

El movimiento internacional contra la trata de seres humanos: algunas consideraciones críticas (1)

TATJANA HÖRNLE

Directora del Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität,
Sicherheit und Recht (Freiburg i.B.)

RESUMEN (2)

Las campañas contra la trata de seres humanos auspiciadas por las organizaciones internacionales y no gubernamentales se encuentran detrás del amplio ámbito de aplicación del delito de trata. Estas campañas ponen el foco en las denominadas «víctimas ideales» y acentúan el reproche moral que nos merece el aprovechamiento de la situación de necesidad de otro. Sin embargo, no todas las conductas tipificadas merecen la misma calificación. La teoría de la criminalización que toma como unidad de medida el menoscabo de los derechos de otro y su autonomía de la voluntad exige diferenciar entre los auténticos supuestos de trata y otras situaciones de explotación.

Palabras clave: *trata de seres humanos, campañas, criminalización, código penal alemán.*

(1) Traducción del artículo “Die internationale Bewegung gegen Menschenhandel – einige kritische Überlegungen”, en BÖSE, M., SCHUMANN, K. H., TOEPEL, F. (Eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 673-686, realizada por FRANCISCO SALVADOR DE LA FUENTE CARDONA (investigador predoctoral, Universidad Complutense de Madrid). Esta traducción se enmarca en el proyecto de investigación «Exclusión social y sistema penal y penitenciario: análisis y propuestas acerca de tres realidades (inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión)» (PID2019-105778RB-I00), cuya IP es la profesora MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA. El traductor expresa su agradecimiento a MARÍA MARTÍN LORENZO por la confianza depositada y por el interés que ha puesto para que la traducción de este trabajo se lleve a cabo y a MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE por sus valiosos comentarios.

(2) El RESUMEN y las PALABRAS CLAVE han sido elaborados por el traductor a petición del Anuario.

ABSTRACT

Anti-trafficking campaigns promoted by international and non-governmental organizations are behind the broad scope of the crime of human trafficking. These campaigns focus on the so-called “ideal victims” and stress the moral disapproval of taking advantage of another’s necessity. However, not all of these conducts deserve the same qualification. The theory of criminalization that takes as its unit of assessment the undermining of another’s rights and his autonomy of will requires a differentiation between genuine cases of trafficking and other situations of exploitation.

Key words: *human trafficking, campaigns, criminalization, german criminal code.*

I. INTRODUCCIÓN

En mi contribución al libro homenaje para el distinguido profesor Urs Kindhäuser propongo una mirada crítica a las campañas contra la trata de seres humanos. La idea de que esto pudiera ser necesario puede parecer, a primera vista, extraño. El concepto de trata de seres humanos tiene una connotación moral tan negativa, que la pregunta sobre el merecimiento de pena parece superflua. Los activistas en favor de los derechos humanos, las organizaciones internacionales y, presumiblemente, también la mayoría de los ciudadanos dan por sentado que nos encontramos ante un crimen detestable que exige prohibiciones amplias y penas graves. La trata sugiere esta identificación en particular, en tanto término que conceptualmente se relaciona con la esclavitud⁽³⁾. Incluso los juristas tienden a la simplificación moralista, por ejemplo, con la afirmación de que la violencia o el engaño son elementos característicos de la misma⁽⁴⁾. Con ello se pierde de vista que las definiciones legales de la trata de seres humanos (epígrafe II) comprenden fenómenos distintos⁽⁵⁾ que necesitan una consideración diferenciada. Se reflexiona poco sobre el hecho de que las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales

(3) Véase la equiparación con la esclavitud, por ejemplo, en la información básica de la página de inicio del Instituto Alemán de Derechos Humanos (*Deutsches Institut für Menschenrechte*) en el apartado «Temas/Trata de seres humanos».

(4) En este sentido, LINDNER, C., *Die Effektivität transnationaler Maßnahmen gegen Menschenhandel in Europa: eine Untersuchung des rechtlichen Vorgehens gegen die moderne Sklaverei in der Europäischen Union und im Europarat*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2014, p. 10.

(5) Sobre los distintos fenómenos sociales *vid.* RENZIKOWSKI, J., “§ 232 Menschenhandel”, en JOECKS, W., MIEBACH, K. (Eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 3.ª edición, Beck, Múnich, 2017, núm. marg. 10 y ss.

mentales necesitan temas llamativos (epígrafe III) y que, por tanto, no tienden a comprobar cuidadosamente la necesidad de criminalizar móviles buenos, esto es, aquellos que atraen emocionalmente a la opinión pública(6). Estas organizaciones dan por sentado que el Derecho penal se debe emplear como «arma inteligente»(7) contra la trata de la manera más amplia posible. El legislador alemán ha seguido la tendencia internacional, de modo que bien merece la pena para la ciencia del Derecho penal examinar las normas al respecto y su trasfondo.

II. LAS DEFINICIONES DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

Los convenios internacionales y el Derecho de la Unión Europea exigen que la trata de seres humanos sea penalizada(8). El «Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional» (Protocolo de Palermo), adoptado en el año 2000, resultó fundamental(9). También la Directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos se refiere a un hecho delictivo grave y a una infracción severa de los derechos fundamentales recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea(10). El Protocolo de Palermo y el Derecho de la Unión Europea describen la trata de personas como «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o

(6) *Vid.* HÖRNLE, T., “Human Trafficking: Human Rights Activism and Its Consequences for Criminal Law”, en HAVERKAMP, R., HERLIN-KARNELL, E., LERNSTEDT, C. (Eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Hart, Oxford, 2019, pp. 117 y ss.

(7) GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 5.

(8) Sobre el Derecho internacional *vid. ibidem*; RENZIKOWSKI, J., “MK/§ 232 *Menschenhandel*”, *op. cit.*, núm. marg. 25-34.

(9) United Nations Treaty Series (UNTS), Vol. 2237, pp. 319 y ss. Su incorporación al ordenamiento alemán se publicó el 29 de diciembre de 2005 en el número 220 del *Bundesgesetzblatt (Teil III)*.

(10) Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (Diario Oficial de la Unión Europea, 2011/L101).

recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla»(11). Una estructura tripartita subyace a esta enumeración. En primer lugar, se pueden distinguir las acciones (captar, transportar a otra persona, etc.); en segundo lugar, los medios comisivos (abuso de una situación de vulnerabilidad, violencia, raptó, etc.); y, en tercer lugar, la finalidad perseguida (la explotación). Consideradas en sí mismas, las acciones son actividades socialmente adecuadas que solo pueden constituir un injusto cuando se conectan con tales medios comisivos y finalidad. En este sentido, la nueva redacción del delito de trata de seres humanos en el Derecho alemán (§ 232 StGB), que data de 2016(12), recoge los elementos esenciales de las normas internacionales. La «explotación» se desglosó en el § 232.1 StGB en concretas finalidades (explotación a través de la prostitución, de la mendicidad, de la comisión de actividades criminales y la explotación laboral). Además, el Derecho alemán amplió el ámbito de protección en comparación con la normativa internacional, porque también incorporó una modalidad típica en atención a las «víctimas menores de 21 años» (segundo inciso del § 232.1 StGB)(13).

(11) Artículo 2.1 de la Directiva 2011/36/UE [versión publicada en español]. Una definición en términos casi idénticos se puede encontrar en el art. 3 a) del Protocolo de Palermo.

(12) Ley para la mejora de la lucha contra la trata de seres humanos [*Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels*], publicada el 14 de octubre de 2016 en el *Bundesgesetzblatt (Teil I)*, p. 2226.

(13) [N. del T.] La configuración del delito de trata de seres humanos en el § 232 StGB difiere parcialmente de la prevista en el art. 177 bis CP. La principal diferencia reside en el tratamiento de los medios comisivos (violencia, engaño, etc.). El art. 177 bis CP recoge en su modalidad básica todos los medios comisivos que prevé el art. 2 de la Directiva 2011/36/EU, mientras el tipo básico regulado en el § 232.1 StGB solo se refiere al abuso de la situación de necesidad económica o personal o de la situación de indefensión de la víctima, asociada a la estancia en un país extranjero (expresión más restrictiva que la «situación de vulnerabilidad» señalada en la Directiva 2011/36/EU: PETZSCHE, A., “Die Neuregelung des Menschenhandels im Strafgesetzbuch –zwischen europarechtlichen Pflichten und politischen Kompromissen”, *Kritische Justiz*, Vol. 50 (2), 2017, p. 241). El resto de medios comisivos constituyen una modalidad cualificada. Aclarado este extremo, cabe señalar que el § 232.1 no solo contiene el tipo básico, sino que introduce a su vez una segunda modalidad en atención a la edad del sujeto pasivo, ofreciendo una protección reforzada a los menores de 21 años. Con carácter general, se sancionan los siguientes comportamientos: captar (*anwerben*), transportar (*befördern*), trasladar (*weitergeben*), acoger (*beherbergen*) o recibir (*aufnehmen*) a personas adultas (a partir de 21 años) abusando de su situación de necesidad económica o personal o de su situación de indefensión, asociada a su estancia en un país extranjero –por ejemplo, precario nivel de alemán–, con la finalidad de explotárlas a través de (a) la prostitución, (b) los trabajos forzados, (c) la mendicidad o (d) la comisión de actividades criminales

Tanto en el ordenamiento internacional como en el Derecho alemán, las descripciones típicas de la trata de seres humanos comprenden bajo el mismo rótulo una pluralidad de situaciones vitales. Sin embargo, no todas se pueden clasificar como hechos delictivos graves o como violaciones severas de derechos fundamentales. El núcleo de conductas cuyo merecimiento de pena es indiscutible está formado por casos en los que la situación de la víctima explotada se origina a través de raptó, violencia, amenazas o engaño, o en los que se ven amenazadas con el sometimiento a la esclavitud en sentido estricto o con la extracción de órganos corporales (números 2 y 3 del § 232.1 y § 232.2 StGB). Para este conjunto de supuestos es dudoso, no obstante, en qué medida fue necesario exigir modificaciones a la legislación nacional ya existente.

En el otro extremo de la escala de injusto se encuentran casos en los que las personas, de acuerdo con su propia decisión, esto es, no influidas por medio de coacción o prácticas análogas, abandonan su entorno social (la mayoría de las veces a través de la emigración) y en el nuevo entorno, a causa de sus precarias condiciones de vida, son susceptibles de avenirse a relaciones de explotación ante la falta de mejores alternativas. Quien capta, transporta (etc.) a estas personas y, con ello, asume que serán explotadas a través de acciones subsumibles en el núm. 1 del § 232.1 StGB, por regla general, merece reproche moral. Sin embargo, de lo anterior no se deduce que esta evaluación moral desemboque –directamente– en el merecimiento de pena de tales conductas (epígrafe IV).

Las víctimas de trata registradas estadísticamente en Alemania son en su mayoría extranjeras (14). La migración dentro de la Unión Europea y la inmigración procedente de terceros Estados trae consigo

(núm. 1). También cuando se somete a alguien a esclavitud, servidumbre o prácticas análogas (núm. 2). Y, tercero, si se somete a una persona a la extracción ilegal de órganos (núm. 3). En segundo lugar, y como señala la autora, el inciso segundo de este § 232.1 StGB va más allá de las obligaciones internacionales asumidas por Alemania y protege a los jóvenes menores de 21 años frente a aquellos comportamientos (captar, transportar, etc.), aunque no quede acreditado el medio comisivo. Bastaría conjugar cualquiera de los verbos típicos señalados con una finalidad de explotación, concretada en alguna de las actividades también citadas en los núm. 1-3 del § 232.1 StGB. En conclusión, la pauta del art. 2.5 de la Directiva 2011/36/EU, esto es, la protección reforzada de los menores mediante un subtipo que prescinde de los posibles medios comisivos, ha sido extendida por el legislador alemán a los jóvenes menores de 21 años. Su introducción y ubicación junto al tipo básico, de por sí ya modificado en atención a los medios comisivos previstos en la Directiva, difiere parcialmente de la redacción dada en el CP español a su homólogo.

(14) ZIETLOW, B., BAIER, D., *Menschenhandel zum Zweck sexueller Ausbeutung in Deutschland: Ergebnisse einer Aktenanalyse zu polizeilich registrierten Fällen der*

que, en los países prósperos, se incrementa el número de migrantes en una situación económica inicial muy precaria. En particular, los inmigrantes en situación irregular, sin contacto con las administraciones públicas, dependen de que les ayuden otras personas (a menudo de su propio círculo cultural y lingüístico) como mediadores y patrocinadores de la entrada y de la permanencia. El origen de la residencia irregular puede resultar, por ejemplo, de un cruce fronterizo no registrado, del paso a la clandestinidad tras una petición sin éxito del estatus de refugiado o del asilo o por la continuación de la estancia tras una entrada con un visado temporal que ha expirado. Cuando los Estados no quieren o no pueden organizar un control fronterizo efectivo y solo pueden establecer una repatriación rudimentaria de personas sin permiso de residencia surgen, inevitablemente, redes informales de migrantes. Además, también se encuentran en esta situación de penuria personas que no chocan con los obstáculos de la normativa de residencia, pero que carecen de un nivel mínimo de formación escolar, de habilidades lingüísticas o de competencias sociales, lo que sería necesario para su incorporación al mercado laboral regular. Así, se originan constelaciones de supuestos que son tildadas de trata de seres humanos porque las redes de mediación y de apoyo para migrantes, y para personas ya residentes con dificultades, no siempre proceden de modo altruista y justo. Con frecuencia, en estos casos no es posible una clara división sociológica entre «autores» y «víctimas»: aquellos que con ánimo de lucro explotan o aceptan la explotación de personas dispuestas a migrar, de migrantes recién llegados y de otros clientes débiles, a menudo presentan un origen nacional, étnico y social similar⁽¹⁵⁾. A *ambos lados* las precarias condiciones de vida determinan las acciones y motivaciones previstas en el núm. 1 del § 232.1 StGB.

Tales interacciones se distinguen considerablemente de los casos que realmente merecen la calificación de trata de seres humanos. Es de suponer que los afectados preferirían ganarse la vida, por lo general, sin acudir a la prostitución, a ocupaciones extremadamente mal pagadas, a la mendicidad o a la criminalidad. Ahora bien, la situación de necesidad, que se origina por la utilización de redes de explotación, no se

Jahre 2009 bis 2013, Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen - Forschungsbericht Nr. 136, 2018, pp. 8, 44.

(15) La investigación citada en la nota a pie de página inmediatamente anterior muestra que la distribución de los países de origen de los sospechosos se asemeja a la de las víctimas, *ibidem*, pp. 24, 44. Sobre los antecedentes comunes de las partes involucradas, *vid.* también UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2016, p. 7.

produce contra su propia voluntad. Lo que desde una perspectiva externa se puede describir como explotación, se puede considerar como tolerable por los migrantes cuando evalúan de modo realista sus opciones. La situación de la «víctima» descrita en los apartados a-d) del núm. 1 del § 232.1 StGB puede ser, pese a toda su severidad, una mejora en comparación con la necesidad extrema y la falta de perspectivas en su país natal. Esto no es equiparable con el rapto o con el ejercicio de violencia, medios comisivos que quiebran la voluntad de las personas.

El legislador alemán ha efectuado, al menos, una delimitación a través de la ubicación separada en el § 232. 2 StGB de los verdaderos supuestos de trata y en el núm. 1 del § 232.1 StGB de otros casos de explotación (en contraste con las definiciones internacionales, completamente desestructuradas). Sin embargo, los marcos penales en ambos párrafos no reflejan las diferencias (dado que el límite mínimo de la pena es idéntico y solo hay un aumento del límite máximo, lo que en la práctica es menos relevante). La expansión y la distorsión del concepto de trata de seres humanos tuvieron lugar, primero, en el Derecho internacional. Inicialmente, antes de la aprobación del Protocolo de Palermo, las reflexiones sobre la trata se centraban en el núcleo de conductas que implican el ejercicio de violencia, coacción o engaño(16); sin embargo, al poco tiempo llegaron los desarrollos.

III. LA TRATA DE SERES HUMANOS COMO TEMA IDEAL DE CAMPAÑA

Anualmente se desembolsan millones de dólares en campañas contra la trata de seres humanos(17), las cuales dan empleo a muchas personas en organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales(18). Es una pregunta abierta cuán exitosas y eficientes son estas actividades. Si se observan las cifras de enjuiciamiento en vía penal, llama la atención que estas son muy bajas, no solo en Alemania(19), sino en todo el mundo. Un informe de Naciones Uni-

(16) Sobre las definiciones originarias más estrictas *vid.* GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

(17) DAVY, D., “Anti-Human Trafficking Interventions: How do we know if they are working?”, *American Journal of Evaluation*, Vol. 37, 2016, pp. 486 y ss., anualmente 65 millones de dólares, sin contar donaciones de particulares.

(18) DAVY, D., “Anti-Human Trafficking Interventions”, *op. cit.*, pp. 486, 489 y ss.

(19) En 2016 fueron condenadas en Alemania sesenta personas ex § 232 StGB y doce personas ex § 233 StGB [explotación laboral] en su anterior redacción:

das ha reportado que de media tienen lugar 29 condenas por país y año(20). Sin embargo, los motivos detrás de estas costosas campañas no solo ponen la mirada en el éxito de la prevención a través de una ponderación racional de medios y fines (*zweckrational*)(21). También las preocupaciones simbólicas ocupan un espacio importante. Las organizaciones internacionales y las ONGs necesitan temas llamativos. Los fines clásicos de las actividades transnacionales han perdido popularidad, como la «guerra contra las drogas». Cada vez más generaciones están familiarizadas con el consumo de drogas y ha crecido la conciencia de que las penas elevadas contra este tipo de delitos tienen consecuencias negativas(22). Por el contrario, la lucha contra la trata de seres humanos cuenta con la gran ventaja de que puede presuponer una aceptación (casi) unánime. En este sentido, tienen lugar prometedores efectos publicitarios y de movilización, por ejemplo, porque estrellas de cine encuentran útil presentarse como «embajadores de buena voluntad»(23). Las imágenes de «víctimas ideales»(24) en campañas contra la trata de seres humanos son más eficaces que las imágenes de drogodependientes en campañas de lucha contra las drogas. No es ninguna casualidad que el título del Protocolo de Palermo

STATISTISCHES BUNDESAMT (Ed.), *Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege – Strafverfolgung*, Wiesbaden, 2017, p. 35.

(20) UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, op. cit., p. 52.

(21) [N. del T.] Con el adjetivo “zweckrational” se suele pensar en uno de los tipos de acción que Max Weber identificó en su clasificación de acciones sociales. La traducción habitual sería acción «racional con arreglo a fines» (WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, p. 20). Tomado el contexto en el que la autora introduce este término y la explicación del propio Weber, nos hemos inclinado por la expresión «ponderación racional de medios y fines»: en este sentido, PRECHTL, P., BURKARD, F-P. (Eds.), *Metzler Lexikon Philosophie: Begriffe und Definitionen*, 3.ª Edición, J. B. Metzler, Stuttgart, 2008, pp. 231, 704.

(22) Para una crítica influyente sobre la «guerra contra las drogas» vid. ALEXANDER, M., *The New Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness*, New Press, Nueva York, 2010.

(23) UNODC, *Comunicado de prensa del 10 de febrero de 2009*: Mira Sorvino será nombrada *Goodwill Ambassador* de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para combatir la trata de personas.

(24) Vid. WILSON, M., O'BRIEN, E., “Constructing the Ideal Victim in the United States of America’s Annual Trafficking in Persons Reports”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 65, 2016, pp. 29 y ss.; O'BRIEN, E., “Human Trafficking Heroes and Villains: Representing the Problem in Anti-Trafficking Awareness Campaigns”, *Social and Legal Studies*, Vol. 25, 2016, pp. 205 y ss.; HAVERKAMP, R., “Victims of Human Trafficking: Considerations from a Crime Prevention Perspective”, en HAVERKAMP, R., HERLIN-KARNELL, E., LERNSTEDT, C. (Eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Hart, Oxford, 2019, pp. 53 y ss.

se refiera a la trata «especialmente de mujeres y niños»(25). Con ello se pueden superar las diferencias culturales entre los países de Naciones Unidas. Por un lado, la protección de las mujeres y de los niños despierta actitudes protectoras en las sociedades patriarcales y tradicionales y, por otro lado, funciona bien en las sociedades caracterizadas por el individualismo normativo(26), cuya moderna religión civil es la protección de los derechos humanos. Los medios de comunicación ponen el foco sobre la «víctima ideal»: las mujeres y las chicas raptadas son temas populares (así como la heroica lucha para su liberación)(27). Los escenarios descritos en los apartados b-d) del núm. 1 del § 232.1 StGB (por ejemplo, migrantes que a cambio de un trabajo duro son retribuidos miserablemente, jóvenes utilizados para ejercer la mendicidad o para el hurto de carteras) afligen menos a un público que consume productos comerciales que la versión aterradora de mujeres o niñas que podrían ser amenazadas sexualmente y raptadas por miembros del hampa.

Los exitosos esfuerzos para implantar la trata de seres humanos como delito a nivel mundial son un ejemplo paradigmático en favor de una política moral(28). Históricamente, el rechazo de la prostitución y el proteccionismo sexual sobre las mujeres jugaron el papel central. El actual movimiento contra la trata de seres humanos tiene sus raíces en las campañas del siglo XIX que se dirigían contra la «deshonra de chicas inocentes» en tanto «esclavitud blanca»(29). En el siglo XX, el éxito se debió a que la corriente puritana contraria a la prostitución pudo crecer, a través de una segunda fuente de indignación moral, hasta convertirse en un movimiento amplio.

(25) Las propuestas iniciales, presentadas por EEUU y Argentina, se referían aun más claramente a las «víctimas ideales», DOEZEMA, J., *Sex Slaves and Discourse Masters: The Construction of Trafficking*, Zed Books, Londres, 2010, p. 119.

(26) VON DER PFORDTEN, D., “Normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus in der Politischen Philosophie der Neuzeit”, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Vol. 54, 2000, pp. 491 y ss.

(27) Véase por ejemplo la caracterización de la trata de seres humanos en la serie “*Human Trafficking*”: «Cientos de miles de mujeres jóvenes han desaparecido de su vida cotidiana, obligadas por la violencia a una existencia infernal de brutalidad y prostitución. Son una mercancía rentable en la multimillonaria industria de la esclavitud moderna», accesible a través de Internet Movie Database (IMDb), <https://www.imdb.com/title/tt0461872/>

(28) Vid. HAVERKAMP, R., “Victims of Human Trafficking”, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

(29) Sobre el movimiento contra la esclavitud blanca y contra la prostitución vid. DOEZEMA, J., *Sex Slaves*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.; FARMER, L., “Trafficking, the Anti-Slavery Project and the Making of the Modern Criminal Law”, en HAVERKAMP, R., HERLIN-KARNELL, E., LERNESTEDT, C. (Eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Hart, Oxford, 2019, pp. 13 y ss.

Actualmente, las valoraciones negativas permanecen firmemente ancladas en nuestro sistema moral y se dirigen contra cualquier forma de aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad y contra la explotación. Dentro de la filosofía moral se discute cómo puede ser definida y delimitada una conducta de explotación(30). Esta discusión exigiría una mayor concreción. Baste ahora señalar que pertenece al núcleo de las convicciones morales ampliamente consensuadas la asunción de que es muy reprochable obtener beneficio de la situación de necesidad de otra persona.

IV. LAS PERSPECTIVAS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

1. **Requisitos para la criminalización más allá de las convicciones morales**

Las consideraciones anteriores sobre por qué han sido exitosas las campañas de las organizaciones internacionales y de las ONGs ofrecen *explicaciones*, pero no sustituyen a la perspectiva normativa. Para esta es decisivo si las prohibiciones penales vigentes pueden fundamentarse con argumentos de modo convincente.

Las evaluaciones de las normas de prohibición presuponen una teoría *general* de la criminalización que desarrolle directrices sobre el alcance y los cometidos del Derecho penal. Esta teoría general de la criminalización aquí solo puede ser esbozada. El punto de partida es, por una parte, que el Derecho penal se debe aplicar de modo restrictivo a causa de los limitados recursos de las autoridades encargadas de perseguir la delincuencia y de las restricciones de libertad que conlleva el enjuiciamiento penal, esto es, el principio de *ultima ratio* debe permanecer vigente(31). Por otra parte, para la movilización de

(30) *Vid.*, por ejemplo, FEINBERG, J., *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume 4: Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, Oxford, 1990, caps. 31, 32; WERTHEIMER, A., *Exploitation*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

(31) Desde un punto de vista constitucional es dudoso que se puedan derivar consecuencias claras del principio de *ultima ratio* (la norma penal es contraria o conforme a la Constitución), GÄRDITZ, K. F., “Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz”, *JZ*, núm. 13, 2016, pp. 641 y ss. Sin embargo, como componente esencial de una teoría general de la criminalización, las consideraciones sobre el uso restrictivo de las normas penales siguen siendo pertinentes, sobre ello *vid.* KINDHÄUSER, U., “Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip”, *ZStW*, Vol. 129 (2), 2017, pp. 383, 386.

recursos estatales es necesario un objetivo que pondere racionalmente medios y fines, a modo de un asunto definido con claridad orientado a la protección de derechos individuales o intereses colectivos. Precisamente, el Tribunal Constitucional alemán se remite a la protección de otros individuos o de la generalidad en su descripción de las condiciones bajo las que puede tener lugar una injerencia penal en los derechos fundamentales(32). El reproche moral de una conducta, en el mejor de los casos, puede dar pie al examen de su criminalización, pero no supone por sí mismo un *motivo suficiente* para esta(33). La pregunta decisiva es, por tanto, si la conducta descrita en el ordenamiento internacional y en el § 232 StGB como trata de seres humanos colisiona con derechos individuales o con intereses colectivos importantes.

2. La lesión de derechos individuales

En la literatura sobre el § 232 StGB se describe el propósito de protección de la siguiente forma: se protege la autonomía de la voluntad de la víctima, esto es, su autodeterminación(34), a través del establecimiento de un delito de peligro abstracto(35). Esto resulta convincente cuando se emplean los medios comisivos previstos en el § 232.2 StGB: la violencia, las amenazas con un daño intenso y el engaño (párrafo 2, núm. 1), así como los supuestos de raptó y similares (párrafo 2, núm. 2), menoscaban la capacidad de hacer valer la propia voluntad, es decir, su formación. Sin embargo, en los escenarios descritos en el núm. 1 del § 232.1 StGB es discutible que se vulnere el derecho de autodeterminación de los interesados cuando son adultos y consienten todo. ¿Actúa contra su propia voluntad la prostituta que ante un apuro económico se decide por esta solución de emergencia? ¿Está ausente el derecho de autodeter-

(32) BVerfGE 90, 145, 172; 120, 224, 239.

(33) Vid. HÖRNLE, T., *Grob anstößiges Verhalten: strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Klostermann, Frankfurt, 2005, pp. 52 y ss.

(34) KINDHÄUSER, U., *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 7.^a edición, Nomos, Baden-Baden, 2017, § 232, núm. marg. 2; BÜRGER, S., “Die Neuregelung des Menschenhandels. Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und Schaffung eines stimmigen Gesamtkonzepts?”, ZIS, núm. 3, 2017, p. 169; SCHROEDER, F. C., “Das Rechtsgut der neuen Vorschriften gegen den Menschenhandel (§§ 232-233 b StGB)”, NSTZ, núm. 6, 2017, p. 320; FISCHER, T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65.^a edición, Beck, Múnich, 2018, § 232, núm. marg. 2a; RENZIKOWSKI, J., “MK/§ 232 Menschenhandel”, *op. cit.*, núm. marg. 1.

(35) RENZIKOWSKI, J., “MK/§ 232 Menschenhandel”, *op. cit.*, núm. marg. 3.

minación entre los migrantes cuyo trabajo se paga muy por debajo del salario mínimo?

En la literatura filosófica se da por sentado que el reproche moral es pertinente cuando un actor explota a otros seres humanos. Fundamentalmente, se tiene en cuenta el desequilibrio extremo entre el valor de las prestaciones intercambiadas («falta de justicia sustantiva»)(36). Sin embargo, esto por sí solo no es suficiente. Las consideraciones sobre la producción de la situación también tienen que desempeñar un papel importante («justicia procedimental»). Por ejemplo, si alguien trabaja sin recibir contraprestación para fines benéficos, la descripción como «explotación» o, en todo caso, como «explotación por otros» es inapropiada(37). En este sentido, en la literatura de la filosofía moral se sostiene que la aquiescencia fáctica de todos los participantes debería jugar un papel en el acuerdo, incluso si la actuación de la parte más fuerte es moralmente incorrecta. Es decir, en interés de aquellos que aceptan el trato explotador para mejorar marginalmente su propia situación de partida, es conveniente la prudencia para con las intervenciones morales de terceros(38).

Esta solución diferenciadora, que toma en consideración la voluntad real de la persona que se encuentra en una situación vital difícil, puede ser recomendable para la evaluación penal(39). En el contexto de una teoría de la criminalización que se pregunta si la conducta a juzgar lesiona los derechos de otra persona, la aceptación de esa persona debe tener un peso mayor que las apreciaciones morales. Por tanto, no es convincente una justificación homogénea de todo el § 232 StGB a través de la «protección de la autodeterminación». Las referencias a la autodeterminación son un arma de doble filo. La posibilidad de conducir la vida autónomamente se restringe si, de modo paternalista, se considera que la necesidad convierte al

(36) ZWOLINSKI, M., WERTHEIMER, A., “Exploitation”, en ZALTA, E. N. (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, The Metaphysics Research Lab, 2016, apartado 2.3.2 (disponible en línea a través del enlace <https://plato.stanford.edu/entries/exploitation/>); MAYER, R., “What’s Wrong with Exploitation?”, *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 24 (2), 2007, pp. 137, 139 y ss.; STEINER, H., “Liberalism, neutrality and exploitation”, *Politics, Philosophy and Economy*, Vol. 12 (4), 2013, p. 335.

(37) VAN KEMPEN, P. H., LESTRADE, S., “Limiting the Criminalisation of Human Trafficking: Protection Against Exploitative Labour versus Individual Liberty and Economic Development”, en HAVERKAMP, R., HERLIN-KARNELL, E., LERNSTEDT, C. (Eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Hart, Oxford, 2019, pp. 217 y ss.

(38) WERTHEIMER, A., *Exploitation*, *op. cit.*, p. 271; WALDRON, J., “A Right to Do Wrong”, *Ethics*, Vol. 92, 1981, pp. 21 y ss.

(39) Vid. WERTHEIMER, A., *Exploitation*, *op. cit.*, p. 296; MAYER, R., “What’s Wrong with Exploitation?”, *op. cit.*, pp. 137, 148.

afectado en un incapaz. Es comprensible que se niegue una decisión autónoma a los menores de edad y a las personas con déficits cognitivos y mentales(40). Por el contrario, resulta conveniente una mayor prudencia con las personas adultas. Entre los elementos característicos de los Estados constitucionales modernos se encuentra la atribución de autonomía y autodeterminación a las personas. Desde un punto de vista psicológico, en muchos casos esto resulta dudoso. En la vida real las capacidades de conocimiento y juicio de las personas son a menudo deficientes a causa de sus características personales, de la presión que ejercen determinadas situaciones o de la influencia de emociones intensas. La ficción del hombre que se puede determinar a sí mismo es, sin embargo, una apariencia construida por el ordenamiento jurídico, que en la práctica oculta los inconvenientes psicológicos existentes. Es cuestionable que se deba abandonar esta ficción jurídica cuando personas con una frágil situación social y/o de residencia se embarcan en redes de apoyo que les explotan. Esto significaría dividir a las personas adultas en dos clases: aquellas a las que se les atribuye responsabilidad personal y aquellas a las que, por el contrario, de manera generalizada se diagnostica que no pueden actuar de forma autónoma bajo condiciones adversas. La atribución de incompetencia social (desde el punto de vista psicológico) supone una declaración negativa sobre las personas afectadas, a diferencia de una atribución de competencia social demasiado optimista. En este punto se muestra la ironía de las campañas contra la trata motivadas por la compasión: estas promueven una mirada a los afectados que puede ser arrogante y poco empática. Para aquellos a los que les gustaría mejorar su desastrosa situación económica y social, a través de la única opción de ingresos de que disponen (aun conscientes de que otros se van a beneficiar de ello desproporcionadamente), puede ser denigrante si esto se prohíbe por la mayoría de la población, que vive cómodamente, con la fundamentación de que aquellas personas carecen de autonomía de la voluntad.

Por tanto, habría que diferenciar cuando se determina la finalidad de protección del § 232 StGB. Este prevé supuestos en los que puede estar muy justificada una prohibición dirigida a la protección de la autodeterminación individual: si está presente una de las modalidades del § 232.2 o de los núm. 2 y 3 del § 232.1 StGB o si los afectados son

(40) Sobre el denominado paternalismo «blando» frente a personas con déficits en la toma de decisiones condicionadas por la edad o la salud, *vid.* FEINBERG, J., *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume 3: Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 12 y ss.

menores de edad. Además, en el segundo inciso del § 232.1 StGB se atribuye a los adolescentes de entre 18 y 21 años una capacidad de autodeterminación muy limitada en situaciones vitales difíciles. Una fundamentación objetiva de esta decisión no se encuentra en los trabajos preparatorios de la ley(41). La regulación alemana aquí no resulta convincente y no es coherente si se atiende a otras reglas previstas en el código penal(42), aunque en última instancia se puede admitir, porque no hay un criterio uniforme para la atribución de responsabilidad personal. Sin embargo, más allá de esto, la referencia a la «ausencia de autonomía de la voluntad» no es adecuada para justificar las prohibiciones de una gama más amplia de conductas que también se describen como «trata de personas» en el ordenamiento internacional y en el núm. 1 del § 232.1 StGB (43).

3. Los intereses colectivos

En la literatura científico-penal se desatiende otra posible fundamentación que podría justificar la penalización de las actividades comprendidas en el mencionado núm. 1 del § 232.1 StGB. La migración a gran escala por motivos económicos y las relaciones de explotación que origina colisionan con los intereses colectivos de la población local. Una preocupación manifiesta es que se infrinja la regulación laboral, especialmente la relativa al salario mínimo, si se consolida un mercado laboral demandado con asiduidad para relaciones de trabajo irregulares. Teniendo en cuenta esto, la siguiente cuestión a debatir sería si con este razonamiento se podrían justificar prohibiciones en el código penal, porque ya hay en este sentido normas y prohibiciones en el Derecho penal accesorio amenazadas con multa(44) y, ante todo, si se podrían mejorar los controles administrativos(45). Incluso si se cae en la cuenta de que supervisar a las pequeñas empresas y a los hogares es una tarea complicada (y

(41) Vid. Recomendación e Informe de la Comisión de Justicia y Protección de los Consumidores (6.^a Comisión) del *Bundestag* sobre el proyecto de ley del Gobierno Federal para la trasposición de la Directiva 2011/36/UE (*BT-Drs. 18/9095*, p. 26).

(42) Crítica de RENZIKOWSKI, J., “MK/§ 232 *Menschenhandel*”, *op. cit.*, núm. marg. 2.

(43) En este sentido, BERGELSON, V., “Vulnerability, Exploitation and Choice”, en HAVERKAMP, R., HERLIN-KARNELL, E., LERNSTEDT, C. (Eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Hart, Oxford, 2019, pp. 193 y ss.

(44) Sobre las disposiciones relevantes de la legislación laboral, *vid. BT-Drs. 18/9095*, p. 19.

(45) VAN KEMPEN, P. H., LESTRADE, S., “Limiting the Criminalisation of Human Trafficking”, *op. cit.*, pp. 217 y ss.

altamente invasiva)(46), es discutible que las normas del Derecho penal nuclear con una pena inferior elevada sean un medio proporcional(47).

Desde un punto de vista colectivo puede despertar preocupación, sobre todo, un subgrupo de migrantes ilegales y de redes de apoyo: aquellos que no se pueden integrar ni en el mercado laboral regular ni en mercados de trabajo «grises» (con la expresión mercados de trabajo «grises» me refiero a aquellos en los que la normativa laboral se ignora, pero en los que las prestaciones de servicios y los productos, por lo demás, no son ilegales o, a todas luces, dañosos para la sociedad). Las circunstancias que provocan situaciones de necesidad personal o económica o indefensión en la estancia (§ 232.1 StGB) son a menudo también las circunstancias que conducen a la falta de capacidad laboral [*Erwerbsunfähigkeit*] y a problemas sociales, como, por ejemplo, un nivel de formación muy bajo, problemas personales graves y trastornos de adaptación. Este subgrupo de migrantes no depende solo de modo transitorio de beneficios sociales o de ingresos ilegales. Por tanto, no sería descabellado justificar las prohibiciones previstas en el § 232.1 StGB, afirmando que los (sub)segmentos problemáticos del complejo hecho migratorio deben reducirse combatiendo las redes de apoyo para los recién llegados que no son capaces de integrarse. Sin embargo, es sencillo de comprender que los juristas se mantengan alejados de tales argumentos y, en su lugar, se refieran de modo general a la «protección de la autodeterminación». La remisión a intereses colectivos para evitar los costes sociales consiguientes puede chocar con la desaprobación moral y, a menudo, las disparidades entre los heterogéneos grupos de migrantes se desdibujan en los debates políticos.

Una parte de la literatura sobre las campañas internacionales contra la trata de seres humanos admite que la lucha contra la trata no puede estar separada del control de la inmigración irregular(48). Otros autores, en cambio, insisten en delimitar cuidadosamente la trata de

(46) EFRAT, A., “Global Efforts against Human Trafficking: The Misguided Conflation of Sex, Labor, and Organ Trafficking”, *International Studies Perspectives*, Vol. 17, 2016, pp. 34, 48.

(47) En el procedimiento legislativo para la nueva redacción del § 232 StGB se señaló que, en el elemento del tipo «ánimo de lucro despiadado» (*rücksichtsloses Gewinnstreben*), se debería evitar la subsunción de conductas como la contratación de cuidadores de Europa del Este a cambio de un salario muy bajo para la asistencia domiciliar de familiares (*BT-Drs. 18/9095*, p. 18).

(48) WILSON, M., O'BRIEN, E., “Constructing the Ideal Victim in the United States of America’s Annual Trafficking in Persons Reports”, *op. cit.*, pp. 29, 42; FITZGERALD, S. A., “Vulnerable Bodies, Vulnerable Borders: Extraterritoriality and Human Trafficking”, *Feminist Legal Studies*, Vol. 20, 2012, pp. 227 y ss.

seres humanos del control de la migración, como en la siguiente opinión: «hacer de los derechos humanos el centro de la reflexión sobre la trata evita que nos desvíen los argumentos resbaladizos de aquellos que preferirían que se abordara como una sencilla cuestión de migración, de orden público o de crimen organizado»(49).

Si se compara el marco penal del § 232 StGB con los marcos penales de los §§ 232a, 232b, 233 y 180a StGB(50), la tesis de la protección de los intereses colectivos se manifiesta indiscutiblemente en la lucha contra las redes de apoyo a los migrantes. Llama la atención que los marcos penales sean más suaves cuando los autores efectivamente explotan a las víctimas. En cambio, son más severos cuando los autores actúan en el estadio previo a la auténtica explotación. Por ejemplo, quien pone un alojamiento a disposición de una persona que trabaja en el ámbito de la mendicidad organizada o de la prostitución debe contar con penas más elevadas que aquel que ha instruido en el ejercicio de la mendicidad o de la prostitución (§§ 232a párr. 1, 232b párr.1 en relación con el § 232a párr. 5 StGB)(51), o que aquel que cobra los ingresos (§§ 233, 180a StGB). Las penas previstas en la regulación vigente para los auténticos explotadores son extrañamente benignas en comparación con las previstas para los patrocinadores y para las personas que solo apoyan. Estos marcos penales resultarán absurdos en la medida en que dichas prohibiciones se justifiquen por el hecho de que la libertad de los individuos debe ser protegida. La graduación de las penas se debería realizar a la inversa: más severas cuando el autor esté involucrado efectivamente en la explotación y más leves cuando se trate de acciones de preparación y de promoción. Por el contrario, la configuración vigente del marco penal gana cierta lógica si se sitúan en un primer plano los costes derivados para la generalidad. De acuerdo con esta última premisa se tendrían que combatir, en primer lugar, las redes de promoción, pues en tanto multiplicadores posibilitan formas irregulares y socialmente indeseadas de migración.

(49) GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, op. cit., p. 3.

(50) [N. del T.] El § 232a StGB sanciona la prostitución coactiva, el § 232b StGB los trabajos forzosos, el § 233 StGB la explotación laboral y el § 180a StGB la explotación de la prostitución ajena.

(51) A diferencia del § 232 StGB, los §§ 232a y 232b permiten una rebaja de la pena para los casos menos graves.

V. CONCLUSIÓN

Una mirada crítica al movimiento contra la trata de seres humanos debería hacernos tomar conciencia de que los intereses propios de las organizaciones internacionales y de las ONGs juegan un papel muy importante en los propósitos de las populares campañas. Sus aspiraciones, a saber, la introducción de prohibiciones amplias castigadas con penas elevadas, no se deberían aceptar acríticamente. Está extendida la opinión de que las víctimas deben ser protegidas frente a «las más graves lesiones de derechos humanos»(52), lo que representa un punto de vista simplista. La enérgica condena de la trata de seres humanos eclipsa la heterogeneidad de los comportamientos comprendidos en la definición legal. Ciertamente, entre estos comportamientos se encuentran violaciones graves de derechos humanos (núm. 2 y 3 del § 232.1 y 232.2 StGB), pero esta descripción no encaja con una parte de las acciones típicas que se prevén en el núm. 1 del § 232.1 StGB. Ello se debe a que, desde el punto de vista de los afectados, a menudo las prestaciones de apoyo que se criminalizan son deseadas e indispensables. Los activistas en favor de los derechos humanos y los juristas, que por lo común pertenecen a la nueva clase media(53), tienden a negar con demasiada facilidad la capacidad de autodeterminación a personas en situaciones vitales mucho menos confortables. Puede ser más honesto admitir que los fenómenos migratorios heterogéneos y los problemas sociales complejos requieren una regulación legal. Esto incluye el hecho de que puede ser de interés colectivo para la población local combatir las redes, incluso, mediante prohibiciones penales, a fin de reducir las entradas irregulares y la residencia ilegal de personas que no son capaces de integrarse. Se necesitaría examinar con urgencia, siguiendo un análisis diferenciado de los propósitos de protección, las descripciones típicas de los §§ 232 y siguientes StGB y su marco penal. La elevada penalidad de los hechos comprendidos en el núm. 1 del § 232.1 StGB responde a la lógica de «las lesiones más graves de derechos humanos». Si, como apuntamos, en esta última constelación de supuestos solo se tienen en cuenta los intereses colectivos en la ordenación de la inmigración, entonces habría que reducir el marco penal vigente.

(52) Vid. LINDNER, C., *Die Effektivität transnationaler Maßnahmen gegen Menschenhandel in Europa*, op. cit., p. 123.

(53) Vid. RECKWITZ, A., *Die Gesellschaft der Singularitäten: zum Strukturwandel der Moderne*, Suhrkamp, Berlín, 2017, pp. 273 y ss.

