciendo unas condiciones de competencia equitativas en toda la Unión Europea que sólo se alcanzará cuando las empresas se vean obligadas a establecer medidas de diligencia debida comunes en todo el territorio europeo.

Además, para garantizar la eficacia en el cumplimiento del procedimiento se requiere incorporar mecanismos de aplicación y ejecución. Es decir, mecanismos de supervisión y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones acompañados de mecanismos de reclamación y acceso a la justicia para las víctimas. Las personas afectadas y víctimas de los daños deben tener la posibilidad, tanto de exigir ese cumplimiento, como de solicitar la consecuente reparación de los daños derivados de la falta del mismo, como parte inherente del objetivo de mitigar y prevenir futuros daños.

En este sentido, para garantizar la debida diligencia creemos necesaria que concurra una combinación de instrumentos correctivos con efecto disuasorio y reparador que incluyan sanciones administrativas establecidas por entidades públicas, pero también de responsabilidad civil que permitan a las víctimas acceder a los tribunales para defender sus derechos.

CONFLICTOS JURÍDICOS EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL CON OCASIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS TRABAJADORES

Jorge Subirán Marcos

Profesor Doctor, Universidad CEU San Pablo de Madrid
jorge.subiranmarcos@ceu.es

Resumen: Aunque el indudable proceso de secularización operado en nuestras sociedades, en el que algunos símbolos religiosos han derivado en meros objetos artísticos o culturales¹, la simbología religiosa es un tema de plena actualidad, no sólo en España si no también en el resto de países de nuestro entorno. Existen varios factores por los cuales se ha incrementado la importancia de la simbología religiosa en relación con el Derecho. El TEDH se ha ocupado con especial intensidad en los últimos años del uso de símbolos religiosos en el ámbito laboral como parte de las cuestiones relativas al derecho de libertad religiosa.

Abstract: Although the undoubted process of secularization, operated in our societies, in which some religious symbols have become artistic or cultural objects, religious symbology is a topical issue not only in Spain but also in others countries. There are several factors that have increased the importance of religious symbology in relation to law. The European Court of Human Rights has taken special interest in recent years in the use of religious symbols in the workplace as part of the right to freedom of religion.

Palabras clave: Libertad religiosa, relaciones laborales, TEDH, discriminación laboral, derecho, empresa, Derechos Humanos.

Keywords: Religious symbology, labour relations, TEDH, employment discrimination, law, company, Human Rights.

Sumario: I. Introducción. II. Marco normativo. III. Reconocimiento de la libertad religiosa en las distintas declaraciones de derechos humanos IV. Tipo de discriminación: 4.1 Discriminación directa. 4.2 Discriminación indirecta. V. Problemática del uso de simbología religiosa en el ámbito laboral en España. VI. Conclusiones.

1 Tal y como se contiene en la STC 34/2011, de 28 de marzo (ECLI:ES:TC:2011:34).

I. INTRODUCCIÓN

La presencia de símbolos religiosos ha adquirido en Europa una relevancia social, política y jurídica que continúa incrementándose, prueba de ello es el manual sobre el uso de símbolos religiosos en áreas públicas editado por encargo del Consejo Europeo².

Por símbolo se entiende elemento y objeto material, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, etc³. Se suele distinguir en la esfera del Derecho entre símbolos estáticos y dinámicos. Por los primeros, simbología estática religiosa es todo aquel objeto, presente en el espacio público como elemento estable o trasladable, permanentes o alterables, identificable con una confesión por poseer un significado esencialmente religioso, el problema aquí surge porque entra en juego la obligada neutralidad del centro público, pues se considera que el portador es el propio centro o espacio público. Los segundos, los dinámicos, se entiende aquel objeto de carácter religioso que es portado por personas, el debate se centra en la libertad religiosa, de expresión y manifestación de las creencias religiosas. Estos últimos son el objeto de estudio en el presente trabajo.

La diversidad es a día de hoy un elemento presente en las relaciones de trabajo y la apuesta por su reconocimiento y protección constituye un activo que las empresas han de poner en valor para que los servicios que ofrecen estén abiertos a todos los potenciales destinatarios de su actividad, sin exclusión alguna por razón de religión, ideología, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁴.

En el ámbito español y europeo en ocasiones nos encontramos con problemas en el ámbito empresarial, concretamente en las relaciones laborales, cuando entran en colisión derechos que podemos denominar fundamentales. El problema radica cuando una persona queda vinculada mediante un contrato de trabajo, lo que conlleva tener que combinar la esfera personal y laboral⁵, de modo que se permita desarrollar al trabajador su función en el proceso productivo sin dejar de observar su condición de persona⁶. Surge por tanto la pregunta de ¿Qué derecho debe prevalecer? De un lado, el derecho de toda empresa por parte del empresario de hacer de ella un espacio neutral desde el punto de vista ideológico, filosófico y religioso. De otro lado, el del trabajador de hacer visible sus convicciones, también en su lugar de trabajo, donde no abandona su condición de persona. Este dilema no lo resuelve la jurisprudencia de una manera clara, puesto que el legislador no tiene obligación reconocida legalmente de regular con mayor o menor detalle las distintas esferas de los derechos constitucionales. La juris-

2 EVANS MALCON D., *Manual on the wearing of religious symbols in public areas*, Council of Europe, Strasbourg 2009.

3 Diccionario de la Real Academia, 2022.

4 Según el estudio sobre percepción de la discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral en el año 2022 el 31,5 % de la personas encuestadas manifiestan haberse sentido perjudicadas laboralmente por sus creencias religiosas, de las cuales el 79,9 % se debe al hecho de haber expresado sus creencias. Fuente: Observatorio del Pluralismo Religioso en España.

5 VALDES DAL RÉ, F., las denomina «status personae» y «homa laboratoris» en «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: Entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio» en *Relaciones Laborales*, 2003, p. 70.

6 En este sentido MARTÍN VALVERDE, A., «Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión» en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, no 138, 2008, p. 277.

prudencia ha intentado regularlo mediante una doble técnica, la ponderación entre derechos y bienes constitucionales y la modulación de su ejercicio conforme al criterio de la buena fe⁷. En determinados casos se plantea al empleador una limitación de la libertad organizativa de la empresa. En consecuencia, el derecho de libertad religiosa colisiona en ocasiones con los derechos y deberes que surgen del contrato de trabajo. El empleador está obligado a respetar las creencias de sus trabajadores, pero es posible que el trabajador solicite una adaptación de las reglas o condiciones de trabajo para hacerlo compatible a su credo con las obligaciones laborales. En particular, el derecho a la manifestación externa de las creencias religiosas, especialmente a través de la indumentaria, puede chocar con la pretensión empresarial de ofrecer una imagen corporativa determinada.

El tema de la posible discriminación por convicciones religiosas, el TJUE ya se ha pronunciado en varias ocasiones con anterioridad, tanto en lo referente a la prohibición del uso del velo islámico en el trabajo (con resultado diferente aunque aplicando la misma doctrina). Como respecto a la autonomía de las iglesias y demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o en las convicciones en concreto, sobre si es posible que rechacen la candidatura de una persona por no pertenecer a dicha religión⁸, o sobre si es posible el despido de un médico trabajador de un hospital de la Iglesia Católica por contraer un segundo matrimonio civil⁹.

El aumento de la diversidad religiosa que ha experimentado España y Europa en los últimos cuarenta años ha propiciado que surjan diferentes conflictos en el marco laboral relacionados con el ejercicio del derecho de libertad religiosa por parte de las personas. Entre las situaciones problemáticas que cabe mencionar se encuentra el respeto a días festivos y de descanso, el hecho de que empleados y empleadas porten símbolos o prendas con connotaciones religiosas, o la negativa de las personas al desempeño de determinadas actividades por considerarlas contrarias a sus creencias¹⁰. En este artículo únicamente vamos a centrarnos en los conflictos laborales que surgen por portar prendas con simbología religiosa, ya que, presentan resoluciones contradictorias los diferentes tribunales españoles y europeos.

II. MARCO NORMATIVO

No existe un concepto único de derechos fundamentales que sirva para todos los ordenamientos jurídicos. El diccionario de la Real Academia de la lengua define como concepto de derechos fundamental aquellos que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, suelen ser recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior. Para DOTU I GORÍ M., es aquella norma y/o principio que, por su carácter de inherente a toda persona, se considera principal dentro del conjunto de normas que conforman todo el resto de cuerpo legislativo de un Estado y base de las mismas por cuanto determina los límites legislativos que, de forma

7 Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1989, de 17 de julio (ECLI:ES:TC:1989:129).

8 TJUE de 17 de abril de 2018, *Vera Egenberger contra Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, Asunto 414-15 (ECLI:EU:C:2018).

9 TJUE de 11 de septiembre de 2018, *IR y JQ* Asunto C.68-17. (ECLI:EU:C:2018:696).

10 RODRÍGUEZ BLANCO, M. y CANO RUIZ, I., *La libertad religiosa en el ámbito de las relaciones de trabajo*. Madrid, 2021, Observatorio del Pluralismo Religioso en España.

obligada, deberán, en todo caso respetarse en su ulterior desarrollo¹¹. Con carácter general se puede decir que son derechos humanos que, por su importancia suelen encontrarse recogidos en las constituciones de los diferentes Estados, estos derechos gozan de una especial protección a través de mecanismos específicos que la dotan de más garantías que el resto de derechos¹².

La importancia de los derechos fundamentales ha quedado patente desde la Revolución Francesa. Así ya en la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su art. 16 recogía que: «*toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución*».

En el caso de España, la libertad religiosa se recoge en el título I «De los derechos y deberes fundamentales». Estos tienen una doble naturaleza, objetiva y subjetiva. La primera, como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985 «*los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el "fundamento del orden jurídico y de la paz social"*»¹³. La dimensión objetiva se refiere a los derechos fundamentales como normas constitucionales. La segunda, su naturaleza subjetiva, hace referencia a que los derechos fundamentales protegen un determinado bien jurídico o facultad de actuación de una persona, y en el caso que se produzca una violación, esta tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para su protección.

Aunque estas dos dimensiones son totalmente independientes, no se pueden entender la una sin la otra. La apreciación de la naturaleza objetiva resulta imprescindible para que los derechos fundamentales puedan cumplir su función subjetiva. Ya que de otro modo sería mera teoría.

La libertad religiosa queda reconocida y protegida frente al trato desigual o discriminatorio en sus dimensiones individual y colectiva, en su ejercicio, en su omisión, en el derecho al cambio de la misma, en la asociación con estos fines, en el derecho al proselitismo, y con los únicos límites del derecho de los demás al ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, la salvaguarda de la seguridad, la salud y la moralidad; unos aspectos estos que nutren al orden publico¹⁴.

También el Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores establece en su art. 4.2.c) reconoce a los trabajadores y trabajadoras el derecho

11 DOTU I GORÍ M., *Los Derechos Fundamentales: Derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, 2013, p.27.

12 Como indica el profesor GARCÍA GÁRATE A., goza en el caso de la libertad religiosa de una protección legislativa, institucional, procesal, penal e internacional, en *Derecho y Religión en un Estado democrático*, 2016, p. 205.

13 STC 53/1985 de 18 de mayo (ECLI:ES:TC:1985:53) FJ 4.

14 En este sentido es interesante el trabajo de CONTRERAS MAZARÍO, J. M., «La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo» en *Documentación Jurídica*, Tomo XVIII, abril – junio 1991, p. 26-28.

a no ser discriminados, directa o indirectamente, por razones religiosas o convicciones en el momento de acceder al puesto de trabajo o una vez empleados, así como los servicios públicos de empleo de no discriminar por razón de religión¹⁵.

Por su parte, el empresario puede establecer el uso de códigos de vestimenta amparándose en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores que se refiere a la dirección y control de la actividad laboral. Esto significa que todo trabajador debe seguir las órdenes o instrucciones adoptadas por el empresario. De igual manera el Real Decreto Legislativo 5/2000 de Infracciones y Sanciones del Orden Social prevé como infracción muy grave las decisiones unilaterales de las empresas que generen discriminaciones favorables o adversas por motivos de religión en base en los arts. 8.12, 8.13, 10 bis, 16.2 y 40.1. El fundamento del poder de dirección del empresario, se basa también en la libertad de la empresa reconocida en el art. 38 de la CE que integra entre otras facultades un poder a este para organizar la empresa y para dirigir cada una de las prestaciones de trabajo y, en contrapartida, el que se imponga al trabajador un correlativo deber de obediencia¹⁶. Este deber del trabajador de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario, no es sino una manifestación del carácter subordinado de una relación, como la laboral, que se define por la inserción de una de las partes en un ámbito dirigido y organizado por la otra (art. 1.1 ET). El contenido, por tanto, es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa¹⁷.

En el ámbito europeo, se otorga una especial protección a las opciones de las personas en materia religiosa con la finalidad de garantizar en la esfera personal la libertad, evitando los tratos desfavorables y permitiendo a los ciudadanos expresar tanto en el ámbito privado como en el público su pertenencia a una confesión religiosa. Cabe destacar la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000¹⁸, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta Directiva, que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, prohíbe la discriminación directa e indirecta por razones religiosas en el ámbito laboral.

III. RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LAS DISTINTAS DECLARACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Casi todos los instrumentos internacionales que se refieren al derecho de libertad religiosa suelen mencionarlo junto con la libertad de pensamiento y de conciencia.

15 ET arts. 4.2.e), 16.3, 17.1 y 54.

16 ARAGÓN GÓMEZ C., «Dirección y control de la actividad laboral» en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2011, p.135.

17 MONTOYA MELGAR A., *El poder de dirección del empresario*, Madrid, IEP, 1965.

18 Es interesante el trabajo realizado por MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», en *NREDT*, N.º 191, 2016.

El primer texto internacional que recoge la libertad religiosa es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que fue aprobada el 2 de mayo de 1948 en Bogotá que en su artículo 3 recoge lo siguiente: «*Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado*». Esta declaración, a pesar de que no es Universal, tiene la gran importancia de haber sido el primer texto de este tipo adoptado en el Mundo. Es pues, un documento de un valor histórico eminente, que se sitúa en el inicio del proceso hacia el reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos. En el caso de la libertad religiosa además de reconocerla, la dota de un contenido garantizando la práctica de la libertad religiosa tanto en público como en privado.

La posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos, es un documento que marca un hito en la historia de los Derechos Humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, es más explícita en su contenido en relación con la libertad religiosa que la de Bogotá. En su art. 2 establece el principio de no discriminación por causas religiosas cuando establece que: «*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole...*». Ahora bien, el precepto más importante en relación con la libertad es el art. 18 que hace una referencia concreta a la libertad religiosa: «*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia*». Como se puede observar, se reconoce junto con la libertad de pensamiento y de conciencia el de libertad de religión. Incluye el propio artículo que dentro de este derecho esta la libertad de cambiar de religión, creencia, así como el poder manifestarlas tanto en público como en privado, incluyendo la enseñanza y la observancia. Se observa por tanto que la noción de la libertad religiosa no es individualista, pues hay que resaltar la dimensión colectiva que se da a su ejercicio.

El tercer convenio es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 19 de diciembre de 1966¹⁹ en donde en su art. 18 establece que: «*1 Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2 Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3 La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 3 Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*». Este pacto además de reconocer la libertad religiosa aporta dos novedades con respecto a las anteriores declaraciones, en el apartado 3, establece los límites de este derecho, que serán los prescritos por la Ley que sean necesarios para proteger la seguridad, orden, salud o la moral

19 Publicado en el BOE el 30 de abril de 1977.

pública²⁰. La segunda novedad que conoce es el punto 4, cuando reconoce el derecho de los padres y tutores que sus hijos o tutelados reciban la educación moral y religiosa según sus propias convicciones.

No hay que olvidar en este reconocimiento de la libertad religiosa la importancia de la Declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II en el año 1967, algunos autores han señalado que con este documento la libertad religiosa parece haber pasado a ser algo definitivamente pacífico, al menos en el mundo occidental²¹. La libertad religiosa, como la define el Concilio Vaticano II, parte del deber que tienen los hombres de buscar la verdad en materia religiosa. Según declara este Concilio, una vez que consideran que han encontrado la verdad, tienen el derecho de adherirse a ella sin coacción por parte del Estado. Ciertamente, los Estados han de ser neutrales en las cuestiones religiosas, pues sería una intromisión ilegítima que una autoridad civil tomara decisiones en asuntos religiosos. Del mismo modo los poderes públicos han de respetar la decisión que en esta materia tomen los ciudadanos, y ello a sabiendas de que para estos es un asunto de su propia conciencia. La Declaración *Dignitatis Humanae*²², lo que expone es que el Estado ha de proteger esta obligación de sus ciudadanos: de ese modo, la libertad religiosa se constituye en un verdadero derecho a la inmunidad de coacción, de tal manera que en materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar en contra de su conciencia ni que se le impida que actúe conforme a ella, tal y como recoge el n.2 «*todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de individuos como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera que, en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, sólo o asociado con otros, dentro de los límites debidos*».

El quinto convenio, es el Convenio para la Protección de los Derecho y Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derecho Humanos firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950²³. Tiene como principal objetivo dotar de eficacia a la Declaración Universal de Derechos Humanos en el ámbito europeo. En su art. 9 consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión²⁴ cuando establece que: «1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*». El mayor aporte de este convenio es el procedimiento establecido para la tutela de estos derechos, que serán ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien es competente para conocer asuntos entre los Estados, pero también de demandas individuales de los ciudada-

20 Estos límites se recogen en la LOLR.

21 Como por ejemplo SOLER C., *La libertad religiosa en la declaración conciliar «Dignitatis humanae»*, en *Ius Canonicum*, 33 (1993), p. 13-14.

22 Parte de la base que en el uso de la libertad hay que observar el principio moral de la responsabilidad personal y social: en el ejercicio de sus derechos, cada uno de los hombres y grupos sociales están obligados por la ley moral a tener en cuenta los derechos de los otros.

23 También conocido como Convenio de Roma.

24 En términos casi idénticos que el art. 18 Declaración Universal de Derechos Humanos.

nos de los Estados miembros, resolviendo los conflictos aplicando su propio derecho y no el de los Estados que sean parte del conflicto²⁵.

El sexto convenio, hace referencia a la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, en su art. 1 apartado 3.º se señalan los límites al ejercicio de la libertad religiosa en términos similares al el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estableciendo que: «*La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás*» mientras que en su art. 6 hace una descripción de las libertades que comprende este derecho, entre las que se encuentran el practicar el culto, la enseñanza de la religión, observar los días de descanso, etc. Cuando establece que: «... *el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:*

a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines; b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción; d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción; h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Por último, es importante mencionar que en Europa prosperó la idea de adoptar un catálogo propio de derechos y libertades lo que se tradujo como se indicaba al comienzo del trabajo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, esta pasó a ser jurídicamente vinculante en virtud del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007²⁶. En ella se reconoce entre otros derechos la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión así como el derecho de los padres a garantizar la educación y enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones, tal y como establece el art. 10 y 14: «*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en pri-*

25 Desde el comienzo del proceso de integración europea hasta la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE el Tribunal de Luxemburgo únicamente tuvo que ocuparse en una ocasión –de manera indirecta– del derecho de libertad religiosa. Se trata del Caso Prais c. Consejo (C-130/75), resuelto por Sentencia de 27 de octubre de 1976.

26 El Tratado de Lisboa provoca que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el término Comunidad se sustituye por «Unión» en todo el texto. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no se ha incorporado directamente al Tratado de Lisboa, pero el artículo 6, apartado 1, del TUE le atribuye carácter jurídicamente vinculante, con lo que le confiere el mismo valor jurídico que los Tratados.

vado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos», art. 14: «Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas. También recoge la prohibición de discriminación por razones religiosas o en las convicciones según el art. 21: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo...».

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha crecido notablemente el número de casos en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe decidir sobre temas relacionados con los derechos fundamentales²⁷. La actividad jurisdiccional en materia de derechos fundamentales no se extiende únicamente a los relacionados con las libertades económicas, sino que está alcanzando derechos clásicos, como la libertad religiosa.

IV. TIPOS DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

4.1. Discriminación directa

Tal y como establece el art. 2.2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE, esta existirá por razones religiosas cuando una persona, haya sido tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de su religión o convicciones²⁸.

Los tribunales internacionales han abordado esta problemática en relación con el uso del crucifijo y el uso del velo en varias sentencias que aclaran el alcance de la Directiva 2000/78/CE. El primer ejemplo, lo encontramos en la sentencia caso Eweida y otros contra Reino Unido. Se trata de una sentencia compleja en la que el Tribunal acumula cuatro demandas de ciudadanos británicos contra el Reino Unido²⁹. En el caso de la señora Eweida que es una mujer cristiana practicante y trabajaba para British Airways Plc donde existía la norma que «cualquier accesorio o prenda de vestir que el empleado, por motivos religiosos esté obligado a llevar, debe en todo momento estar cubierto por le uniforme. Si esto es imposible dada la naturaleza del objeto y la forma en que debe ser usado, entonces requerirá su aprobación». Entre las prendas que la empresa permitía que fuesen visibles por no poder ocultarse bajo el uniforme, se dio autorización a los hombres sijs para llevar turbante blanco o azul oscuro y

27 DE BURCA, G., «After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a Human Rights adjudicator?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20/2 (2013): 168-184, especialmente, p. 170.

28 Art. 2.2.a): «A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1».

29 Case of Eweida and Others v. the United Kingdom de 15 de enero de 2013.

mostrar la pulsera sijs en verano. Por su parte, las mujeres musulmanas del personal de tierra fueron autorizadas a llevar velo.

Por su parte, la señora Eweida llevaba a la vista una cruz en señal de su compromiso con la fe. Se le ofreció un trabajo administrativo sin contacto con el público que no requería uniforme, que fue rechazado. Ante esta situación fue suspendida de empleo y sueldo. Cuando regresó al trabajo la empresa se negó a indemnizarla. Ante esta situación acudió al TEDH.

En este caso, el Tribunal llegó a la conclusión de que no se alcanzó un justo equilibrio. Por un lado, estaba el deseo de la señora Eweida de manifestar sus creencias religiosas. Por otro, el deseo de la compañía de proyectar una imagen corporativa. El Tribunal considera que, aunque este objetivo es *légítimo* los Tribunales nacionales le dieron demasiado peso. La cruz de la señora Eweida era discreta y no deterioraba su aspecto profesional. Por lo que se producía una discriminación directa con respecto a otras confesiones³⁰ y se vulneraba por parte del Reino Unido los artículos 9 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y 14 (no discriminación) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El segundo ejemplo lo encontramos en la sentencia dictada por el TJUE, de la Gran Sala de 14 de marzo de 2017 *Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA*³¹. Los hechos probados eran los siguientes: en el año 2003 la señora Asma que profesaba la confesión musulmana comenzó a trabajar para una empresa privada que presta servicios de recepción y acogida a clientes tanto del sector *público* como privado. En ese momento, en el seno de la empresa había una norma no escrita con arreglo a la cual, los trabajadores no podían llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. En abril de 2006 la trabajadora comunicó a sus superiores *jerárquicos* que a partir de entonces tenía la intención de llevar un pañuelo islámico durante su jornada laboral. La dirección de la empresa le manifestó que no se permitiría el uso del pañuelo porque ostentar signos políticos, filosóficos o religiosos era contrario a la neutralidad que la empresa practicaba. Ante esta situación, en el año 2006 el comité de empresa aprobó una modificación del reglamento interno, que entraría en vigor ese mismo año, redactado en los siguientes *términos*: «Se prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas u observar cualquier rito derivado de éstas en el lugar de trabajo». La señora Asma no acató dicha norma por lo que la empresa procedió a su despido. Así las cosas, los Tribunales Belgas plantearon al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguientes cuestión prejudicial «¿Debe interpretarse el art. 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa si la norma en vigor en la empresa prohíbe a todos los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos externos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas?» Considera que el concepto de «requisito profesional esencial y determinante, se refiere a un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate, o por el contexto en que ésta se lleve a cabo, sin que pueda cubrir consideraciones subjetivas, como es el caso de que el empresario quiera tener en cuenta los deseos particulares del cliente. Por ello, responde a la cuestión

30 Para saber más, ver el profundo análisis que hace GARCÍA GÁRATE A., en *Derecho y Religión.. ob cit*, pp.196-200.

31 STJUE de 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA*, asunto C-188/15, (ECLI:ECLI:EU:C:2017:204) Asunto C-188/15.

prejudicial que «el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente, de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico, no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición».

Hay que partir del hecho de que clientes de la empresa se habían quejado de que la trabajadora utilizara dicha prenda religiosa. En opinión del tribunal, sería conforme a la legislación de la Unión y no constituirá una discriminación directa si la prohibición empresarial pudiera justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como es la instauración por parte de la empresa de una política de neutralidad con sus clientes.

4.2. Discriminación Indirecta

La definición indirecta, al igual que ocurre con la directa, aparece recogida en el art. 2.1, letra b), de la Directiva 2000/78/CE³² existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicciones respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios³³. Para ello encontramos otra resolución del TJUE de la misma fecha que la anterior en el caso *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding G4S Secure Solutions NV*³⁴. Esta empleada fue despedida en el año 2009 debido a que un cliente de la empresa se había molestado porque llevaba un velo y había pedido a la empresa que no volviese a ocurrir este hecho. La empresa, durante el periodo de selección, le había manifestado a la trabajadora que respetaba su libertad de expresión y las convicciones religiosas personales, pero le advirtió que en las relaciones con los clientes imponían una política de discreción, en lo que respecta a la expresión de las opciones personales de los empleados. Constatada la negativa de la tra-

32 La Directiva 2000/78 tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y la ocupación, combatir todas las formas de discriminación por motivos de religión o convicciones, véase, por analogía, la sentencia de 26 de enero de 2021, *Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, C16/19, EU:C:2021:64, apartado 34), entendiéndose que solo puede constatarse una discriminación «basada en» la religión o las convicciones, en el sentido de dicha Directiva, cuando el trato menos favorable o la desventaja particular de que se trate se sufran en función de la religión o de las convicciones.

33 Art. 2.1 b) establece que: «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica».

34 STJUE de 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y G4S Secure Solutions NV* Asunto C-157/15 (ECLI:EU:C:2017:203).

bajadora a prescindir del uso del velo, la empleadora considera que no puede realizar la prestación de trabajo y que debe proceder a la extinción de su contrato laboral. El tribunal declaró que no constituye discriminación directa prohibir a una trabajadora llevar el velo islámico, pero podría suponer discriminación indirecta, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente. El tribunal en este caso exterioriza un requisito para que el establecimiento empresarial de un régimen de neutralidad sea válido: dicho régimen será conforme a Derecho si se aplica realmente de forma congruente y sistemática. El tribunal indica que debe analizarse por parte de la empresa la posibilidad de ejecutar un ajuste en su puesto a menos de que ello suponga una carga irrazonable para la empresa o sea materialmente imposible, ya que de otro modo podría indicar una discriminación indirecta.

Esta sentencia, a pesar de que a priori puede parecer que da una solución distinta a la anterior, en realidad también está aplicando la misma doctrina ya que señala, literalmente, que el tribunal remitente debe indagar si el despido de la trabajadora se fundó en el incumplimiento de una norma interna de la empresa por la que se prohibiese el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas. Si se acredita que esa norma en apariencia neutra ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas³⁵.

En mi opinión, esta postura es discutible o al menos muy indeterminada, pues depende de la noción de neutralidad religiosa que se maneje³⁶. Ya que el hecho de excluir todo símbolo religioso del ámbito de las empresas más que una postura de no tomar partido por ninguna creencia religiosa implica abogar abiertamente por eliminar las expresiones propias del derecho de libertad religiosa. Entendemos que es más neutral permitir que cada trabajador exprese libremente sus creencias, seas éstas cuales sean³⁷.

Más reciente es la sentencia del TJUE de 15 de julio de 2021 en el asunto WABE y MH que ha establecido los parámetros que deben regir el comportamiento empresarial de cara a establecer y adoptar las medidas que permitan limitar la exhibición pública de símbolos políticos y religiosos en el marco de la actividad laboral. Es importante tener en cuenta que la ley alemana garantiza el derecho de los padres a decidir sobre la participación de los hijos en la enseñanza y la religión, y que la empresa como entidad educativa se declara apolítica y aconfesional y defiende la neutralidad en el trato con los niños y sus padres, y la trabajadora había tomado en un momento dado la decisión de llevar pañuelo islámico. En el presente

35 En el mismo sentido VELASCO PORTERO M.^a T., «El uso del velo y la prohibición de discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación» en *Temas Laborales* núm. 164/2022, p.200.

36 Sigue una línea marcada por el caso Lautsi y otros contra Italia que dejaba un margen de discrecionalidad a los Estados.

37 Se trata en nuestra opinión de un argumento que está en contradicción con la doctrina sentada en Achbita donde se afirmó que una prohibición que afecte a los símbolos religiosos no genera una situación de discriminación directa cuando se aplica indistintamente sobre todos los trabajadores y abarca cualquier simbología al margen de su naturaleza política, religiosa, etc.

asunto, la cuestión planteada al Tribunal de Justicia se refiere a una norma que prohíbe no el uso de signos vistosos y de gran tamaño, sino el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Establece unos parámetros restrictivos a la hora de implantar un sistema de supervisión de la exhibición de símbolos que se identifiquen con el pensamiento ideológico, político y religioso. No resulta suficiente el conocimiento previo y aplicación uniforme, sino que además requiere que se acredite que una política estricta de neutralidad ideológica conlleva, en caso de su inobservancia, un perjuicio directo y evidente a la actividad del empleador³⁸. Podemos indicar que lo relativo a la discriminación religiosa de los trabajadores, esta sentencia estableció una doctrina un tanto contradictoria pues, por una parte, establece una mayor protección frente a situaciones de discriminación indirecta, pero, por otra, muestra ciertos recelos hacia la presencia de la religión en el trabajo. refuerza la protección de los trabajadores al añadir que no basta que el empresario alegue que hay una política de neutralidad para justificar una discriminación indirecta por razón de religión, sino que tendrá que demostrar que tal política responde a una necesidad objetiva del negocio. Es decir, si quiere prohibir las prendas religiosas tendrá que acreditar que, de lo contrario, el negocio padecería perjuicios de entidad.

Por último, en el año 2022 el TJUE haciendo referencia al asunto Wabe y MH establece que es lícita la política interna de una empresa que prohíba llevar cualquier signo visible de convicciones religiosas, filosóficas o espirituales³⁹. Al respecto, es importante destacar que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una empresa privada que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo no constituye una discriminación «por motivos de religión o convicciones»⁴⁰.

Esta sentencia concreta y matiza la doctrina anterior sobre el uso del velo, introduciendo el elemento de que la finalidad de prevenir conflictos internos puede ser también una finalidad legítima al igual que la de mantener neutralidad en la imagen de la empresa, así como la cuestión de que la prohibición no puede limitarse al uso de elementos vistosos, sea cual sea la religión a que pertenezcan, porque al no afectar a todos los símbolos podría ser una discriminación indirecta.

Cabe señalar que, aunque plantea una línea de continuidad esencial y coherente respecto a los criterios planteados en pronunciamientos precedentes, introduce, sin embargo, precisiones importantes sobre los requisitos de admisibilidad de prohibiciones de cualquier manifestación de convicciones religiosas, filosóficas o espirituales en los lugares de trabajo. En este sentido, se admite una legitimidad siempre que la medida obedezca a un interés atendible de la empresa, porque no cabe duda que no puede ser una facultad arbitraria de la dirección de la empresa, al conllevar en sí una limitación que incide en el ejercicio del derecho fundamental a manifestar libremente convicciones religiosas o filosóficas (espirituales), bien sea que en

38 Esta acreditación de ese perjuicio directo, puede resultar problemático en determinadas situaciones o en actividades en las que, esa carga ideológica, presente una menor incidencia o no sea clara.

39 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2022. LF contra SCRL, asunto 344/20, (ECLI:EU:C:2022:774).

40 Como hemos visto en las sentencias antes mencionadas sentencias de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions, C157/15, EU:C:2017:203, apartados 30 y 32, y de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C804/18 y C341/19, EU:C:2021:594, apartado 52.

el ámbito de los lugares de trabajo⁴¹. Por tanto, el establecimiento unilateral por parte de la empresa debe estar sometido a los principios de motivación, proporcionalidad y adecuación atendiendo a los intereses que puedan ser considerados como legítimos en la empresa. Aquí el Tribunal de Justicia exige que la medida no sea específica y definida (lo que entrañaría una discriminación directa contraria al Derecho comunitario originario y derivado), sino que sea una prohibición de carácter general e indiferencia, por un lado, y por otro que no pueda derivarse de ello un panorama fáctico que entrañe una discriminación indirecta de un determinado colectivo de personas trabajadoras.

V. PROBLEMÁTICA DEL USO DE SIMBOLOGÍA RELIGIOSA EN EL ÁMBITO LABORAL EN ESPAÑA

En el caso de España haciendo un repaso a las resoluciones de nuestros tribunales nos encontramos con resoluciones contradictorias. Así, en supuestos similares examinados han estimado que resultaba posible limitar el uso de símbolos religiosos si ello suponía un riesgo evidente para la actividad en sí misma. Un ejemplo es la Sentencia del Tribunal de Justicia de La Rioja de fecha 22 de junio de 2017 relativa al incumplimiento de la normativa sanitaria o de prevención de riesgos laborales, en el que declara procedente el despido de una trabajadora musulmana de una empresa comercializadora de champiñones, que pese a las múltiples advertencias de la empresa, se niega a meter su velo islámico de forma íntegra por debajo del gorro. La empresa tenía instaurada como norma que durante la ejecución de las labores de recolección y corte los trabajadores deben llevar puesta sobre su ropa de calle una bata que cubra ésta totalmente y un gorro que haga lo propio con todo el pelo. Así mediante un control externo por parte de la empresa advirtió a la misma sobre la contravención constatada de su normativa en materia de higiene, en concreto, que la ropa de algunos trabajadores sobresalía del exterior de la bata, apercibiéndoles de que podrían perder la certificación de calidad.

Para el Tribunal no se advierte ningún tipo de discriminación indirecta, habida cuenta que la decisión por parte de la empresa de exigir a la trabajadora el estricto cumplimiento de las normas relativas a la vestimenta de trabajo, constituye un medio idóneo, proporcionado y necesario para la satisfacción de una finalidad absolutamente legítima, como es la de cumplir los protocolos en materia de higiene alimentaria impuestos por la empresa certificadora de calidad, estando directamente vinculado con el tipo de actividad que desarrolla la empresa. Ante esta situación a el Tribunal juzgador no ve la posibilidad de adoptar solución alternativa a la ofrecida por la empresa (recoger el velo dentro del gorro) que permitiría compaginar las exigencias de salubridad en la manipulación de alimentos conforme a la norma de calidad, y el derecho de la trabajadora a la utilización plena de ese signo externo de la religión musulmana como manifestación de la vertiente externa de su libertad religiosa⁴². Por lo tanto, se

41 MONEREO PEREZ, J. L., «La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada, de uso visible de símbolos vinculados a «convicciones religiosas, filosóficas o espirituales»: requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta» en *Revista de Jurisprudencia Laboral* núm. 9/2022.

42 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 22 de junio de 2017 (ECLI:ES:TSJLR:2017:351).

acredita tanto que se trata de una exigencia general, como la existencia de una finalidad legítima, por lo que no procede estimar la existencia de discriminación.

En sentido contrario, también encontramos resoluciones judiciales que han estimado los derechos del trabajador ante la prohibición por razones de imagen sin que medie un perjuicio concreto, o el mismo no haya sido suficientemente acreditado. Un ejemplo es la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Palma de Mallorca. En este caso la trabajadora que profesaba la religión musulmana solicitó que se declarasen nulas las 5 sanciones que le impusieron por vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa, así como le permitan llevar el velo islámico (Hiyab) en el trabajo.

La empresa sancionó a la trabajadora por acudir al trabajo portando el velo e incumpliendo el catálogo de uniformidad femenino de la misma, el cual prohíbe llevar prendas que no se encuentren suministradas por la empresa. A pesar de ello la trabajadora siguió acudiendo con el velo hasta que finalmente, interpuso demanda por vulneración de su derecho a la libertad religiosa.

En esta resolución el juzgador entiende que la empresa no había invocado ninguna política de neutralidad religiosa, sino que solo se ha amparado en la uniformidad de la vestimenta y añade que la empresa *«No ha invocado ni concretado, como ya se ha apuntado, perjuicio alguno. La trabajadora, frente a los argumentos de la empresa, sostiene que está siendo discriminada pues otros trabajadores pueden exhibir cruces y vírgenes colgadas y visibles, sin ser sancionados, además de los trabajadores que no hacen un uso riguroso del uniforme portando bolsos y zapatos no reglamentarios o mostrando un aspecto descuidado, con piercings o con tatuajes»*⁴³.

En relación con lo anterior es importante traer a colación y así lo hace la propia resolución judicial, la sentencia del Tribunal Constitucional que establece que la libertad religiosa *«tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, la libertad religiosa "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual" y asimismo, junto a la dimensión interna, esta libertad "incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros" que se traduce "en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyan manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso"»*⁴⁴.

VI. CONCLUSIONES

Uno de los elementos por lo que esta de plena actualidad jurídica la simbología religiosa es por el creciente multiculturalismo que cada vez se puede observar en la vestimenta de los fieles, además en ocasiones determinadas estas prendas entran en conflicto con nuestros parámetros de libertad e igualdad.

43 Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Palma de Mallorca de 6 de febrero de 2017 (ECLI:ES:JSO:2017:2).

44 Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996 de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:1996:177).

Partimos que la manifestación de simbología religiosa no siempre pertenece al contenido esencial de la libertad religiosa, esto trae como consecuencia que en determinadas circunstancias debe ceder ante otros derechos.

Dentro de la manifestación de las propias convicciones religiosas ocupa un lugar importante la vestimenta religiosa que pueda utilizarse sobre todo en el ámbito laboral⁴⁵.

Volviendo al comienzo del trabajo, la prohibición de discriminación por motivos de religión o convicciones ha cobrado una importancia creciente en los últimos años tanto en España como en el resto de Europa, la directiva que se analiza en este trabajo la 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo. En el art. 1 establece que su objeto es «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

En relación con el derecho a la libertad religiosa como hemos indicado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional tiene dos dimensiones, subjetiva y objetiva. La primera podemos distinguirla a su vez en dos:

- *Dimensión interna*, que conlleva el derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuando le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según sus convicciones personales⁴⁶. Concretamente «*garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual*»⁴⁷.
- *Dimensión externa*, que implica la posibilidad de actuar libremente (agere licere) con arreglo a las propias creencias sin sufrir por ello sanción. También implica la posibilidad de su ejercicio con inmunidad de coacción⁴⁸. Las colisiones que se producen entre el cumplimiento de los deberes derivados de la relación del contrato de trabajo y el derecho a la libertad religiosa, tiene como escenario siempre la esfera externa de esta última. El problema que nos encontramos aquí es que carece de contenido por parte del legislador.

Tanto el TEDH como el TJUE cuentan con una doctrina jurisprudencial amplia sobre el contenido del derecho de libertad religiosa y su afectación a las relaciones laborales. Así en relación con el primero las sentencias analizadas permiten descartar prácticas discriminatorias en relación con la prohibición por parte de las empresas de portar simbología religiosa. Si puede constituir una discriminación indirecta si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como es el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes. Import-

45 Interesante y bien documentado el trabajo de BRIONES MARTÍNEZ I., «El uso del velo islámico en Europa. Un conflicto de libertad religiosa y de conciencia. Especial referencia a Francia, Alemania, Reino Unido, España e Italia, *Anuario de Derechos Humanos, Nueva época*, n.º 10, 2009, p. 79.

46 STC 20/1990 de 15 de febrero (ECLI:ES:TC:1990:20).

47 STC 101/2004 de 2 de junio (ECLI:ES:TC:2004:101).

48 STC 46/2001 de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:2001:46).

tante es en este caso que los deseos por parte del empresario de cumplir con lo que le pida un cliente en relación con el uso de la simbología religiosa no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante para la prohibición de su uso. Lo realmente importante es la necesidad por parte de la empresa, necesidad que tendrá que acreditar tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de los clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tales prohibiciones, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades o del contexto en el que estas se inscriben; es decir, se impone al empresario la carga de acreditar de manera fehaciente la verdadera necesidad de la norma.

En el caso del segundo, el TJUE, queda claro en base en las sentencias analizadas que una disposición de un reglamento laboral interno de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar verbalmente, a través de su vestimenta o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, independientemente cuales sean estas, no constituye una discriminación directa por motivos de religiosos en el sentido del derecho de la UE, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada. Por lo tanto, lo relevante es que esa norma se aplique de manera general e indiferenciada, no establezca una diferencia de trato basada en un criterio indisolublemente ligado a la religión que una persona u otra puedan profesar.

Por lo tanto, el poder de dirección de las empresas debe incluir la facultad de imponer el uso o no, de un determinado atuendo a sus trabajadores durante la jornada laboral, pero tampoco hay que olvidar que esta exigencia está sujeta también a límites. Por su parte, aunque la libertad religiosa es un derecho fundamental, no es absoluto, en el campo de las relaciones laborales su límite lo encontramos en la necesidad del empresario de presentarse de manera neutra ante los clientes o de prevenir conflictos sociales.

Así las cosas, en el caso de que los trabajadores incumplan el código de vestimenta de una empresa, podrán ser sancionados con arreglo a las normas de la empresa. En el caso que así sea, la sanción que se le aplicará se graduará en función de la gravedad de su conducta, y atendiendo a los eventuales daños que hubiera podido ocasionar su incumplimiento, estableciendo la graduación en leve, grave o muy grave. Aún así, es importante destacar que la empresa debe actuar con total diligencia ante estas situaciones, por lo que tendrá que actuar con flexibilidad y justificando siempre toda acción que se efectúen contra uno de los trabajadores, más si cabe en el caso de un derecho fundamental recogido en todas las declaraciones de derechos como es la libertad religiosa.

En mi opinión, la forma de evitar un posible conflicto entre trabajador y empresa, es establecer una política interna dentro de la misma, que recoja los estándares mínimos que deben seguirse al vestirse para el desempeño de la actividad laboral, así como la obligación o no de llevar un tipo u otro de prendas de vestir. El aumento positivo de las manifestaciones diversas en los contextos laborales conlleva un desafío para las empresas. Las empresas deben canalizar todas las expresiones de la manera más beneficiosa para todas las partes implicadas. Por su parte, el legislador debería articular una serie de normas, que, si bien no supongan a las partes implicadas un gravamen excesivo, al menos si permita que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa en su vertiente externa sea real, no sólo previsible e hipotético, dependiente exclusivamente de la casuística, del contexto social⁴⁹. El objetivo es hacer

49 En el mismo sentido SALAS PORRRAS, A., *El poder de dirección del empresario como elemento modulador del derecho fundamental del trabajador a la libertad religiosa. Revisión de la jurisprudencia española procedente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*. 2013, p.14.

del derecho a la libertad religiosa una garantía de la pluralidad humana, base esencial para cualquier sociedad que se quiera democrática, libre y justa.

Por último, habrá que estar pendientes de la resolución de la cuestión de prejudicialidad elevada por el Tribunal de lo Laboral de Lieja (Bélgica) en el asunto C-148/22 en donde el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha concluido que una entidad pública puede prohibir a sus empleados en determinadas condiciones, llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, religiosas o filosóficas en su lugar de trabajo. Por ello, podríamos llegar a afirmar que aplicada de manera general e indiferenciada, esta norma puede estar justificada por la voluntad de un ayuntamiento de organizar un entorno administrativo completamente neutro.

Recensión bibliográfica



Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo. La génesis de un estatuto para el trabajador global.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo.

Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, 220 págs.

José Antonio Tomás Ortiz de la Torre

Cuando se observa hoy el Derecho del trabajo, desde una perspectiva global, como ocurre en la espléndida monografía que recientemente ha dado a la luz el catedrático de la Universidad de Salamanca doctor Sanguinetti Raymond, no es posible que el lector, sobre todo si es internacionalista, prescinda de una mirada retrospectiva para recordar la larga historia de esa actividad, tan antigua como la presencia del ser humano en el planeta, porque la obra objeto de esta recensión no aparece como algo aislado, como un compartimento estanco, dentro del Derecho del trabajo sino que, antes al contrario, es una consecuencia de esa historia que modernamente del Derecho laboral estatal, o doméstico, se ha ido desarrollando a través del Derecho internacional y ahora de una estructura, por así decir, va más allá de lo existente y se configura como algo nuevo, como un Derecho transnacional de cara al trabajo global. Una situación similar a la que se da en la actual Unión Europea en la que coexiste el Derecho interno de los Estados, el Derecho internacional contenido en los tratados que éstos suscriben entre sí, y una normativa nueva, el Derecho comunitario, compuesta por las normas emanadas de los órganos legisferentes, hoy de la Unión Europea, de fuente comunitaria, entre las que el Reglamento es la de mayor rango.

Como es sabido el trabajo estuvo dominado durante muchos siglos por la esclavitud; una actividad no remunerada y una práctica de difícil erradicación que se pretendió abolir por la Convención jacobina de la República francesa en 1794 y que, no sin retrocesos, logró ciertos progresos a lo largo del siglo XIX hasta que la Conferencia de Bruselas de 1890 confirmó la declaración de intenciones que se formulara en la Declaración de las Potencias para la abolición del comercio de negros, firmada en Viena el 8 de febrero de 1815, sin embargo su

desaparición en el mundo no se llegó a conseguir totalmente. Prueba de ello es que todavía, finalizada la I Guerra Mundial, la Convención de Saint Germain-en-Laye, de 10 de septiembre de 1919, se redactó contemplando la total eliminación en todas sus formas incluida, naturalmente, la «trata de esclavos en mar y tierra», y aun en 1922 se llegó a crear por la Sociedad de las Naciones una llamada Comisión Provisional de Esclavitud. Pese a todo la dificultad para la desaparición de ese execrable trato, dado por unos seres humanos sobre otros, ha llegado incluso a nuestros días, bastando recordar que el 28 de julio de 1972, en plena segunda mitad del siglo XX, y casi un cuarto de siglo después de proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas, su organismo especializado, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), llegó a afirmar que en Europa occidental existían todavía grupos de trabajadores en empresas privadas, mayoritariamente africanos, cuyas actividades laborales se estaban desarrollando en condiciones de «casi como esclavos». Pero, además de esta situación, cabe señalar también la historia del trabajo remunerado de cuya regulación jurídica no se llegó a tomar conciencia, salvo muy raros precedentes, hasta ya entrado el siglo XIX. En el llamado mundo obrero una de las más tempranas aspiraciones fue la de conseguir una jornada laboral diaria de ocho horas, y para ello ya en la segunda mitad de la citada centuria el movimiento obrero celebró seis congresos internacionales (1866-1869, 1872 y 1889) en un momento en el que, tanto en Europa como en América (así sucedía, por ejemplo, en Estados Unidos de América) la jornada de trabajo en la industria se prolongaba a lo largo de doce a trece horas, e incluso llegaba a dieciocho en época de recolección de cosechas. Por lo que atañe a España en el proyecto de Jovellanos, elaborado en 1785, ya se contemplaron los jurados mixtos que debían estar constituidos por industriales y asalariados, sin embargo, hay que esperar a la llegada de la I República Española, y a la preocupación de su efímero presidente Francisco Pi y Margall, para que la ley «Benot», de 24 de julio de 1873, sea la primera en nuestro país (en el mismo año ocurriría lo mismo en Nueva Zelanda) que se ocupa de la regulación de las relaciones laborales entre la patronal y los asalariados, poniendo el acento en la protección de los menores frente a las abusivas condiciones en las que se les empleaba, en los distintos establecimientos industriales. Si se medita un momento se observará que aquí ya late un reconocimiento implícito, encubierto, pero ya está presente, de lo que, sin duda, más tarde se llamará «derechos humanos», lo que lleva a afirmar que éstos, tímidamente reconocidos en el siglo XIII desde la *Magna Charta Libertatum* dada en la pradera de Runnymede, el 15 de junio de 1215, por el rey inglés Juan I «Sin Tierra» y el teólogo Stephen Langton, están desde siempre indisolublemente unidos al ser humano. En ese sentido cinco siglos después sería proclamada la histórica *Déclaration solennelle des droits naturels, inalienables et sacrés de l'homme et du citoyen* por la Asamblea Constituyente francesa. Y ya en el siglo XX, contemplando al que tiene la condición de asalariado o trabajador, se referirán específicamente los artículos 23 y 24 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, aprobada por Resolución 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que más tarde resultarán positivados por el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por los artículos 6 a 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hechos ambos en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.

Modernamente el Derecho del trabajo tiene su origen, como prácticamente ocurre con todas las ramas positivas del Derecho, en las normas estatales, en las de fuente interna, en la ley, pero este conjunto de Derecho doméstico se vio fuertemente impactado por la irrupción de las normas de fuente internacional, es decir por el Derecho internacional, que se proyecta sobre muy diversos Estados a partir de la creación, el 11 de abril de 1919, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT/ILO) conforme a las disposiciones incluidas en la

Parte XIII del Tratado de Paz de Versalles, de 28 de junio de 1919, artículos 387 a 427, organismo que, como es sabido, sobrevivió al horror de la II Guerra Mundial, y que desde el primer momento comenzó a elaborar convenios internacionales sobre muy diversos aspectos del trabajo, baste recordar, por ejemplo, las veintiocho convenciones elaboradas desde 1920 a 1959 sobre el derecho del trabajo de la gente de mar.

Esto dicho como antecedentes, y a título de hilo conductor con la obra del profesor Sanguineti, debe señalarse ahora la novedad de ésta que plantea un paso superador del Derecho laboral internacional (las normas internas con proyección internacional, como las de conflicto de leyes en el marco del Derecho internacional privado y las de Derecho de extranjería referentes a trabajadores extranjeros), y del Derecho internacional laboral (contenidas en los convenios o tratados internacionales); un paso más allá que configura una nueva configuración jurídica, que reclama el progreso en las actuales formas de trabajo que «con terminología de amplitud creciente, han recibido la denominación de cadenas mundiales de producción, de suministro o de valor» (p. 19) y que responde a una nueva disciplina con el nombre de *Derecho transnacional del trabajo*. Una idea que en relación a la «globalización» (de *Derecho Global* habla el autor en la p. 17) tiende, a nuestro parecer, hacia un «Derecho mundial», un *Weltrecht* que, con carácter general, ya vislumbrara en 1888 en Alemania Ernst Zitelmann en una breve publicación cuyo título podríamos traducir al español como «La posibilidad de un Derecho Mundial», idea que retomaría medio siglo después, en una conferencia pronunciada en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de México, el 27 de septiembre de 1939, el que fuera profesor y exDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Imperial de Tokio, y más tarde juez en el Tribunal Internacional de Justicia, Kotaro Tanaka.

Posteriormente, en 1956, Philip C. Jessup publicó, en la Yale University Press, su *Transnational Law*, como un concepto que desborda el del Derecho internacional, línea a la que se adscribió por esos años Wolfgang Friedmann con la fundación de la *Columbia Journal of Transnational Law (CJTL)*. En esta perspectiva se inscribe ahora el pensamiento del profesor Sanguineti, que ya anteriormente se había ocupado de «Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras» (Madrid, 2019); su obra está estructurada en cinco capítulos en los que expone la renovación del capitalismo en el siglo XXI y la crisis de gobernanza en el mundo laboral, con la presencia de las cadenas de valor como factor causante; la asunción espontánea de competencias reguladoras por las empresas multinacionales que lleva a «una disciplina transnacional de las relaciones de trabajo aplicable a las cadenas mundiales de producción» que es más «que un proyecto o una utopía» (pp. 88-89); la necesidad de una teoría jurídica del ordenamiento jurídico transnacional del trabajo como nueva disciplina jurídica; la presencia de los derechos humanos en el modelo normativo del nuevo Derecho transnacional; y, en fin, los retos de cara al futuro entre los que se encuentra la necesidad de regular la responsabilidad de las empresas y el acceso a la justicia por parte de las víctimas, así como la reparación de los daños; recuérdese en este sentido, por ejemplo, el derrumbe, en mayo de 2013, de una fábrica de textiles en Bangladesh que causó la muerte a más de mil trabajadores, que elaboraban textiles para empresas extranjeras las cuales ni tienen que especificar si conocían, o no, las condiciones en que esos trabajadores realizaban sus labores, es decir, si se respetaban, o no, los derechos humanos de los mismos, ni tampoco tienen responsabilidad civil ni penal alguna. Ante esto resulta evidente que una cuestión básica e ineludible es la del reconocimiento, defensa y aplicación efectiva de esos derechos humanos que, no se olvide, tienen la característica de ser normas de *ius cogens* (así, lo afirma una sólida doctrina internacionalista como, por ejemplo en Francia, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler, Alain Pellet, etc.) lo que significa que al ser derecho «impe-

rativo» no pueden ser objeto de derogación alguna. Es verdad que una norma imperativa puede ser quebrantada por autoridades y particulares, personas físicas o jurídicas (como son las cadenas de valor), al igual que los Códigos penales nacionales son objeto de violaciones diariamente en todo el mundo, pero precisamente por esa cualidad de «Derecho cogente» que tienen las normas de derechos humanos laborales es por lo que los Estados deben, y tienen la obligación que mantener una constante vigilancia respecto a su observancia. Precisamente este mismo año ha aparecido una magnífica publicación colectiva titulada *Empresas Transnacionales, Derechos Humanos y Cadenas de Valor. Nuevos desafíos*, dirigida por los profesores María Chiara Marullo, Lorena Sales Pallarés y Francisco Javier Zamora Cabot, y coordinada por Núria Reguart Segarra (Colec, A Coruña, 2023, 476, pp.), en la que el profesor Sanguinetti ha colaborado con un brillante capítulo sobre *Los derechos humanos laborales como objeto de protección del derecho transnacional del trabajo* (pp. 261-281), donde sostiene que «en el horizonte parece perfilarse la consideración de los convenios de la OIT que desarrollan el contenido de derechos humanos laborales, y en especial los convenios fundamentales, como instrumentos de derechos humanos, sellando de tal modo el encuentro entre ambos sistemas normativos» (p. 281). En fin, el texto objeto de esta reseña concluye con una exposición sobre lo que debe ser el sistema de gobernanza internacional cuya puesta en marcha supone un «desafío al que se enfrenta la edificación de la nueva disciplina jurídica del trabajo en las cadenas de valor» (pág. 197). El libro, que recoge una reciente y amplia bibliografía con más de doscientos títulos, marca, a nuestro parecer, un antes y un después en lo que ha de ser la regulación de un Derecho del trabajo a nivel global ante las cadenas de valor, que es tanto como decir a nivel mundial. La valía de esta obra tiene un plus si se observa su planteamiento filosófico en la regulación del trabajo en el mundo de hoy. Y ese valor podría compararse al que, a mediados del pasado siglo, tuvo la exposición del Derecho internacional privado por Werner Goldschmidt que no se limitó a exponer simplemente el «sistema» sino que añadió «y filosofía» de la citada rama jurídica, porque, creemos, todo el Derecho se articula sobre bases eminentemente filosóficas. La monografía del profesor Sanguinetti que, sin hipérbole alguna, es digna de todos los parabienes, además de su originalidad y oportunidad viene a enriquecer, con un pensamiento de vanguardia, la bibliografía del Derecho del trabajo no solamente española sino mundial. Y es por eso que, a nuestro parecer, entendemos que se trata de un libro de obligada lectura para los juristas y, muy especialmente como es natural, para los especialistas en Derecho del trabajo.

Madrid, 5 de junio de 2023.



Litigación en materia de empresas y derechos humanos: estudio de casos.
Antoni Pigrau Solé, Daniel Iglesias Márquez.
Tirant Lo Blanch, 2023.

Litigación en la responsabilidad de las empresas transnacionales y los derechos humanos: una recensión de casos de estudio particulares

Raquel Esther Jorge Ricart

Programa de Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional. Departamento de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Universidad de Valencia (España)

«Cuéntamelo y me olvidaré. Enséñamelo y lo recordaré. Involúcrame y lo aprenderé». Estas palabras de Benjamin Franklin simbolizan el eje vertebral que permea a cada uno de los capítulos de la obra colectiva *Litigación en materia de Empresas y Derechos Humanos: estudio de casos*. El objetivo de esta es comprender con un enfoque integral el papel de la litigación como mecanismo de acción en casos de estudio reales del efecto de algunas actividades empresariales en la protección, promoción, respeto y reparación de los derechos humanos. La mirada de esta obra a lo largo de distintos continentes, países específicos, tipos de empresas, verticales sectoriales concretas —desde el sector de la energía, al petróleo, a las tierras de los pueblos, o a empresas con participación pública estatal—, y el alcance a geometría variable de las distintas iniciativas de litigación en cada uno de estos casos —sus éxitos, sus

fracasos— muestra la complejidad, al mismo tiempo que la oportunidad, de abordar la litigación como una estrategia de acción necesaria en la práctica, y un objeto de estudio de valor analítico y rigurosidad metodológica en el ámbito académico.

Si bien la litigación no es un mecanismo nuevo, ni tampoco lo es el marco de derecho internacional —tanto público como privado— que aborda el nexo entre empresas y derechos humanos, esta obra colectiva es un ejemplo claro de la importancia de darle continuidad a una problemática que ni está resuelta —ni se espera su resolución ni cierre—, y que por la gravedad de las consecuencias en la garantía del derecho internacional de los derechos humanos requiere y merece una atención continuada desde una perspectiva constructiva a la par que crítica.

Esto es especialmente importante dado que la obra colectiva aborda cuestiones tan particulares como el papel de la responsabilidad transnacional de las empresas en derechos humanos donde se han cometido crímenes internacionales, o la participación activa durante dictaduras. Asimismo, se pone un foco especial en el papel del medio ambiente como principal víctima de aquella actividad empresarial que vulnera los derechos humanos.

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos fueron propuestos por el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas en su informe final dirigido al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31), ente que acogió dichos Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

Si bien estos Principios Rectores han sido el denominador común a partir del cual se han realizado acciones de observación, identificación, evaluación, y análisis de resultados para posibles campañas de incidencia así como licitaciones, lo cierto es que la realidad sociocultural, económica y política de cada caso alude a particularidades propias que solicitan una atención propia.

De ahí, el interés de esta obra, que traza su historia a través de quince capítulos que pueden ser de lectura complementaria pero también diferenciada, profundizando solo en aquellos casos de estudio de mayor interés.

El primer capítulo, «La litigación en materia de empresas y derechos humanos: marco introductorio», escrito por los Profesores Daniel Iglesias Márquez y Antoni Pigrau Solé, es de alto valor dado que provee de un enfoque general e iniciativo al papel de la litigación como herramienta de uso para tratar temas vinculados a las empresas y los derechos humanos.

Es a partir del segundo capítulo cuando los casos de estudio específico comienzan, empezando por «Eco Oro contra Colombia: protección ambiental bajo presión», donde la Profesora Magdalena Bas Vilizzio realiza una crítica sobre la fragmentación del Derecho Internacional y la necesidad de regular —el derecho a la par que la exigencia de hacerlo. Para abordar este desfase teórico, pero también indudablemente práctico, evalúa el caso del arbitraje inversor-Estado para la protección de Los Páramos en Colombia.

Si el anterior capítulo hablaba de la fragmentación del Derecho Internacional jurídicamente acordado por las partes, el tercer capítulo articula una mirada distinta, y aporta análisis sobre el papel de la costumbre internacional, es decir, la norma consuetudinaria internacional, que se

considera como procedimiento espontáneo de elaboración de derecho internacional resultante del comportamiento de los estados, y es reconocida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El Profesor Lucas Sebastián de Erice Aranda estipula en «La aplicación de la costumbre internacional a las empresas transnacionales: el análisis del caso *Nevsun Resources LTD v. Araya*» el rol que la costumbre internacional tuvo en este caso, ubicado en Canadá, las dificultades adversas que se tuvieron que sobrepasar, y la indisoluble relación del derecho internacional —sea consuetudinario o no— con el derecho al remedio efectivo.

El cuarto capítulo se mueve hacia la responsabilidad transnacional de una empresa originaria de otro continente, en concreto Europa, con el capítulo «El caso *Les amis de la terre* y otros c. *TotalEnergies*: la ley francesa sobre el deber de vigilancia empresarial frente a prácticas de extractivismo y acaparamiento de tierras», de la Profesora Estrella del Valle Calzada. En particular, este capítulo aborda las implicaciones de una reglamentación nacional —de base estatal— en un marco más amplio —el del Derecho Internacional—, y pone sobre la mesa la relación entre Francia y dos países como Uganda y Tanzania donde se realiza acaparamiento de tierras con fines de explotación petrolífera.

El quinto capítulo aparta el foco en las dos variables del país o del sector económico, y se centra en la dinámica interna dentro del sector privado y las graves consecuencias entre una empresa matriz y sus empresas subsidiarias, cuando estas últimas cometen actos que responsabilizan jurídicamente, no a ellas, sino a la compañía matriz. Así, el Profesor Miguel Ángel Elizalde Carranza observa en el caso «*Okpabi and others v. Royal Dutch Shell PLC and another*: aspectos de jurisdicción y atribución de responsabilidad a la empresa matriz por actos de empresas subsidiarias» cómo la empresa matriz, pese a recibir las consecuencias legales de este acto, también tiene deber de cuidado.

Asimismo, el capítulo 11 «Litigación internacional en materia de empresas y derechos humanos: estudio del caso *Vedanta*» del Profesor Guillermo Palao Moreno aborda el deber de cuidado y responsabilidad de la matriz por hechos de la filial, y pone especial énfasis en el *proper forum* y el efecto de procesos políticos en la resolución de cuestiones de derecho internacional, como fue la salida del Reino Unido de la Unión Europea y el distanciamiento con respecto a ciertos aspectos de derecho comunitario vinculados a los derechos humanos y la responsabilidad corporativa.

El capítulo decimocuarto de las Profesoras Anna Luisa Walter de Santana y Patrícia Almeida de Moraes, «Caso *Samarco* (Joint Venture BHP Billiton y Vale): apuntes sobre los desafíos y avances en la reparación de las víctimas a nivel nacional y transnacional», apuntan también a la responsabilidad de la empresa matriz y la necesidad de reparación a las víctimas.

Es en torno al tema del cuidado donde el sexto capítulo enfatiza el papel de la responsabilidad de proteger y, en particular, de la justicia transicional de un país como Argentina. En el capítulo «El caso *Ford Motors* en Argentina: la responsabilidad corporativa en la justicia transicional», el Profesor José Elías Esteve Moltó y la Profesora Raquel Vanyó Vicedo miran al pasado para entender el balance de las violaciones de derechos humanos durante la dictadura argentina y la participación empresarial en estos casos, con el fenómeno del litigio en el caso *Ford Motors*.

De vueltas con el papel del Estado directo o indirecto en la comisión de crímenes, la Profesora María Chiara Marullo aborda el rol de una empresa de participación estatal en el décimo

capítulo «Eni v. Nigerian Ikebiri Community: la responsabilidad por violación de los derechos humanos de una empresa de participación estatal», donde observa los retos de utilizar las distintas vías existentes para responsabilizar a la empresa según la tipología de responsabilidad y el papel de los puntos nacionales de contacto.

Los capítulos séptimo («El caso Chevron: la victoria de la *lex mercatoria* frente a los derechos humanos y de la naturaleza») y octavo («*Milieudéfensie & otros v. Royal Dutch Shell PLC*: la delimitación de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en tiempos de crisis climática»), respectivamente de la Profesora Adoración Guamán y el Profesor Daniel Iglesias Márquez, ponen de manifiesto los impactos ambientales, climáticos y sociales en estas realidades y subrayan la enorme dificultad de llevar hacia adelante las demandas por las barreras a las que se enfrentan las víctimas, así como la capacidad de recursos de las empresas frente al poder de acción de las propias personas defensoras de las víctimas.

En lo que se refiere a la capacidad de recursos y la necesidad de diversificar dichos medios, la Profesora Laura Íñigo Álvarez enfatiza el poder de la mediación como mecanismo de interés en el capítulo noveno «*Former employees of Bralima v. Bralima and Heineken N. V.*: hacia el uso efectivo de la mediación en disputas sobre empresas y derechos humanos».

Asimismo, los capítulos decimosegundo («El caso Lafarge y la cuestión de la complicidad de las empresas en la comisión de crímenes internacionales») del Profesor Antoni Pigrau Solé, decimotercero («*Sherpa and others v. Bolloré SA*: el aceite de palma como constante en la lucha derechos humanos y empresas») de la Profesora Lorena Sales Pallarés, y decimoquinto («Acceso a la justicia y DD. HH.: la Valla del Forum Non Conveniens cae en *Kashef v. PARIBAS*») del Profesor Francisco Javier Zamora Cabot, abordan el caso en sí —su dimensión material—, pero ponen un énfasis particularmente especial en la dimensión formal del procedimiento.

En conclusión, esta obra colectiva aborda de manera multifactorial casos de estudio tremendamente complementarios, que no homogéneos, lo que aporta valor a una obra colectiva que busca responder a los tres grandes ejes de actuación de los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos: el deber del Estado de proteger los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y el acceso a los mecanismos de reparación.



Revista española
**DE EMPRESAS Y
DERECHOS HUMANOS**

