

Trata de seres humanos y delincuencia organizada

Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal

Carolina Villacampa Estiarte

Universitat de Lleida

Abstract

Este trabajo aborda el estudio del tipo cualificado del delito de trata de personas cometido en el seno de organizaciones o asociaciones criminales introducido en el Código penal en la reforma de 2010. Con dicha finalidad, se analizan los mandatos de incriminación de esta forma de comisión del delito de trata en instrumentos normativos internacionales y se coteja la coherencia de la regulación interna española con las obligaciones de tipificación asumidas por el Estado español conforme a dichos instrumentos, analizando críticamente la duplicidad incriminatoria de esta manifestación delictiva en nuestro código penal. El estudio jurídico se completa con el análisis fenomenológico acerca de la relación entre el fenómeno de la trata de seres humanos y el de la delincuencia organizada.

This paper focuses on the qualified human trafficking offence, committed within criminal organizations or associations, introduced into the Spanish Criminal Code by the reform of 2010. To this end, the paper analyses the obligations of criminalization of this type of aggravated form of human trafficking contained in international treaties and assesses whether these obligations are properly reflected in the Spanish domestic legislation. The paper then analyses critically the duplication in the way in which Spanish law criminalises this aggravated type of human trafficking. The juridical study is supplemented by a phenomenological analysis of the relationship between human trafficking and organized crime.

Die vorliegende Arbeit behandelt den Tatbestand des qualifizierten Menschenhandels in kriminellen Organisationen oder Vereinigungen, der durch die Reform von 2010 in das Spanische Strafgesetzbuch eingeführt wurde. Zu diesem Zweck wird die Strafbarkeit dieser besonders schweren Begehungsform des Menschenhandels in internationalen Instrumenten analysiert und die Vereinbarkeit der spanischen nationalen Regelungen mit ihnen kritisch geprüft, gerade im Hinblick auf die doppelte Kriminalisierung dieses Verbrechens in unserem Strafgesetzbuch. Die Betrachtung schließt mit einer phänomenologischen Analyse des Menschenhandels und organisierten Verbrechens.

Title: Human trafficking and organized crime. Connection between the two criminal phenomena and its translation into penal law.

Titel: Menschenhandel und organisierte Kriminalität. Verbindung zwischen den beiden Formen der Kriminalität und ihre Übersetzung in das Strafrecht.

Keywords: human trafficking, criminal organization, criminal association, criminal group.

Palabras clave: trata de seres humanos, organización criminal, asociación criminal, grupo criminal.

Stichwörter: Menschenhandel, kriminelle Organisation, kriminelle Vereinigung, kriminelle Gruppe.

Sumario

1. Introducción

2. La trata de seres humanos como manifestación de la criminalidad organizada en disposiciones normativas supranacionales

3. Fenomenología sobre la trata de seres humanos como manifestación de la criminalidad organizada

3.1 La conexión de trata de seres humanos y delincuencia organizada atendiendo a las

3.2 Los datos existentes acerca de la trata de personas y su conexión con el crimen organizado

4. La regulación jurídico-penal de la trata de seres humanos cometida en el seno de organizaciones o grupos criminales en Derecho español

4.1. La interpretación tradicional de los conceptos de organización y asociación criminal

4.2 El tipo cualificado del art. 177bis.6 CP y su relación con los delitos de pertenencia a organización criminal y grupo criminal

5. Algunas consideraciones conclusivas

6. Bibliografía

1. Introducción

La reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica Código penal incorpora a nuestro Derecho positivo el delito de trata de seres humanos en un título ad hoc –el Título VII bis- ubicado tras los delitos contra la integridad moral. La inclusión de esta tipicidad delictiva halla su justificación en el dictado proveniente de diversas instancias, tanto internacionales como regionales –fundamentalmente la Unión Europea- en el sentido de que los Estados suscribientes –en el caso de convenios internacionales- o los Estados parte –en el supuesto de normativa comunitaria- debe considerar como conducta con relevancia penal –a la que corresponden distintos marcos punitivos según el instrumento de que se trate- los supuestos de trata de seres humanos. Así lo venían exigiendo, en el marco de Naciones Unidas, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 –conocido como Protocolo de Palermo-. En el ámbito regional europeo, vinculaban en este sentido al Estado español tanto el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 –también conocido como Convenio de Varsovia-, desde que entrara en vigor en nuestro país en agosto de 2009, cuanto con carácter anterior la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI)¹, que ha sido recientemente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la

¹ DOUE L 203, de 1.8.2002.

prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas².

El tratamiento unificado de dos fenómenos distintos –aunque relacionados– como la trata de seres humanos y las migraciones ilegales característico de nuestra legislación penal conforme a la versión del art. 318 bis CP anterior a la reforma de 2010 no se compadecía con el tratamiento que a nivel internacional se otorgaba a ambas realidades, ni esencialmente con el abordaje holístico o victimocéntrico que se predica debe abordarse de la trata en los últimos documentos internacionales aprobados sobre esta cuestión. La conciencia acerca de lo inadecuado de la regulación unitaria de ambos fenómenos se reflejaba en la exposición de motivos de la LO 5/2010, cuando indicaba “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el art. 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos”.

Separada la regulación penal de ambas cuestiones, el nuevo delito de trata de personas incorporado al art. 177 bis CP se estructura en un tipo básico, que parte de un marco punitivo elevado –de cinco a ocho años de prisión– sucesivamente agravado en diversos niveles de cualificación. El más elevado, el correspondiente a las agravaciones que podrían denominarse de tercer nivel, es el contemplado en el art. 177 bis.6 CP, en los supuestos de delincuencia organizada. En virtud de este tipo cualificado se impone la pena de prisión de ocho años y un día a doce años, a la que se añade la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. En caso de que concurra alguna de las circunstancias previstas en el núm. 4 del art. 177 bis CP, dispone el precepto que “se impondrán las penas en la mitad superior”, aunque sin indicar si se refiere a las penas previstas en el núm. 4 o las previstas en el núm. 6. Pese a lo oscuro de la redacción, resulta adecuado interpretar que se trata de las penas previstas en el núm. 6, pues de otro modo no podríamos aplicar para este tipo agravado la pena privativa de derechos, ello pese a que con dicha interpretación se evita poder aplicar la hiperagravación contenida en el núm. 4 del precepto cuando concurra más de una de las circunstancias agravantes allí previstas. Continúa diciendo el art. 177 bis.6 CP que en caso de concurrir la circunstancia prevista en el art. 177 bis.5 CP se impondrán las “penas señaladas en éste en su mitad superior”, aclarando el legislador que el marco punitivo que toma como referencia es el del tipo agravado del núm. 5 y no el del núm. 6 del artículo, quizá porque ha preferido alzaprimar la imposición de la pena de inhabilitación absoluta prevista en el art. 177bis5, frente a la pena de inhabilitación profesional que contempla el primer inciso del art. 177 bis 6. CP. Con la aplicación de dicha agravación, además de la pena de inhabilitación absoluta, la pena de prisión se moverá en un marco punitivo de diez años y un día a doce años, o de

² Vid. texto de esta norma en DOUE L 101, de 15.4.2011.

once años y un día a doce años si además concurren las agravaciones del primer nivel.

Las posibilidades de agravación previstas en el Código para este tercer nivel no terminan ahí, puesto que se prevé una ulterior vuelta de tuerca en la exasperación punitiva, cuando los autores o partícipes sean los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones, esto es, personas que formal o materialmente tengan mando en el seno de la organización. En tales casos, las penas pueden escalar a las ya mencionadas en el párrafo anterior en su mitad superior, según los casos, pudiendo llegar a la pena superior en grado, esto es, a una pena de dieciocho años de prisión más la correspondiente inhabilitación. La imposición de la pena superior en grado es preceptiva en caso de que concurren las agravantes de primero y segundo nivel, esto es, las circunstancias contempladas en los núms. 4 y 5 del artículo. Dicha estratificación en la respuesta punitiva es equivalente a la observada en otros tipos de la parte especial que prevén agravaciones específicas de realización de las conductas en el marco de las organizaciones delictivas, así las establecidas tanto en el tradicional delito de asociación ilícita como en el nuevo delito contemplado en el art. 570 bis CP, y es acorde con la estructura jerarquizada, más o menos formalizada, inherente a las organizaciones criminales. No obstante, más allá de agravar la responsabilidad equivalente a quienes tienen capacidad directiva en dichas organizaciones, no resuelve los problemas de imputación que plantea la ejecución material de las conductas delictivas por sujetos más o menos fungibles que se hallan en la base de la pirámide a quienes están en el vértice de la misma, y que, como se ha venido defendiendo hasta el momento, bien se articulan sobre la base de la inducción conforme a las concepciones más tradicionales³, bien sobre la de la coautoría⁴ o la autoría mediata⁵ de querer que dichos directivos tengan también la consideración dogmática de autores.

En suma, resulta razonable que el legislador que 2010 haya previsto la referida agravación relativa a la realización del delito de trata de seres humanos en el marco de la delincuencia organizada, puesto que, como veremos, tal mandato se deduce de los compromisos internacionales que nos vinculan, además de que la realidad criminológica subyacente nos informa acerca de la estrecha relación existente entre la criminalidad organizada y la trata de personas. Nada que objetar, pues, a la previsión de un tipo delictivo que cualifique la

³ Ampliamente acerca de estas distintas opciones y de las objeciones formulables a todas ellas, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, 2005, pp. 157 y ss., en que parece optar por su consideración como inductores; vid. también sobre tal cuestión, CHOCLÁN MONTALVO, "La criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, pp. 262 y ss.

⁴ Siguiendo a JESCHECK, se ha mostrado en nuestro país partidario de dicha opción MUÑOZ CONDE. Una argumentación completa de la defensa de dicha concepción frente a la conocida construcción roxiniana del autor detrás del autor puede verse en MUÑOZ CONDE, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, pp. 151 y ss.

⁵ Conforme a la conocida construcción de ROXIN del autor detrás del autor, más pensada para delitos cometidos por aparatos organizados de poder. Una defensa relativamente reciente de la misma por parte de su propio creador puede verse en ROXIN, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, pp. 191 y ss.

comisión del delito de trata de seres humanos cuando el sujeto activo se halla integrado en una estructura organizada. Más discutible resulta, como también veremos, tanto la técnica empleada para la incriminación de tal supuesto de trata cualificado, cuanto la gravedad punitiva al mismo inherente.

2. La trata de seres humanos como manifestación de la criminalidad organizada en disposiciones normativas supranacionales

Como se indicaba en la introducción, la previsión de un supuesto cualificado por pertenencia a organización o asociación delictiva del sujeto activo del delito de trata de seres humanos, incluso la exasperación punitiva en los casos en que el autor desempeñe el papel de administrador, jefe o encargado de dichas organizaciones o asociaciones, resulta adecuada atendiendo a los mandatos de incriminación que vinculan a España en lo que a este delito se refiere.

Que la criminalidad organizada y la trata de seres humanos constituyen dos realidades criminológicas que a menudo se consideran relacionadas se patentiza ya en el hecho de que justamente el considerado instrumento internacional contemporáneo por excelencia en la lucha contra este fenómeno delictivo, el Protocolo de Palermo, constituye un protocolo complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional. En relación con esta Convención, la Asamblea General de Naciones Unidas ha aprobado tres sucesivos protocolos en los que se regulan las disposiciones que deben adoptar los Estados parte en relación con tres concretas manifestaciones del crimen organizado. El primero de ellos viene constituido por el ya mencionado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que se aprobó junto con la Convención de 2000⁶. Lo mismo sucedió con el segundo de éstos, el Protocolo para reprimir el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Finalmente, el Protocolo contra la fabricación y el tráfico y la trata de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, fue aprobado en una ulterior resolución de la Asamblea General como tercera de las manifestaciones de la delincuencia organizada que se regulaba específicamente⁷.

En concreta relación con el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y las obligaciones de incriminación que contempla para el binomio trata de seres humanos-crimen organizado, debe comenzarse por indicar que el referido instrumento establece que los delitos tipificados conforme al mismo se consideran delitos tipificados con arreglo a la Convención⁸. Esto es, se aplica a delitos de carácter transnacional y que entrañen la participación de un grupo delictivo

⁶ Vid. A/RES/55/25, de 15 de noviembre de 2000.

⁷ Mediante Resolución de la Asamblea General 55/255 de 31 de mayo de 2001.

⁸ Conforme dispone el art. 1.3 Protocolo de Palermo.

organizado⁹. De ahí que el mandato de incriminación del delito de trata de personas contenido en el art. 5 del Protocolo de Palermo se circunscribe a la trata de personas que sea manifestación de la delincuencia organizada¹⁰.

En lo que al ámbito regional europeo se refiere, también en el Convenio de Varsovia se contienen mandatos de incriminación específica para el delito de trata de seres humanos que vinculan a nuestro Estado que, a diferencia de lo que sucedía en el Protocolo de Palermo, no se limitan únicamente a prever la incriminación de la comisión de dicho delito en el ámbito de una organización delictiva, contemplando su comisión en tales condiciones como un tipo cualificado. Así, en el art. 23 Convenio de Varsovia se dispone que la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las conductas delictivas contempladas en los arts. 18 a 21 del mismo instrumento normativo¹¹ deben consistir en penas privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición cuando se trate de la trata de seres humanos propiamente dicha¹². En el art. 24 del Convenio se contempla entre las circunstancias agravantes a tener en cuenta en la determinación de la pena imponible a las sanciones contempladas en el art. 18, pero sin indicar un grado agravatorio concreto, el que la infracción haya sido cometida en el marco de una organización delictiva¹³.

⁹ Dispone el art. 3.1 Convención referido al ámbito de aplicación de la misma "1. A menos que tenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de: a) los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y b) los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención; cuando estos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado".

¹⁰ Dispone el art. 5 Protocolo de Palermo (Penalización) "1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionadamente. 2 Cada Estado parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: a) con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; b) la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y c) la organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo".

¹¹ El art. 18 del Convenio de Varsovia se refiere a la tipificación de la trata de seres humanos propiamente dicha -tal como viene caracterizada por el art. 4 del mismo texto-; el art. 19 del mismo se refiere a la tipificación de la utilización de los servicios de las víctimas de la trata de seres humanos. Finalmente, el art. 20 Convenio Varsovia indica la tipificación de las acciones relativas a los documentos de viaje o identidad, y finalmente el art. 21 demanda la incriminación de la complicidad así como de la tentativa a las conductas contempladas en los arts. 18 a 20 Convenio.

¹² Concretamente, dispone el art. 23.1 Convenio Varsovia "Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para que los delitos tipificados en aplicación de los artículos 18 y 21 den lugar a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Estas sanciones incluirán, para las infracciones tipificadas con arreglo al artículo 18, cuando sean cometidas por personas físicas, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición". Según se indica en el propio COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings*, (accesible en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/197.htm>, última visita 20-07-2011), p. 37, las penas privativas de libertad que pueden dar lugar a extradición son aquellas que suponen la privación de libertad por un periodo máximo de al menos un año o penas privativas de libertad de mayor duración.

¹³ Dispone el art. 24 Convenio Varsovia (circunstancias agravantes) "Las partes adoptarán las medidas necesarias para que las circunstancias siguientes se consideren como circunstancias agravantes en la determinación de la sanción aplicada a las infracciones tipificadas con arreglo al artículo 18 del presente Convenio: a) la infracción ha puesto en peligro a la víctima, deliberadamente o por negligencia grave; b) la

Finalmente, en el ámbito comunitario a la relación de la trata de seres humanos con la delincuencia organizada, que ha tenido su reflejo en el diseño de políticas comunitarias en la lucha contra este fenómeno criminal¹⁴, le ha correspondido el conveniente reflejo normativo en aquellas disposiciones comunitarias que sucesivamente han establecido las obligaciones de incriminación para los Estados parte, en forma de necesaria previsión de agravaciones punitivas. En tal sentido, el mismo se observa en la Decisión Marco 2002/629/JAI, y posteriormente en la norma que recientemente la ha sustituido, salvo en el Reino Unido y Dinamarca, la Directiva 2011/36/UE. En tal sentido, la DM 2002/629/JAI disponía, en su art. 3.1, que tanto el delito de trata de seres humanos consumado cuanto la inducción, complicidad y tentativa al mismo fuesen punidos con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, que pudieran ser causa de extradición. Tales sanciones, únicamente en los supuestos de trata de seres humanos consumada y cometida en concepto de autor, debían alcanzar una pena máxima no inferior a ocho años de privación de libertad cuando se cometiesen en el marco de una organización delictiva, entendiéndose que ésta se conceptuaba al modo en que lo hacía la Acción Común 98/733/JAI con independencia del nivel de la pena que en la misma se contemplaba¹⁵. Por su parte, la Directiva 2011/36/UE, que ha elevado sustancialmente los umbrales punitivos mínimos contemplados en la Decisión Marco 2002/629/JAI, contempla la previsión de un marco penal de al menos cinco años de prisión para los supuestos integrantes del tipo básico del delito, integrando los supuestos de comisión de la trata de seres humanos en el marco de una organización delictiva uno de los tipos agravados que contempla el art. 4.2 Directiva 2011/36/UE, y que debe ser punido con pena privativa de libertad máxima de al menos diez años¹⁶.

infracción ha sido cometida contra un niño; c) La infracción ha sido cometida por un agente público en el ejercicio de sus funciones. d) La infracción ha sido cometida dentro del marco de una organización delictiva”.

¹⁴ Sin ir más lejos, en el Programa de Estocolmo -vigente para el período 2010-2014- las medidas a adoptar por la Unión Europea conforme al plan de acción se contemplan entre aquéllas que debe adoptar la Unión para luchar contra la delincuencia grave y la delincuencia organizada. Vid. Programa de Estocolmo, DOUE C 115, de 04.05.2010, pp. 21 y ss.

¹⁵ Dispone el art. 3.2 DM 2002/629/JAI “Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar la punibilidad de las infracciones indicadas en el artículo 1 con penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se cometan en cualesquiera de las siguientes circunstancias:

- a) que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima
- b) que se cometan contra una víctima que sea particularmente vulnerable. Se considerará que una víctima es particularmente vulnerable al menos cuando la víctima esté por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o a ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) Que se cometan mediante violencia grave o hayan causado a la víctima daños particularmente graves.
- d) Que se cometan en el marco de una organización delictiva como se define en la Acción común 98/733/JAI con independencia del nivel de la pena que en la misma se contempla”

¹⁶ Dispone el art. 4 Directiva 2011/36/UE (Penas) “1. Los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años. 2 Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años cuando la infracción: a) se cometió contra una víctima particularmente vulnerable, la cual, en el contexto de la presente Directiva, incluirá como mínimo a los menores; b) se cometió en el marco de una organización

3. Fenomenología sobre la trata de seres humanos como manifestación de la criminalidad organizada

3.1 La conexión de trata de seres humanos y delincuencia organizada atendiendo a las razones que explican la aparición de esta nueva forma de esclavitud

Los mandatos de incriminación -cualificada en ocasiones- de los supuestos de trata de personas cometidos por quien pertenece o dirige alguna organización internacional que se han expuesto constituyen el reflejo normativo de una realidad criminológica -más o menos supuesta- en virtud de la cual se ha sentado la premisa de que la trata de seres humanos representa una actividad criminal realizada transnacionalmente por organizaciones delictivas de cierta envergadura.

Sin embargo, como veremos, conforme más se va avanzando en la investigación empírica sobre la trata de seres humanos, más se concluye que no todo supuesto de trata implica ni un gran despliegue de medios ni supone la operación de una gran organización, lo que la ligaría irremisiblemente a los supuestos de criminalidad organizada. En supuestos como la trata de personas para explotación en servidumbre doméstica, por ejemplo, no resulta poco habitual que sea el mismo empleador, quien después va a explotar a la víctima, el encargado o encargada de tratar primero con ésta. Con todo, atender a las razones que explican la producción del fenómeno de la trata de personas ayuda a entender cómo la relación entre trata y criminalidad organizada se halla generalizada. Pese a la complejidad del fenómeno de la trata de seres humanos, y a que las raíces del problema se han venido explicando de forma común mediante la apelación a un conjunto de push-pull factors que convergen para explicar los actuales flujos migratorios¹⁷, BALES ha intentado sintetizar los motivos que entran en juego para explicar la magnificación de este fenómeno. Éstos no son otros, a juicio de este autor, que la explosión demográfica producida tras la segunda guerra mundial, a la que se añade el empobrecimiento de un importante porcentaje de la

delictiva a tenor de lo dispuesto en la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada; c) puso en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima, o d) se cometió empleando violencia grave o causó a la víctima daños particularmente graves. 3 Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se considere circunstancia agravante el hecho de que alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 2 haya sido cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. 4 Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 3 sean castigadas con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan dar lugar a entrega.

¹⁷ Acerca de dicha articulación de los factores vid., entre otros, ZHANG, *Smuggling and Trafficking in Human Beings. All roads lead to America*, 2007, pp. 11 y ss.; SCARPA, *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, 2008, pp. 12 y ss.; KARA, *Sex trafficking. Inside de Business of Modern Slavery*, 2009, 23 y ss.; ARONOWITZ, *Human Trafficking, Human Misery. The Global Trade in Human Beings*, 2009, pp. 7 y ss.; NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, 2007, (pdf. accesible en www.unodc.org, última visita 18-07-2011), p. xviii; PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, 2008, pp. 52 y ss.; MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, 2001, pp. 13 y ss.; SERRA CRISTÓBAL, en SERRA CRISTÓBAL/LLORIA GARCIA, *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, 2007, pp. 30 y ss; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, 2011, pp. 90 y ss.

población global, producido gracias a la generalización del modelo económico capitalista¹⁸. Al respecto, dado que la trata de personas, pese a las diferencias existentes con las migraciones ilegales, constituye un fenómeno ligado con ellas, las razones que explican las migraciones internacionales contribuyen, sin duda, a explicar esta realidad. Generalmente la trata supone que se está en disposición de hallar personas en situación de ser explotadas en zonas deprimidas en origen que acostumbran a ser trasladadas geográficamente al lugar en que la explotación va a acontecer.

Esto es, aunque la trata internacional no sea la única posible manifestación del fenómeno, una gran parte de supuestos de trata no escapan a la lógica explicativa de los grandes flujos migratorios.

Entre las razones que explican el tránsito internacional de personas, la globalización económica se sitúa como uno de los principales factores explicativos. Ello no solamente porque ésta implique la generalización de un determinado modelo económico, lo que en sí mismo no representa algo bueno o malo, sino porque ésta ha representado la exportación a nivel global de un modelo económico que ha resultado dañino¹⁹. Demostrada la incapacidad para sobrevivir del sistema económico socialista, tras la caída del telón de acero y con la conversión de estas economías también al capitalismo, el único modelo que ha quedado en pie ha sido el capitalista, y ese ha sido el globalizado. La ideología de base de la globalización ha sido la que la ha convertido en dañina, pues se ha articulado sobre la base del modelo neoliberal. A éste resulta intrínseco el empequeñecimiento paulatino del Estado hasta su práctica desaparición, con la consiguiente mengua del Estado social, que postula la dictadura del capital y que desconoce todo lo que no sea el señorío de las leyes del mercado. Dicho modelo ha traído consigo el paulatino empobrecimiento del tercer mundo, preso de su deuda, obligado a seguir un patrón capitalista partiendo de unos niveles de endeudamiento exterior insuperables, aumentándose así la brecha entre los países pobres y los países ricos.

La referida globalización producida desde arriba ha supuesto un aumento de las desigualdades existentes entre el norte y el sur²⁰. Pero además ha implicado también la desaparición del modelo westfaliano de Estado²¹, ha socavado los principios sobre los que se asentaba la soberanía estatal territorial, que han pasado a ser patrimonio de los agentes de la economía mundial, dando lugar al nacimiento de un Estado que se mueve según una lógica actuarial²². El estado actúa así bajo los principios de una óptica gerencialista que

¹⁸ Vid., BALES, *La nueva esclavitud en la economía global* (trad. Borrajo Castanedo), 2000, pp. 13 y ss.

¹⁹ Vid, acerca de este proceso y de la ideología que le ha servido de base, FALK, *La globalización depredadora. Una crítica*, (trad. Bevia/Resines), 2002, pp. 15-91; FARIÑAS DULCE, *Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos*, 2000, pp. 5-30; ELLWOOD, *Globalización* (trad. Veskovic Kresic), 2006, pp. 17 y ss.; RITZER, *La globalización de la Nada*, (trad. Sautié), 2006, pp. 125-162; GEORGE, "¿Globalización de los derechos?", (trad. Recassens Pons), en GIBNEY (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, 2003, pp. 23 y ss.

²⁰ Frente a ella, se alzan ya voces cualificadas que claman por la necesidad de producción de una globalización desde abajo, desde la sociedad civil, de la que surgiera una auténtica sociedad civil global, vid. FALK, *La globalización depredadora. Una crítica*, 2002, pp. 135 y ss.; FARIÑAS DULCE, *Globalización, ciudadanía y Derechos humanos*, 2000, pp. 34 y ss.

²¹ Vid. FALK, *La globalización depredadora. Una crítica*, 2002, pp. 50 y ss.

²² Al respecto, BRANDÁRIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, 2007, pp. 80 y ss.

supone la adopción de una cierta ideología neoliberal en la forma de afrontar los problemas de la criminalidad, decidiendo la exclusión de determinados grupos sociales que resultan peligrosos, entre ellos los inmigrantes, con la consiguiente implementación de políticas migratorias restrictivas. El Estado se ha plegado al modelo globalizador operado desde arriba. Los principios político-criminales del proceso globalizador han convergido en la desregulación –identificada con la inhibición de la gerencia estatal– de todo aquello que pueda entorpecer el funcionamiento del mercado, intensificándose la intervención punitiva al servicio del orden público existente²³.

Además de las referidas características de la política-criminal propia de la globalización, otro de los elementos que contribuye a singularizar la relación entre Derecho penal y globalización viene determinado por la globalización del crimen²⁴. Dicho proceso se identifica con la aparición de manifestaciones criminales de alcance transnacional. La delincuencia propia de la globalización es aquella que trasciende a las fronteras de un solo Estado, que esencialmente se endereza a la búsqueda de rendimiento económico y que requiere de la adopción de estrategias complejas, que pueden articularse mediante el empleo de estructuras organizadas. De ahí, entre otras razones, que dichas características se hayan predicado habitualmente de los ofensores en la mayor parte de supuestos de trata de personas²⁵.

En el marco de la referida globalización, entre los factores que se han singularizado como aquellos que más inmediatamente han determinado la entrada de las organizaciones criminales en este sector de la actividad se han identificado fundamentalmente tres²⁶. De una lado, la evidencia de lo elevado de las ganancias. De otro, el hecho de que la complejidad del fenómeno migratorio reclame que la actividad sea asumida por grupos organizados integrados por personas que desempeñen distintos papeles en las distintas

²³ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, "El Derecho penal de la globalización. Luces y Sombras", en CAPELLA HERNÁNDEZ (coord.), *Transformaciones del Derecho Penal en la Mundialización, Cuadernos CGPJ*, 1999, pp. 204 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, "Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera", en LAURENZO COPELLO, *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, 2002, pp. 376-379; TERRADILLOS BASOCO, "Sistema penal e inmigración", en PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, 2004, p. 1465-1467.

²⁴ Vid. TERRADILLOS BASOCO, en CAPELLA, *Transformaciones del Derecho penal en la mundialización, Cuadernos CGPJ*, 1999, p. 187.

²⁵ La relación entre la delincuencia organizada y tanto la trata de personas cuanto las migraciones clandestinas constituye una constante en todos los estudios monográficos sobre cualquiera de los dos delitos. Como muestra, vid. GÓMEZ NAVAJAS, "Inmigración ilegal y delincuencia organizada", en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, 2007, pp. 387 y ss. Acerca del delito de trata de personas como un delito situado en la encrucijada entre la delincuencia internacional y transnacional, vid. OBOKATA, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a holistic approach*, 2006, pp. 165 y ss. La referencia tanto a la criminalidad organizada como a la transnacionalidad en relación con la trata de personas para explotación sexual se expresa en MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, 2001, pp. 19 y ss. y en relación con el tráfico de personas en general, PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, 2004, pp. 12 y ss. Más recientemente, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales", en PUENTE ABA (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, 2008, pp. 259 y ss.

²⁶ Ampliamente sobre estos tres vértices del triángulo de la trata como manifestación del crimen organizado, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en PUENTE ABA (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, 2008, pp. 277 y ss.

fases del proceso. Finalmente, el bajo riesgo de persecución penal percibido por los tratantes.

3.2 Los datos existentes acerca de la trata de personas y su conexión con el crimen organizado

En el contexto de la globalización económica capitalista, que aumenta la brecha entre países pobres y ricos, que expulsa de la legalidad a los periféricos y en el que aparecen nuevas oportunidades surgidas del mercado global es donde debe situarse el punto de partida que explica el florecimiento de la trata como manifestación de la delincuencia organizada. Desde la óptica de las leyes de funcionamiento del mercado, de la lógica de la oferta y la demanda, el de la trata de seres humanos parece constituir un negocio lucrativo, en el que al incremento de gente esclavizable, esto es, de oferta –con la consiguiente reducción del coste de adquisición-, se añade el aumento de la demanda de servicios de todo tipo prestados por esta clase de prestadores en los países avanzados. Si al previsible alto rendimiento económico le sumamos la práctica ausencia de riesgo percibido que el desempeño de este tipo de actividad ha supuesto al menos hasta el presente, resulta comprensible que las organizaciones criminales se interesen por intervenir en este sector del mercado²⁷. Éstas, en tanto que colectividades movidas por un principio de acción utilitarista, el de la maximalización del beneficio, nutren al mercado occidental de aquellos bienes o servicios que éste demanda, sean cosas o personas, máxime cuando la dificultad en obtener dichos bienes de consumo hace que su precio aumente. De ahí que, buscando dicha maximalización del beneficio las organizaciones criminales puedan, bien pasar de una actividad criminal a otra²⁸, bien combinar su dedicación a actividades ilegales con la enderezada al desempeño de actividades legales, aprovechando dicha legalidad para garantizar el aprovechamiento de las ganancias obtenidas con la actividad ilegal²⁹.

Pese a tal constatación, que podría conducirnos a sostener la fácil conclusión de que la delincuencia organizada dedicada a la trata de personas ha venido incrementándose, debe indicarse que la obtención de datos en lo que a la trata de seres humanos se refiere

²⁷ En tal sentido, EUROPOL, *2005 EU organised crime report*, Brussels, 2005 (pdf. accesible en www.europol.europa.eu, última visita 18-07-2011), p. 16.

²⁸ Acerca de la operatividad de este principio de actuación de las organizaciones criminales y la posibilidad de que, persiguiendo su consecución, los grupos criminales pasen de una actividad criminal a otra, vid. UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants, 2010*, (archivo pdf. accesible en www.unodc.org, última visita 18-07-2011), pp. 33 y ss.

²⁹ Así, en EUROPOL, *2005 EU organised crime report*, Brussels, 2005, op. cit., pp. 29 y ss., se expone cómo las estructuras comerciales legales han sido empleadas por grupos organizados para blanquear dinero, facilitar y cubrir sus actividades ilegales, obstruir las investigaciones criminales, obtener beneficios para financiar sus actividades ilegales o realizar actividades legales pero incumpliendo normativa aplicable en aspectos tales como las regulaciones sobre calidad, seguridad, medioambientales, laborales, etc. En semejantes términos, EUROPOL, *EU organised crime threat Assessment 2006*, The Hague, 2006, (archivo pdf. accesible en www.europol.europa.eu, última visita 18-07-2011), p. 13, en que se diferencian tres posibles formas de interacción de las organizaciones criminales con actividades legales: bien son los propios criminales quienes establecen propiamente tales negocios legales, bien son actividades ya existentes de las que se aprovechan los criminales poniéndose de acuerdo o coaccionando a empleados o encargados de tales actividades, bien finalmente se aprovechan de actividades ya existentes empleando medios como el engaño.

constituye una tarea particularmente compleja. Tanto es así que un sector nada desdeñable de la literatura especializada sobre la materia se ha ocupado específicamente de los problemas con que los investigadores deben enfrentarse para obtener datos acerca de este fenómeno³⁰, sin que la obtención de datos sobre trata realizada por estructuras organizadas haya representado una excepción.

Los mayores problemas en el estudio de la prevalencia, entre otros aspectos empíricos, de la trata de seres humanos han venido constituidos por la escasez de análisis, la ausencia de realismo y la imposibilidad de comparar los datos recopilados sobre trata de seres humanos. Aspectos como la ausencia de estadísticas comparables de datos recopilados por diferentes instancias, lo heterogéneo de la criminalización del delito, las características de la trata –como crimen organizado y generalmente transnacional–, la elevada cifra negra de criminalidad en este delito, la debilidad de la situación legal de las víctimas en la normativa interna de muchos estados –con su consiguiente reticencia a cooperar–, así como la inconsistencia del empleo del concepto de trata de seres humanos en el contexto nacional e internacional han contribuido a generar dicha dificultad. A estos problemas se añaden los derivados de la ausencia de homogeneidad de los datos en los supuestos en que aquéllos son recogidos³¹. La inexistencia de un sistema homogéneo de recopilación de datos ha provocado que distintas instancias, siguiendo distintos mecanismos, trabajen en paralelo, sin que sea posible comparar resultados y aunar esfuerzos. Pese a que se ha tomado consciencia de este problema y comienzan a existir loables esfuerzos de recopilación de datos estadísticos sobre esta realidad, debe indicarse que la ausencia de datos reales ha dado lugar a muchas estimaciones. Las cifras publicitadas hasta la aparición de estudios efectuados sobre la base de metodologías expuestas y contrastadas no pasaban más que de meras aproximaciones de escaso valor práctico, aunque con gran potencial a efectos de incentivar una visión distorsionada, por sobredimensionada, del fenómeno. La sombra de las sobreestimaciones ha alcanzado incluso al *Trafficking in Persons Report* que anualmente publica la Secretaria de Estado Norteamericana desde que lo hiciera por primera vez en

³⁰ Vid. LACKZCO, “Introduction. Data and Research on Human Trafficking”, en LACZKO/GOZDZIAK (eds.), *Data and Research on Human Trafficking: A Global Survey*, 2005, pp. 5 y ss.; TYLDUM/BRUNOVSKIS, “Describing the Unobserved: Methodological Challenges in Empirical Studies on Human Trafficking”, en LACZKO/GOZDZIAK (eds.), *Data and Research on Human Trafficking: A Global Survey*, 2005, pp. 17 y ss.; AROMAA, “Trafficking in Human Beings: Uniform Definitions for Better Measuring and for Effective Counter-Measures”, en SAVONA/STEFANIZZI (eds.), *Measuring Human Trafficking. Complexities and Pitfalls*, 2007, pp. 13 y ss.; KANGASPUNTA, “Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparability of trafficking Data”, en SAVONA/STEFANIZZI (eds.), *Measuring Human Trafficking. Complexities and Pitfalls*, 2007, pp. 27 y ss.; LACZKO, “Enhancing Data Collection and Research on Trafficking in Persons”, en SAVONA/STEFANIZZI (eds.), *Measuring Human Trafficking. Complexities and Pitfalls*, 2007, pp. 37 y ss.; WINTERDYK/REICHEL, “Introduction to Special Issue. Human trafficking: Issues and Perspectives”, en *European Journal of Criminology* 7 (1), pp. 5 y ss.; ZHANG, *Smuggling and Trafficking in Human Beings. All Roads lead to America*, Westport/Connecticut/London, 2007, pp. 14 y ss.; JIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/SUSAJ/REQUENA ESPADA, “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, *RECPC*, (11), 2009, pp. 7 y ss.; DI NICOLA, “Researching into human trafficking: Issues and problems”, en LEE (ed.), *Human trafficking*, 2007, pp. 49 y ss.; WEINER/HALA, *Measuring human trafficking. Lessons from New York City*, Vera Institute of Justice, New York, 2008, (archivo pdf. accesible en <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/224391.pdf>, última visita 25-07-2011) pp. 4 y ss.

³¹ Vid. STEFANIZZI, “Measuring the non Measurable: Towards the Development of Indicators for Measuring Human Trafficking”, en SAVONA/STEFANIZZI (eds.), *Measuring Human Trafficking. Complexities and Pitfalls*, 2007, pp. 46-48.

2001³², sin que hayan escapado tampoco a esta sospecha las estimaciones efectuadas en la relación entre trata de seres humanos y criminalidad organizada, que al decir de algunos podría haberse exacerbado también³³.

Pese a las dificultades para la obtención de datos fiables en relación con la trata de personas, en los últimos años se están implementando una serie de experiencias que han permitido aproximarse de manera global algo más a dicha realidad. Dos son los instrumentos, así como los documentos de ellos derivados, que pueden ser destacados, dado que en ellos se intentan superar las críticas a que se habían venido sometiendo las anteriores experiencias en la recogida de datos. Se trata, de una parte, de la Organización Mundial del Trabajo, que desde 1999 está recopilando datos acerca de las personas asistidas por los programas de lucha contra la trata implementados por la organización –en el denominado “Counter-trafficking Module Database”. De otro, otra iniciativa interesante la constituye la base de datos global en tendencias de la trata de personas establecida en el marco del Programa Global contra la Trata de Personas (GPAT) de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, que recoge de manera sistemática información de distintos países que puede ser comparada. Ambas iniciativas han cristalizado, entre otros, en dos interesantes documentos. En el caso de la OIT, se trata del informe global de seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo publicado en 2005³⁴. Junto a éste, respecto de la UNODC y de la labor de recolección de datos que está desarrollando, cabe destacar el Informe Global sobre trata de personas de 2009³⁵.

Sin embargo ninguno de ambos documentos contiene información relativa al empleo de organizaciones delictivas para la comisión del delito de trata de personas. Las informaciones recogidas en tales documentos hacen referencia a datos como la nacionalidad o el sexo del ofensor, así como a las direcciones de los flujos de la trata³⁶. Pese a ello, Naciones Unidas ha renovado recientemente su interés por el estudio de las relaciones entre el delito de trata de seres humanos y la criminalidad organizada³⁷. Con

³² Sobre esto vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, 2011, pp. 97 y ss.

³³ En tal sentido, SALT, “Trafficking and Human Beings: A European Perspective”, en APPELYARD/SALT (eds.), *Perspectives on Trafficking of Migrants*, 2000, (accesible en www.iom.int, última visita 18-07-2011), p. 43; BRUCKERT/PARENT, *Trafficking in Human Beings and Organized Crime: A Literature Review*, (pdf. accesible en www.rcmp-grc.gc.ca, última visita 18-07-2011), pp. 16-17.

³⁴ Vid. OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia internacional del Trabajo, 93ª reunión, (archivo pdf. accesible en www.ilo.org, última visita 18-07-2011), pp. 5 y ss.

³⁵ Vid. UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Vienna 2009, (archivo pdf. accesible en www.unodc.org, última visita 18-07-2011).

³⁶ Tampoco se contienen informaciones sobre este particular en el informe UNODC, *Trafficking in persons; Analysis on Europe*, Vienna, 2009, (archivo pdf. accesible en www.unodc.org, última visita 18-07-2011), pp. 9 y ss, pese a referirse a los flujos y los modelos de la trata de personas en Europa.

³⁷ Muestra de ello la constituye la reciente iniciativa de Naciones Unidas tendente a averiguar la relación entre trata de personas/migraciones ilegales con el crimen organizado en el marco de la industria pesquera. Con dicha finalidad se ha organizado una reunión de un grupo de expertos en Viena de discusión de la relación entre la delincuencia transnacional organizada y la industria pesquera, en la que se presentó un completo informe sobre el particular. Vid. UNODC, *Transnational organized crime in the fishing industry*, Vienna, 2011, (archivo pdf. accesible en www.unodc.org, última visita 18-07-2011).

motivo de la realización del decimosegundo Congreso sobre Criminalidad de 2010, que se decidió que versara sobre “estrategias comprensivas para retos globales: prevención del delito y sistemas de justicia penal y su evolución en un mundo cambiante”, el grupo de expertos que lo preparaba decidió seleccionar una serie de temas que reflejan preocupaciones relacionadas con la criminalidad a nivel global, entre ellos el relativo a la respuesta global a las migraciones ilegales y a la trata de personas y su relación con la delincuencia organizada transnacional. En este marco, Naciones Unidas encargó la realización de un estudio a la *Ghent University* (Bélgica), que fue el documento en que se basó el grupo de expertos reunido en Viena en diciembre de 2009, para elaborar su informe final en febrero de 2010³⁸.

Sobre los contenidos esenciales del referido estudio volveremos más adelante. Sin embargo, con carácter anterior, cuanto menos a nivel regional europeo, se cuenta con los datos contenidos en los informes de situación sobre delincuencia organizada del Consejo de Europa y especialmente en los informes anuales de la Unión Europea elaborados por Europol, que fundamentalmente contienen informaciones policiales y que se vienen elaborando desde 1993³⁹.

En cuanto a los informes sobre criminalidad organizada elaborados por el Consejo de Europa, cabe destacar la constatación de que la trata de personas se ha convertido en un importante mercado para grupos criminales organizados en diversos países del ámbito del Consejo⁴⁰, que fundamentalmente supone la victimización de mujeres procedentes de la Europa del Este, aunque el número de niños victimizados no resulta para nada desdeñable⁴¹. Constituye una localización álgida de este tipo de conductas la zona sur-este de Europa, pues es en ella donde operan las organizaciones criminales más activas en este ámbito –organizaciones albanas, albano-kosovares, serbias y macedonias-, convenientemente alentadas por el conflicto armado en especial en Kosovo y por la corrupción policial y funcional⁴². Sin embargo, en el informe de 2005 se indica como es justamente en esa región donde la trata de personas parece estar disminuyendo, o al menos es menos visible, mientras en otras zonas parece estar incrementando⁴³.

³⁸ Vid. UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, 2010, pp. 29 y ss.

³⁹ En el caso de los informes de la Unión Europea, originariamente éstos se denominaban Informes europeos sobre delincuencia organizada. Sin embargo, tras 2006 estos informes pasan a denominarse *EU Organised Crime Threat Assessment* (OCTA), cambio de denominación –derivado del programa de la Haya– como consecuencia de la diversa orientación de los mismos, que si bien originariamente eran descriptivos, se pretende a partir de dicho momento que enfatizen cuestiones relativas a la valoración cualitativa de este fenómeno.

⁴⁰ Se refieren fundamentalmente los informes a Albania, Bélgica, Bulgaria, Croacia, República Checa, Finlandia, Alemania, Italia, Latvia, Lituania, Moldavia, Noruega, Rumania, Eslovaquia, Suiza y Macedonia. Vid. COUNCIL OF EUROPE, *Organised crime situation report 2004*, 2004, (pdf. accesible en www.coe.int, última visita 18-07-2011), p. 24.

⁴¹ Vid. COUNCIL OF EUROPE, *Organised crime situation report 2004*, 2004, p. 25, indica que en algunos países del sur-este europeo representan el 50% de las víctimas.

⁴² Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Organised crime situation report 2004*, 2004, p. 24.

⁴³ Vid. COUNCIL OF EUROPE, *Organised crime situation report 2005*, 2005 (pdf. accesible en www.coe.int, última visita 18-07-2011), pp. 34-35. Así, se constata un aumento de los supuestos de trata de seres humanos en los Países Bajos, Suecia o Alemania. Mientras la disminución de supuestos de trata en países

La idea que se apunta en el segundo de los informes referido del Consejo de Europa en relación con que el número de casos de trata está decreciendo en países del sur-este europeo no parece confirmarse en los informes de Europol. Son los informes más recientes emitidos por la policía europea los que zonifican Europa en función de la operativa de las organizaciones criminales; sin embargo, ya en los primeros informes sobre delincuencia organizada elaborados por esta agencia se destaca, cuanto menos, que las organizaciones criminales conformadas por nacionales de algunos países de la Europa del sur-este son justamente las más activas en el campo de la trata de seres humanos. En tal sentido, los principales grupos de delincuencia organizada que se identificaban en los primeros informes del actual milenio destacados por el protagonismo que entre sus actividades tenía la trata de seres humanos eran los integrados por nacionales de países del sur-este europeo. Así, los grupos albanos, en clara expansión, pasando de desempeñar un papel de meros facilitadores para otros grupos hasta alcanzar el control completo de la trata de personas en ciertas regiones, caracterizados por su jerarquía, disciplina y basamento en la pertenencia exclusiva al grupo⁴⁴. Junto a ellos, tanto los grupos rumanos como los búlgaros se han dedicado, entre otras actividades delictivas, a la trata de mujeres para explotación sexual⁴⁵. Los grupos Kurdos y turcos, pese a no haberse dedicado a esta actividad con carácter preferente, sí lo han hecho de forma más colateral⁴⁶, así como también los lituanos⁴⁷. Entre los no conformados por nacionales de países Europeos, los más activos en este ámbito de la criminalidad han sido los grupos nigerianos⁴⁸, caracterizados por introducir fraudulentamente mujeres explotadas en el negocio de la prostitución que son sometidas a situaciones de presión extrema, así como los grupos de delincuencia organizada paquistaníes, indios⁴⁹ y, especialmente chinos⁵⁰, facilitadores de inmigración ilegal de trabajadores a países europeos que son mantenidos en los países de destino en situaciones de explotación. Además de ello, consta ya en estos primeros informes cómo entre los países de origen más importantes, al menos de víctimas de la trata para explotación sexual, se hallan algunos de los que conforman la zona sur- este de Europa (Bulgaria, Rumanía y

de la Europa del sur-este europeo, que el informe extrae de un previo informe elaborado por Unicef, se confirma con las informaciones remitidas por los respectivos países en los casos de Albania, Bosnia y Herzegovina, Serbia, Kosovo y Eslovenia.

⁴⁴ Vid. EUROPOL, *Informe de 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*, Bruselas 2004, (pdf. accesible en www.europol.europa.eu, última visita 18-07-2011), p. 9.; EUROPOL, *2005 EU organised crime report*, Brussels, 2005, pp. 5,14, 27, en que además se destacan por ser grupos que emplean la violencia de forma generalizada, tanto para mantener el control dentro del grupo, como para resolver sus disputas con otras organizaciones como finalmente para mantener el control sobre las víctimas.

⁴⁵ EUROPOL, *Informe de 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*, Bruselas 2004, pp. 9-10. Posteriormente, EUROPOL, *2005 EU organised crime report*, Brussels, 2005, pp. 14 y ss., donde se destaca además que los grupos búlgaros se han especializado en la trata de niños, especialmente la relacionada con las adopciones ilegales, y se caracterizan por ser extremadamente violentos con las víctimas mujeres.

⁴⁶ EUROPOL, *Informe de 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*, Bruselas, 2004, p. 10.

⁴⁷ EUROPOL, *Informe de 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*, Bruselas, 2004, p. 8.

⁴⁸ EUROPOL, *Informe de 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*, Bruselas, 2004, p. 11.

⁴⁹ EUROPOL, *Informe de 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*, Bruselas 2004, p. 11.

⁵⁰ EUROPOL, *Informe de 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*, Bruselas, 2004, p. 9, organizados como bandas "cabezas de serpiente" (*Snakehead gangs*). Se trata de organizaciones que operan en una estructura jerárquica, con conexiones tanto en los países de origen, como de tránsito, como finalmente de destino, con la finalidad de asegurar el control de las víctimas. Con dicha finalidad se aseguran de que las familias de las víctimas estén endeudadas en condiciones leoninas, manteniendo siempre el control en los países de origen, aunque la víctima esté ya siendo explotada en destino.

Albania)⁵¹. Se informa acerca de como la mayor parte de perpetradores, además de haberse incrementado el número de mujeres, acostumbran a ser de la misma nacionalidad o de nacionalidades vecinas a la víctima. Los grupos más activos son justamente aquellos que tienen buenos contactos con los países de origen, que o bien son grupos del país o bien tienen estrechas conexiones culturales o históricas con el país del que las víctimas proceden. Atendiendo a que la mayor parte de las víctimas de la trata para explotación sexual proceden de la Federación Rusa, Ucrania, Bulgaria, Rumania, Lituania y Moldavia, la mayor parte de perpetradores acostumbran a tener la nacionalidad de uno de estos países, aunque a menudo se trata de grupos que cooperan estrechamente con los albanos, albano-kosovares, serbios o macedonios.

En cuanto a los tipos de organizaciones criminales existentes en Europa, en los sucesivos informes de Europol se han establecido dos tipos de clasificaciones. La primera de ellas atiende como criterio al que podríamos identificar como el del grado de internacionalización del grupo. Conforme al mismo, los grupos criminales se dividen en cuatro categorías⁵². La primera de ellas la conforman aquellos grupos de base preferentemente territorial; se trata de organizaciones criminales indígenas con actividades transnacionales, especialmente aquellas con posibilidades de proteger su liderazgo dentro de la UE. En segundo lugar, Europol se refiere a los grupos fundamentalmente homogéneos desde un punto de vista étnico pero con liderazgo y una posición de ventaja fuera. En esta segunda clase de organizaciones, las albanas, rumanas y búlgaras son las que se confirma que han mantenido la hegemonía en el mercado de la trata de personas en Europa⁵³. En tercer lugar, se incluyen las redes dinámicas de criminales, cuya estructura organizativa es más difícil de atacar por parte del sistema que sus comunicaciones y finanzas. Finalmente, se incluyen los grupos basados en principios organizativos estrictamente determinados, sin componente étnico, pero con gran presencia internacional. Más que por la pertenencia a una u otra de las categorías, las organizaciones criminales que se consideran más peligrosas son las más difíciles de dismantelar, debido tanto a su dimensión o influencia a nivel internacional cuanto a su nivel de infiltración social y económica⁵⁴. Tanto es así que aquellas organizaciones criminales que interactúan con actividades económicas legales se cuentan entre las más peligrosas, especialmente cuando es la propia organización la que ha establecido la actividad legal. En tales casos, el tipo de actividad legal al que la organización se dedica acostumbra a tener directa conexión con el tipo de delito que constituye la principal actividad de la organización. No es extraño, en lo que a la trata de personas se refiere, que organizaciones de tratantes desarrollen funciones como agencias de viajes, empresas de colocación o de trabajo temporal.

⁵¹ Vid. EUROPOL, *Informe de 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*, Bruselas, 2004, p. 12.

⁵² Vid. EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2006*, The Hague, 2006, pp. 23-24.

⁵³ Vid. EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2006*, The Hague, 2006, p. 8.; EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2008*, The Hague, 2008 (archivo pdf. accesible en www.europol.europa.eu, última visita 18-07-2011), p. 38-39.

⁵⁴ Vid. EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2006*, The Hague, 2006, p. 24. Una cumplida exposición de los indicadores sobre el nivel de amenaza que representan las organizaciones criminales puede hallarse en el texto citado, en pp. 11 y ss.

En relación con la segunda de las clasificaciones pergeñada por Europol, sin desconocer el factor geográfico, se basa fundamentalmente en el tipo de estrategia emprendida por la organización criminal para el desarrollo de sus actividades⁵⁵. Conforme a la misma, se incluyen en primer lugar aquellas organizaciones con capacidad y propósito de empleo sistemático de la violencia contra las sociedades locales tanto para garantizar conformidades como para evitar interferencias. En segundo lugar, aquellas dispuestas a interferir en los procesos judiciales e investigaciones policiales bien corrompiendo a los funcionarios bien incluso empleando la violencia o la intimidación contra éstos. En tercer lugar, se incluyen aquellas organizaciones criminales con aptitud e intención de influenciar el sistema social y económico. Finalmente, se sitúan aquellas organizaciones, que sin poderse integrar en ninguna de las categorías mencionadas, se centran en eludir la atención de las fuerzas del orden. Pese a que el informe de Europol en que se pergeña esta categorización es el último de los emitidos y en él la atención se focaliza más en el tráfico de drogas que en el tráfico de personas, sí puede indicarse que las organizaciones criminales albanas integrarían la primera de las categorías, mientras las organizaciones búlgaras y rumanas se clasificarían en el cuarto de los grupos⁵⁶.

Finalmente, los informes anuales de Europol han procedido a una zonificación del mapa europeo atendiendo a la actividad de las distintas organizaciones criminales operantes en el continente. Al respecto, se han diferenciado cuatro zonas: la zona noreste, la noroeste, la sureste y la suroeste⁵⁷. De estas zonas, aquellas que pueden considerarse más activas en lo que a trata de personas se refiere, en contra de lo que se desprende de los informes del Consejo de Europa, son las regiones de la zona este, especialmente la zona sur-este, aun cuando la zona sur (área geográfica desgajada de la que originariamente constituía la zona sur-este) no se quede atrás. Si bien el centro neurálgico de la zona nor-oeste son los Países Bajos y Bélgica y la actividad está más centrada en la distribución de droga, el de la zona sur lo es Italia, siendo que en esta región las actividades criminales no sólo se relacionan con el tráfico de drogas, sino de forma bastante generalizada con las migraciones ilegales. En la zona sur-oeste, conformada alrededor de la península ibérica, el impacto del mercado criminal se focaliza fundamentalmente en el tráfico de cocaína y cannabis, aunque también de modo particularmente significativo en las migraciones ilegales y la trata de personas, especialmente facilitadas éstas dos últimas actividades por la estrecha conexión de esta zona con otra externa al continente europeo, pero de importancia creciente para comprender la conformación de la criminalidad organizada en nuestro continente, la zona oeste de África⁵⁸. Pasando a los centros que la conforman, en el área norte, situada justo al este de la frontera exterior de la UE, conformada fundamentalmente alrededor de la

⁵⁵ Dicha tipología se halla reflejada en EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2009*, The Hague, 2009 (archivo pdf. accesible en www.europol.europa.eu, última visita 18-07-2011), pp. 39 y ss.

⁵⁶ Vid. EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2009*, The Hague, 2009, p. 46.

⁵⁷ Vid. EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2006*, The Hague, 2006, op. cit., p. 26; especialmente, EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2008*, The Hague, 2008, pp. 31 y ss.; sin embargo, EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2009*, The Hague, 2009, pp. 14 y ss., ha incorporado la zona sur, organizada fundamentalmente alrededor de Italia, a la precedente clasificación.

⁵⁸ Acerca de la importancia creciente de este centro de criminalidad organizada y la amenaza que representa, vid. EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2009*, The Hague, 2009, pp. 53 y ss.

Federación rusa, Kaliningrado, Ucrania y Bielorusia, la trata de seres humanos, sobre todo de mujeres al oeste de Europa con finalidad de explotación sexual, constituye una de las actividades criminales organizadas principales.

La zona sur-este es la más activa en lo que a trata de personas se refiere. Se trata de una zona en que una serie de factores de carácter económico, social y político – fundamentalmente la reciente incorporación de algunos de sus países integrantes a la UE-, de historia contemporánea, así como geográficos, han confluído para hacer más fácil ese tipo de actividad en esta región. A la caída del bloque del este, sumada al conflicto bélico en la ex Yugoslavia -con la consiguiente consolidación de un floreciente mercado negro- y al enclave privilegiado que esta zona tiene entre Europa y Asia se debe probablemente que se trate de una de las áreas calientes en Europa en lo que a delincuencia organizada se refiere. El control de la ruta de los Balcanes, a través de la cual se vertebra la delincuencia organizada actual en la zona, es controlada fundamentalmente por grupos albanos, rumanos, búlgaros, turcos, croatas, griegos, húngaros y eslovenos, si bien no todos ellos tienen entre sus actividades principales la trata de seres humanos. Sin embargo, esta zona no solo está siendo explotada por grupos locales, sino que de cada vez más este mercado, sobre todo tras el reciente acceso de algunos de los países que la conforman a la UE, provoca que se haya convertido en un centro de atención de organizaciones criminales de otras regiones europeas e incluso allende de nuestras fronteras exteriores⁵⁹.

Entre los grupos criminales que tienen entre sus actividades principales la trata de personas, como se ha indicado, se hallan los albanos, rumanos y búlgaros. Los grupos étnicos rumanos en este momento se hallan activos en toda Europa, incluyendo la región sur-este, básicamente con actividades como la trata de seres humanos o el tráfico de drogas. Se halla ya generalizadamente documentada su especialización en la explotación de mujeres prostituidas que en multiplicidad de ocasiones han sido tratadas por otras organizaciones criminales. Se trata de grupos proclives a incidir en nuevas actividades criminales, que ofrecen sus servicios a otros grupos criminales locales bien establecidos, generalmente en forma de subcontrata para la realización de determinadas actividades delictivas una vez que han demostrado su eficiencia, aun cuando evitan una ligazón muy férrea con estos otros grupos, prefiriendo mantenerse independientes⁶⁰. Los grupos rumanos, por su parte, acostumbran a ser de gran tamaño, viéndose su actividad en algunos mercados específicos de la delincuencia organizada, entre ellos el de la trata de personas, favorecida por la incorporación de Rumanía a la UE. Así, por ejemplo, su actividad se ha visto incrementada en Italia, donde la amplitud de sus actividades alcanza ya la propia de los grupos étnicos albanos⁶¹. Finalmente, los grupos búlgaros se han especializado en actividades como la falsificación, el fraude con tarjetas de crédito y débito y la trata de seres humanos. En relación con estos últimos, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la mayor parte de componentes de los designados grupos búlgaros son

⁵⁹ Vid. EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2009*, The Hague, 2009, p. 39.

⁶⁰ Cfr. EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2008*, The Hague, 2008, pp. 38-39.

⁶¹ Vid. EUROPOL, *EU organised crime threat assessment 2008*, The Hague, 2008, p. 39.

nacionales turcos o rumanos; como posible explicación a dicha realidad se plantea que quizá a los nacionales búlgaros les resulte en este momento más rentable y menos arriesgado dedicarse a actividades criminales más domésticas debido a factores sociales y económicos, lo que explicaría su menor presencia en grupos organizados internacionales⁶².

Para concluir con esta breve descripción de la operativa de la criminalidad organizada relacionada con la trata de personas, retomemos la referencia al reciente informe de Naciones Unidas sobre esta realidad. Como se ha indicado, parece que la Organización Internacional ha renovado su interés acerca del estudio de la interacción entre criminalidad organizada y trata de personas mediante la emisión del mencionado documento, que podría estar constituyendo el marco conforme al cual la Oficina contra la Droga y el Delito ha acometido con carácter ulterior análisis sobre ámbitos concretos de actividad en que dicha interacción se constata⁶³. Ciertamente el informe no se ha elaborado sobre la base de un extenso trabajo de campo que haya aportado datos empíricos sobre esta realidad. Sin embargo, se ha efectuado partiendo de una extensa revisión de la doctrina existente sobre trata de seres humanos y delincuencia organizada, a la que se ha añadido la realización de un conjunto de entrevistas realizadas a expertos siguiendo distintas metodologías⁶⁴. En relación a las conclusiones principales que pueden extraerse del informe, cabe destacar aquellas que abunda en la idea de que la delincuencia organizada busca la maximalización del beneficio al mínimo coste posible. Tal principio de actuación hace, de un lado, que la trata de personas sea una de aquellas actividades delictivas que los grupos del crimen organizado escogen, ello no solamente por los ingentes beneficios que puede reportar dedicarse a dicha actividad, sino porque además es menos arriesgada que otro tipo de tráfico ilícitos, como el de drogas⁶⁵. De otro lado, la dedicación a dicha actividad no es exclusiva por parte de las organizaciones delictivas, que diversifican sus actividades entre varias posibilidades⁶⁶. Junto a la del principio utilitario del comportamiento como línea guía, quizá la segunda conclusión más importante que puede extraerse del documento consiste en la constatación de que en el caso de la trata de personas, pese a las contradicciones existentes en la literatura especializada, no parece que operen grandes redes organizadas con estructuras muy jerarquizadas, tipo mafia, sino organizaciones con estructura de red, esto es, pequeños grupos interconectados⁶⁷. Finalmente, aun cuando el informe no lo manifiesta claramente, parece deducirse de algunos de los pasajes del documento el convencimiento de quienes lo elaboraron acerca del posible

⁶² Vid. EUROPOL, *ibidem*.

⁶³ Así vid., vid. UNODC, *Transnational organized crime in the fishing industry*, Vienna, 2011, op. cit., *passim*, al que ya se ha hecho referencia, en que se analiza, entre otros fenómenos criminales, la forma en que la trata de personas operada por organizaciones criminales actúa en el campo de la industria pesquera, las clases de trata que se han identificado en dicho ámbito así como los métodos empleados por los tratantes para someter a sus víctimas.

⁶⁴ Vid. acerca de la metodología empleada para la realización del informe, UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, 2010, pp. 19 y ss.

⁶⁵ Vid., UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, *passim*, en especial, 2010, pp. 34, 49 y s.

⁶⁶ Cfr. UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, 2010, pp. 50 y ss.

⁶⁷ Vid. UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, 2010, pp. 35 y ss.

sobredimensionamiento otorgado a la operatividad de la delincuencia organizada en el ámbito de la trata de seres humanos. Y ello no solamente porque se indique en el mismo documento que hay informaciones contradictorias sobre este particular por parte de la literatura⁶⁸, sino porque además se refleja en éste como en los estudios empíricos existentes no se incluye la variable de la pertenencia del autor a una organización, con el consiguiente vacío de datos⁶⁹. Pero además porque al final del informe se recoge una extensa relación de las metodologías que adopta la trata de seres humanos realizada al margen de las actividades propias de una organización delictiva, por la intervención de un solo individuo⁷⁰ – así el caso de los *loverboys*⁷¹ o los supuestos de servidumbre doméstica⁷², entre otros-.

4. La regulación jurídico-penal de la trata de seres humanos cometida en el seno de organizaciones o grupos criminales en Derecho español

Pese a las dudas acerca de la real extensión del involucramiento de la criminalidad organizada en la trata de seres humanos, dada tanto la supuesta implicación de grupos organizados en esta actividad cuanto la existencia de mandatos internacionales de incriminación sobre este particular en instrumentos normativos dedicados a la trata de personas, no resulta objetable que el legislador español haya decidido cualificar la comisión de este delito cuando el sujeto activo se halla integrado en una estructura organizada. Sin embargo, sí resulta criticable, como se ha indicado, tanto la gravedad de la respuesta penal prevista para estos supuestos cuanto la forma concreta en que el legislador de 2010 ha incriminado los casos de trata de seres humanos realizados por quien actúa en el marco de una organización criminal.

El concepto de organización delictiva que contempla el art. 177bis.6 CP debe interpretarse de acuerdo con las previsiones de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que contiene un concepto semejante al ya previsto en la derogada Acción Común 98/733/JAI del Consejo⁷³.

⁶⁸ UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, 2010, p. 30.

⁶⁹ Vid. UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, 2010, p. 49.

⁷⁰ Cfr. UNODC, *Issue Paper. Organized crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, 2010, pp. 60 y ss.

⁷¹ En supuestos de trata de mujeres para explotación sexual, por ejemplo, se sabe que mujeres nigerianas que han sido previamente explotadas sexualmente dejan de serlo cuando consiguen pagar la deuda contraída con el tratante, y pasan a ser reclutadoras para así obtener ganancias, esto es, pasan de víctimas a autoras, y no siempre en el marco de una organización delictiva. Vid. por todos, BALES/TRODD/WILLIAMSON, *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*, 2009, pp. 81 y ss.

⁷² Acerca de los mecanismos para imponer situaciones de esclavitud doméstica, BALES/SOODALTER, *The Slave next door. Human trafficking and slavery in America today*, 2009, pp. 43 y ss.

⁷³ Ampliamente acerca de este segundo y del concepto de asociación criminal derivado del Derecho europeo antes de la aprobación de la referida Decisión Marco, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado", en *La criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, pp. 115 y ss., en especial pp. 120 y ss.

La organización delictiva se identifica en la referida Decisión Marco con una “asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aun más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Sin embargo, junto a dicho concepto, la referida Decisión Marco se refiere al concepto de asociación estructurada, en su art. 1.2), que identifica con “una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”.

4.1. La interpretación tradicional de los conceptos de organización y asociación criminal

El concepto de asociación criminal, partiendo tanto de las definiciones dadas a esta realidad por el Derecho de la Unión Europea cuanto del delito de asociación ilícita del art. 515 CP en su versión anterior a la reforma de 2010, requería en primer lugar que nos hallásemos ante una pluralidad de personas, que se había venido identificando con el número de tres, pese a que la jurisprudencia había venido considerando en ocasiones que bastaba con dos⁷⁴. En segundo lugar, que estuviesen interrelacionadas entre sí mediante una estructura organizativa. Finalmente, que existiese cierta permanencia, es decir, que el acuerdo que uniese a este grupo de personas fuera duradero y no meramente ocasional⁷⁵. Junto al concepto de asociación criminal, que sería el género, a la organización criminal, que vendría a constituir la especie, le correspondían sus propios requerimientos. Para hablar de organización criminal se exigían las características ya referidas en relación con cualquier asociación criminal –concertación de varias personas, organización y cierta estabilidad-, a las que se sumaban una serie de características tanto derivadas de las definiciones internacionales y europeas de la criminalidad organizada cuanto del concepto sostenido de este tipo de criminalidad en Derecho comparado⁷⁶. En función de tales caracterizaciones, las tres notas que se consideraba definían el crimen organizado han sido⁷⁷:

⁷⁴ En tal sentido, vid. STS 8.10.1979.

⁷⁵ Al respecto, vid. entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona, 1977, pp. 234 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *La criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, pp. 248 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, 2005, pp. 29 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en PUENTE ABA (dir.), *Criminalidad organizada. Terrorismo e inmigración*, 2008, pp. 283-284.

⁷⁶ La relación de género a especie de la asociación criminal en relación con la organización criminal puede considerarse subsistente en la actualidad, al menos atendiendo a la relación que parece mediar entre los conceptos de organización criminal y la asociación estructurada en la Decisión Marco 2008/841/JAI. Sin embargo, dicha relación puede entenderse subvertida cuando se atiende a la actual configuración del delito de asociación criminal del nuevo art. 570 bis CP y el delito de asociación ilícita todavía subsistente en el art. 515 CP, del que se deduce un concepto de asociación ilícita con contornos más estrechos que los correspondientes a la configuración jurídica de la organización criminal.

⁷⁷ Vid. al respecto, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, 2005, pp. 40-41. Desde el punto de vista criminológico, sin embargo, más allá de la necesidad de estructura organizada y de la persecución de la obtención de lucro, otra característica esencial de la criminalidad organizada la constituye el recurso a la

- la orientación a la comisión de delitos graves, que lo serán generalmente en función de la gravedad de los bienes jurídicos atacados, aunque podían serlo por el ataque múltiple y masivo a bienes jurídicos de inferior rango.

- la adopción de una estructura compleja, que puede adoptar distintos modelos, aunque el que resulta más común sea el piramidal y jerárquico. De tal manera, las organizaciones criminales adoptan una estructura empresarial y capitalista, trabajando según criterios económicos, planificando y dividiendo el trabajo racional y eficazmente para maximizar el beneficio.

- búsqueda de beneficio o poder como objetivo, de manera que no solo quedarían englobados en el concepto los supuestos de organizaciones criminales que persigan fines económicos, que son los que podríamos considerar integran la delincuencia organizada común o industrial⁷⁸, sino también las que persiguen fines políticos e incluso religiosos.

En definitiva, pues, considerándose la delincuencia organizada la propia de la globalización, partiendo de la ausencia de concepto de asociación ilícita en nuestro Derecho positivo, y construyéndose la misma tanto desde la doctrina cuanto desde la jurisprudencia, las notas de estructura organizada de pluralidad de personas con cierta permanencia se habían mantenido. Pese a algunas excepciones, pues, en que la jurisprudencia había admitido un concepto laxo de asociación criminal difícilmente deslindable de la conspiración⁷⁹, la nota de la permanencia constituía una característica común al referirse al concepto de asociación criminal, de manera que la asociación constituía un primer eslabón en relación con el cual el concepto de organización criminal representaba un plus, pero no una forma de referir a un concierto eventual de personas para cometer un delito. Tal interpretación restrictiva del concepto de asociación se había venido exigiendo no sólo por la doctrina en relación con el tipo cualificado previsto en el anterior art. 318bis.5 para el delito de tráfico de personas⁸⁰, sino por la propia jurisprudencia, que aplicaba restrictivamente el tipo cualificado, requiriendo cuanto menos

violencia o la intimidación. Vid. MEDINA ARIZA, "Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado", en FERRÉ OLIVÉ/ ANARTE BORRALLÓ (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, pp. 112-113.

⁷⁸ Adopta dicha denominación CHOCLÁN MONTALVO, *La Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, p. 235, quien incluye en esta denominación a aquellas organizaciones cuya actividad criminal persigue fundamentalmente un lucro económico, presentándose los delitos concretos sólo como mero instrumento para la consecución de este objetivo principal. Junto a éstas, el autor se refiere a las asociaciones de tipo mafioso, al supuesto de terrorismo contestatario y al terrorismo paraestatal como otras formas de delincuencia organizada.

⁷⁹ Muy crítico con estas manifestaciones de interpretación laxa del concepto de asociación ilícita por parte de algunas resoluciones judiciales, vid. QUINTERO OLIVARES, "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita", en FERRÉ OLIVÉ/ ANARTE BORRALLÓ (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, pp. 177 y ss.

⁸⁰ En tal sentido, por todos, GÓMEZ NAVAJAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, 2007, pp. 411 y 427; GUARDIOLA GARCÍA, "Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del CP", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (13), 2005, p. 27.

una estructura, siquiera elemental⁸¹.

4.2 El tipo cualificado del art. 177bis.6 CP y su relación con los delitos de pertenencia a organización criminal y grupo criminal

Pese a la interpretación restrictiva que se ha expuesto había sido sostenida en relación con los conceptos de organización y asociación criminal, ya antes de la reforma de 2010 la exigencia de que la organización o asociación requiriese de cierta permanencia venía dificultada por la inclusión en el anterior art. 318 bis CP de las organizaciones o asociaciones incluso de carácter transitorio. Con todo, lo elevado de la sanción correspondiente a este tipo cualificado abonaba la necesidad de mantener la referida interpretación restrictiva, que debería defenderse también en el delito de trata de personas que ahora nos ocupa, al que le corresponde una redacción bien semejante a la de su antecesor. Sin embargo, si antes de la reforma de 2010 sostener dicha interpretación restrictiva resultaba posible pese al empleo de términos amplios en la descripción de la conducta típica, tras la reforma de 2010 el mantenimiento de la restricción en la interpretación requiere de mayor voluntarismo. Y ello no sólo porque el legislador de 2010 ha mantenido la referencia a las organizaciones y asociaciones transitorias frente a las permanentes, sino porque, manteniendo el delito de asociación ilícita, ha procedido, además, a la creación de un nuevo Capítulo entre los delitos contra el orden público. En éste se incriminan tanto conductas relacionadas con la participación activa, el formar parte o cooperar económicamente o de cualquier modo con la organización, así como la promoción, organización, coordinación o dirección de organización criminal –art. 570 bis CP- cuanto las de constitución, financiación o integración de un grupo criminal –art. 570 ter CP-.

Al margen de los problemas de solapamiento típico que pueda generar la previsión de estos nuevos tipos delictivos dada la pervivencia del delito de asociación ilícita⁸², en lo que a la posible ampliación del concepto de organización o asociación criminal se refiere, lo

⁸¹ Vid. SSTS núm. 1306/2003, de 6 de octubre. En ese mismo sentido restrictivo se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado, que en su Circular 2/2006, reproduciendo argumentos dados por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que indica que “es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, si quiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo añadiendo que conviene no ser demasiado flexible en la exigencia de los elementos que pueden conformar una organización o asociación dedicada a la comisión de ciertos delitos a fin de no incluir en dicha categoría, como forma transitoria de la misma, cualquier supuesto de codelincuencia compleja”.

⁸² Prontamente puestos de manifiesto por GARCÍA RIVAS, “Organizaciones y grupos criminales”, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, 2010, p. 505, quien lamenta la pervivencia del delito de asociación ilícita; LAMARCA PÉREZ, “Organizaciones y grupos criminales”, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, 2010, pp. 517-518; MARTELL PÉREZ-ALCALDE/QUINTERO GARCÍA, “De las organizaciones y grupos criminales (art. 570 bis, 570 ter y 570 quáter)”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 360-361; GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. II, 2011, pp. 1171, o por la propia FGE, que en su circular 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 26 y ss., defiende siempre, en este caso, la aplicación del principio de alternatividad en la resolución del correspondiente concurso de normas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 570 quáter CP.

cierto es que la inclusión del nuevo tipo delictivo del art. 570 bis CP no debe tener anudado un efecto expansivo de la responsabilidad criminal. Esto porque atendiendo al concepto auténtico de organización que contiene el mismo art. 570 bis.1, pfo. 2, CP, se identifica la misma con “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de las faltas”, con lo que las notas de estructura organizada y permanencia se mantienen como integrantes del concepto⁸³. No obstante, la inclusión de estos nuevos tipos delictivos, al decir de la propia Exposición de Motivos, no solamente tienen como finalidad separar definitivamente la comisión de este tipo de delitos del ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación, sino también la ampliación de conductas delictivas, a través de la inclusión de las relacionadas con los grupos criminales, que se introducen debido a que la exigencia jurisprudencial de la existencia de una estructura con vocación de permanencia en el delito de asociación ilícita impedía su aplicación a “otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos que no reúnen esos requisitos estructurales”.

Esto es, la reforma ha querido ampliar la incriminación anticipada de la concertación para la realización de determinadas actividades delictivas más allá de los límites estrictos, fundamentalmente de permanencia del grupo, que había venido exigiendo la jurisprudencia, y que según alguna opinión singular era necesario superar⁸⁴. El concepto de grupo criminal, en relación con el cual se incriminan las conductas de constitución, financiación o integración, que se equiparan en penalidad, se define en el art. 570 ter.1, i.f, CP negativamente, puesto que se entiende por tal “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”. Dada la indefinición inherente a cualquier caracterización conceptual negativa, resultaría osado en este momento anticipar cuál pueda ser la ausencia de características del concepto legal de organización delictiva que finalmente pueda considerarse que da lugar, pese a todo, a un grupo criminal. No obstante, parece perfilarse que lo que diferencia al grupo criminal de la organización criminal – siempre que se identifique a éste con el concepto de asociación estructurada contenido en la DM 2008/841/JAI- es que, exigiendo una cierta permanencia y una estructura básica que suponga una actuación concertada de sus miembros, no se requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro, con lo que caben en el concepto las organizaciones criminales de carácter transitorio⁸⁵. Ello pese a que ningún requisito positivo más allá de la orientación a cometer

⁸³ Por más que GARCÍA RIVAS, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, 2010, op. cit., pp. 507 y ss. denuncia que este concepto no se corresponde con el internacional.

⁸⁴ Vid. al respecto, CHOCLÁN MONTALVO, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, p. 255, para quien la caracterización negativa que venía efectuando la jurisprudencia del concepto de asociación ilícita implicaba el establecimiento de una restricción del tipo del delito no adecuada político-criminalmente.

⁸⁵ En tal sentido, Circular FGE 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pp. 20-21.

delitos o faltas concertadamente –de manera reiterada en el caso de las faltas- viene específicamente exigido en el concepto incorporado al art. 570 ter CP. El peligro de confusión de esta figura delictiva con la conspiración o con una forma anticipada de coautoría, cuanto menos su difícil deslinde de las mismas, de no exigirse una mínima permanencia de la estructura organizativa⁸⁶, ha sido ya identificado por quienes se han ocupado de efectuar las primeras reflexiones en relación con la misma⁸⁷, pese a que la Circular FGE 2/2011, favorable a la inclusión de estas figuras delictivas tal como aparecen recogidas en el CP, establezca criterios distintivos⁸⁸.

Con todo, la tendencia expansiva en la interpretación de las formas de intervención múltiple en fase preparatoria de delitos graves, como la que aquí nos ocupa, a que puede conducir la incriminación de conductas relacionadas con los grupos criminales puede verse neutralizada en el delito de trata de personas por la ausencia de referencia a los mismos. Efectivamente, como se ha dicho, el tipo del núm. 6 del art. 177 bis CP se refiere a una organización o asociación de más de dos personas, si bien incluso a las de carácter transitorio. Puede conjurarse el peligro de entender incluidos en cualquiera de estos conceptos a los grupos esporádicos de personas concertadas para la eventual comisión de un delito de trata de personas tanto porque los mismos no cabrían en el concepto de organización como tampoco en el de asociación criminal, cuanto menos tal como este concepto ha venido siendo caracterizado tradicionalmente por la jurisprudencia y doctrina

⁸⁶ Justamente a la ausencia de exigencia de permanencia así como a la ausencia de naturaleza jurídica precisa que habían defendido algunas resoluciones judiciales en relación con el delito de asociación ilícita se refería QUINTERO OLIVARES, en FERRE OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (Eds.) *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, pp. 183 y ss., como aquellas posiciones que podían conducir a confundir asociación ilícita con conspiración.

⁸⁷ Vid. GARCÍA RIVAS, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, 2010, op. cit., p. 511, quien, sin embargo, intenta buscar una caracterización del mismo que lo diferencie de la mera conspiración, aproximándolo a la antigua caracterización de “banda” o “grupo de malhechores”; COROY BIDASOLO/MIR PUIG, en COROY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 1116, quienes se refieren a que el grupo, por contraposición a la organización, respecto de la que se define negativamente, requiere la ausencia de vocación de permanencia de la unión, así como la falta de coordinación o reparto de funciones. Más críticos con esta figura delictiva y con el propio concepto de grupo criminal, MARTELL PÉREZ-ALCALDE/QUINTERO GARCÍA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, 2010, pp. 364-365; LLOBET ANGLÍ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., 2011, p. 403, quien llama la atención acerca del peligro de confusión de este tipo delictivo con formas de coautoría; POLAINO ORTIS, en POLAINO NAVARRETE (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, t.II, 2011, pp. 565 y ss., quien caracteriza los delitos de organización delictiva como normas de Derecho penal del enemigo; GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t.II, 2011, p. 1705, quien indica que el concepto de grupo es más amplio que el de asociación estructurada de la DM 2008/841/JAI, bastando la mera unión o agregado de tres o más personas.

⁸⁸ Establece la FGE en la mencionada Circular 2/2011, p. 25, como los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codelincuencia o ejecución del delito o delitos por una pluralidad de personas, pueden identificarse con los que siguen: a) el acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan directivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la simple u ocasional consorciabilidad para el delito, b) la trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o ilícitos que se cometan; c) la distribución de cometidos o tareas a desarrollar; d) la existencia de una mínima estructura criminal, presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada; e) el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal.

españolas⁸⁹, ni tampoco en el de asociación del propio art. 177bis.6 CP tal como caracteriza a este tipo de asociación la Decisión Marco 2008/841/JAI⁹⁰. Sobre esa base, pues, mantenemos la necesidad de continuar con la interpretación restrictiva para este tipo delictivo que se había venido defendiendo para el homólogo tipo cualificado del delito de tráfico de personas del art. 318 bis.5 CP⁹¹. Tal conclusión se alcanza no solamente por el significado que se ha venido dando tradicionalmente a conceptos como los de organización y asociación delictiva, sino también porque la observancia a los mandatos internacionales de incriminación no nos obliga a llegar tan lejos como para incriminar agravadamente cualquier supuesto de concertación delictiva pluripersonal para la comisión de un delito de trata de personas a que podría conducirnos una interpretación amplia del tipo de cualificado del art. 177 bis.6 CP. Baste recordar aquí como tanto el Convenio de Varsovia, en su art. 24.d), como la Directiva 2011/36/UE, en su art. 4.2.b), se refieren a la necesidad de agravar la pena –en el primer caso sin establecer un mínimo específico que vaya más allá del año de privación de libertad y en el segundo con una pena máxima de al menos diez años– únicamente en los supuestos en que la infracción se cometa en el marco de una organización delictiva, sin contener referencia alguna a las asociaciones estructuradas o los grupos criminales. De ahí, pues, que para la aplicación del tipo cualificado debería resultar siempre exigible, cuanto menos, la concurrencia de una mínima estructura organizativa y de una mínima permanencia en ella.

Sin embargo, la contención típica que pueda obtenerse por vía de interpretación restrictiva del art. 177bis.6 CP podría quedar neutralizada por la reaparición de los tipos cualificados tanto relacionados con la intervención en una organización criminal como en un grupo criminal cuando la finalidad de uno u otro tipo de formación sea la de cometer el delito de trata de seres humanos. Así, en efecto, el núm. 3 del art. 570 bis CP impone pena en la mitad superior a las penas respectivamente previstas en el precepto cuando los delitos cuya comisión constituye la finalidad de la organización criminal son delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad o la indemnidad sexuales o la trata de seres humanos. Lo mismo que el art. 570 ter.1.a) CP que impone la pena más grave de las correspondientes al tipo básico de las conductas relacionadas con un grupo criminal

⁸⁹ Interpretación delictiva que no tiene por qué cambiar, teniendo en cuenta que las modificaciones introducidas en el delito de asociación ilícita por la reforma de 2010 han sido escasas. De un lado, han consistido en la supresión del núm. 2 del art. 515 CP, relativo a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, que ha sido reconducido al capítulo correspondiente al terrorismo, y de otro, a la supresión del art. 516 CP, que establecía las penas correspondientes tanto a los integrantes cuanto a los promotores y directores de este tipo de organizaciones criminales o cualquiera de sus grupos.

⁹⁰ Recuérdese como el art. 1.2) de la referida norma comunitaria no requiere para hablar de asociación estructurada que se asignen a sus miembros funciones formalmente definidas, ni la continuidad en la condición de miembro, o la existencia de estructura desarrollada, pese a que no debe identificarse con tal la organización formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. Parece, pues, que pese a que la FGE, en su circular 2/2011, pp. 20 y ss., identifica la asociación estructurada de la DM 2004/841/JAI con el grupo criminal del art. 570 ter. 1 CP, éste constituye un concepto más amplio que ni siquiera requiere de mínima organización, bastando con la mera unión o agregado de tres o más personas. Vid. en este último sentido, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. II, 2011, p. 1705.

⁹¹ En distinto sentido, aunque en tono crítico con la ampliación del concepto de organización delictiva que ello representa, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., 2010, p. 188.

cuando la finalidad del mismo sea la de cometer aquellos delitos. Ciertamente, no se comprenden las razones que hayan podido llevar al legislador a la inclusión de tales cualificaciones, cuando menos en lo que al delito de trata de personas concierne, si no es por un exacerbado afán criminalizador o por el simple olvido de que en relación con este delito había ya optado por la técnica de agravar el correspondiente tipo delictivo, en lugar de crear un tipo *ad hoc* que incrimine la pertenencia activa a un grupo criminal y su dirección⁹². No se alcanza a ver, pues, cuál puede haber sido el motivo conducente a esta duplicidad de agravaciones. Se resucitan con ello los problemas de solapamiento normativo planteados en relación con el anterior art. 318 bis.5 CP mediante la previsión del tipo cualificado de asociaciones ilícitas del art. 515.6º CP, cuya supresión en la reforma operada por LO 11/2003 fue saludada por la doctrina debido a los problemas concursales que producía⁹³. Ante dicha duplicidad, con todo, siendo más grave la penalidad correspondiente al tipo cualificado del delito de trata de personas, además de implicar un atentado más acabado en relación con el bien jurídico protegido por el delito de trata, debe defenderse, ya no solamente por mor del principio de alternatividad⁹⁴, sino en virtud del de especialidad⁹⁵ e incluso subsidiariedad, la aplicación preferente del tipo delictivo que ahora nos ocupa. Dicho lo que antecede, podrían subsumirse únicamente en los supuestos específicamente cualificados que contemplan tanto el art. 570 bis cuanto el 570 ter CP aquellos casos no subsumibles en el tipo cualificado del delito de trata de seres humanos. Entre ellos, aquellos en que no se ha llegado a iniciar la ejecución del delito, es decir, cuando la organización o grupo no han iniciado su actividad delictiva, o ésta no pueda probarse en el proceso⁹⁶, o lo que resulta más peligroso, aquellos otros casos en que la comisión del delito se realiza por parte de quien, pudiendo considerarse integrado en un

⁹² En relación con las dos posibles formas de tipificación de la pertenencia a una organización criminal, consistentes bien en la tipificación en sí misma de la asociación con fines criminales, que en su caso entraría en concurso con el delito que en su caso se cometa, bien en la tipificación expresa en forma de tipo agravado de los casos en que el delito se cometa en el contexto de una organización criminal para cada delito de la parte especial, vid. CHOCLÁN MONTALVO, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho judicial, 2001, p. 251; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, 2005, pp. 117 y ss.

⁹³ En tal sentido, por todos, GÓMEZ NAVAJAS, en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, 2007, p. 458.

⁹⁴ Esto es, el único a que parece hacer referencia el art. 570 quáter.2.II CP para resolver el concurso de delitos que pueda plantearse entre los previstos en los arts. 570 bis y ss. CP y otros que pueda contemplar el Código y que parece haberse asumido por algunos como único principio resolutorio del concurso de normas en estos casos. En tal sentido vid. Circular FGE 2/2011, p. 32, al menos en los supuestos, como el que nos ocupa, en que el tipo cualificado incluye tanto las organizaciones como los grupos criminales y en que la cualificación conforme al delito específico no resulta privilegiante; LLOBET ANGLÍ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2011, p. 403. Sostiene que la referencia al principio de alternatividad contenido en el art. 570 quáter.2.II. CP no excluye la remisión a los demás principios de resolución del concurso aparente del art. 8 CP, GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, 2011, p. 1711, quien en estos supuestos aplica preferentemente el art. 177 bis.6 CP como derivado lógico del principio de especialidad.

⁹⁵ Conforme a éste había venido defendiendo la aplicación preferente del tipo agravado del art. 318bis.5 CP en relación con el delito contemplado en el art. 515.6 CP en su versión anterior a la reforma de 2003. Como muestra vid. Circular FGE 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería.

⁹⁶ De esta opinión, DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, 2003, pp. 273 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, 2005, p. 124; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en PUENTE ABA (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, 2008, pp. 289-290.

grupo criminal que colme la práctica ausencia de requisitos típicos que para éste requiere el art. 570 ter CP, no pueda considerarse, sin embargo, que esté integrado en una asociación estructurada de las contenidas en el art. 177 bis CP.

Conforme a lo dicho, no cabe duda de que por la vía de la previsión específica del delito de grupo criminal cualificado del art. 570 ter CP podría ampliarse la tipicidad agravada de prácticamente cualquier supuesto de codelincuencia en la comisión del delito de trata⁹⁷, añadiéndose el referido efecto expansivo de la responsabilidad criminal a la duplicidad incriminatoria. Sin embargo, incluso en los casos en que la organización o grupo no ha llegado a iniciar la ejecución del delito de trata, únicos para los que parecería tener sentido recurrir a los tipos cualificados correspondientemente previstos en el art. 570 bis. 3 y 570ter.1.a) CP, puede llegar a producirse una colisión de tipos delictivos con las tipicidades contempladas en el delito de trata de personas, puesto que no debe olvidarse que la conspiración, proposición y provocación para cometer el delito de trata de seres humanos, en cualquiera de los tipos que contempla el art. 177bis CP, implica la imposición de una pena inferior en uno o dos grados a la del tipo correspondiente –art. 177bis.8 CP–, lo que atendiendo a la elevada penalidad que corresponde al contemplado en el núm. 6 del precepto puede llevar incluso a la aplicación preferente del núm. 8 del mismo en relación con los nuevos delitos contemplados en los arts. 570 bis y ter CP, cuando menos en supuestos de preparación de casos de trata cualificados.

De lo indicado se infiere el escaso sentido que halla quien esto suscribe en el mantenimiento de los tipos cualificados tanto de pertenencia a organización como a grupo criminal que tenga por finalidad la comisión de delitos de trata de personas en los arts. 570 bis y ter CP. Ciertamente, cabría argüir que pese a la supresión de dichos tipos cualificados, una interpretación literalmente posible del concepto de grupo criminal del art. 570 ter CP según la que baste cualquier agregado de personas con finalidad de delinquir no evitaría la concurrencia de este delito – pese a la supresión de la agravación– con el delito de trata de personas del art. 177 bis CP, con semejantes, si no iguales, efectos punitivos a los derivados de la actual configuración típica de ambos delitos⁹⁸, al menos en aquellos casos en que quepa afirmar que ambas tipicidades concurren en régimen de concurso ideal o medial. Con ser ello así, considero que la pervivencia del tipo cualificado de pertenencia a grupo criminal enderezado a la comisión del delito de trata puede constituir sustento normativo para la defensa del mantenimiento de un umbral punitivo de cualquier forma de codelincuencia en materia trata de seres humanos que excede de los requerimientos derivados de instrumentos internacionales que nos vinculan. Además de que la consideración de tales concertaciones como merecedoras de una respuesta penal agravada en todo caso conduciría a una reacción penal desproporcionadamente grave, atendiendo a

⁹⁷ Máxime cuando en estos casos, de conformidad con lo que se sostiene en la circular FGE 2/2011, p. 32, podría llegar a defenderse el concurso entre el tipo básico o, concurriendo cualquiera de las cualificaciones que no fueran la contemplada en el núm. 6 del art. 177 bis CP, el del correspondiente tipo cualificado del delito de trata con el delito de pertenencia a grupo criminal del art. 570 ter.1.a) CP.

⁹⁸ No calificaríamos entonces los hechos como concurso de delitos entre la tipicidad del art. 177 bis CP y el art 570ter.1.a), aunque sí con el actual tipo contemplado en el 570ter.1.b) CP.

los marcos punitivos aplicables a los delitos más insidiosos que cabe cometer durante el proceso que la trata entraña, los correspondientes a la última fase del mismo y que consisten en la explotación-esclavización propiamente dicha de la víctima.

5. Algunas consideraciones conclusivas

Pese a que resulta dudoso, dada la práctica ausencia de datos empíricos, que las organizaciones criminales tengan la relevancia que ha pretendido reconocérseles en la comisión de los delitos de trata de seres humanos, la previsión de un tipo cualificado en el nuevo delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP cuando la conducta se realiza por parte de quien pertenezca a asociación u organización incluso de carácter transitorio que se dedique a la realización de estas actividades constituye un derivado de distintos instrumentos normativos supranacionales que vinculan al Estado español.

Al respecto, si bien tanto el art. 24 Convenio de Varsovia cuanto el art. 4.2.b) Directiva 2011/36/UE imponen obligaciones de incriminación cualificada en tales supuestos, nuestro legislador se ha excedido en la transposición a nuestro Derecho interno de las demandas supranacionales de incriminación. En este sentido, la demanda de exasperación más exigente, la proveniente de la Unión Europea, exige la imposición de una pena máxima que tenga una duración mínima de al menos diez años de privación de libertad cuando el delito se cometa en el ámbito de una organización criminal. Frente a ello, nuestro legislador no sólo impone un marco penal mínimo para este tipo cualificado que va de los ocho años y un día de prisión a los doce años, sino que el mismo puede escalar hasta un máximo de dieciocho años de prisión en el caso de los jefes, administradores o encargados. Las demandas de incriminación derivadas de las disposiciones comunitarias, quizá ya incluso en exceso, se hallarían cumplidamente colmadas con dichas sanciones, pero es que a ello debe añadirse que en nuestro Derecho penal interno la cualificación punitiva no se limita a los integrantes o a quienes dirigen una organización delictiva, sino también a quienes forman parte o dirigen una asociación criminal.

Ha sido justamente el exceso de celo del legislador español en el cumplimiento de las demandas incriminadoras provenientes de la Unión, así como el concepto de organización criminal –y de asociación ilícita– restrictivo que nuestra jurisprudencia había venido patrocinando el que nos lleva a defender también en la actual coyuntura jurídica una interpretación restrictiva del tipo cualificado del art. 177 bis.6 CP. Incluso siendo consciente de que el tipo incluye junto a la organización el concepto de asociación, y que éste parece identificarse con el de asociación estructurada del art. 1.2) Decisión Marco 2008/841/JAI, más amplio que el de asociación ilícita tradicional en nuestro país, la parificación punitiva de los supuestos en que el delito es cometido por quien se halla integrado en una organización con aquellos otros en que el responsable es miembro de una asociación no puede llevarnos a identificar la asociación con cualquier agregado de personas carente de estructura. Será necesaria cuanto menos la existencia de cierta estructuración, aun cuando no se halle desarrollada, así como que no se trate de un agregado fortuito de personas para

la comisión inmediata de un delito de trata, debiendo requerirse una mínima continuidad en la permanencia.

Sin embargo, las limitaciones aplicativas del tipo cualificado del delito de trata de personas que aquí se defienden pueden resultar inoperantes atendiendo a la doble incriminación de la concertación pluripersonal en la comisión del delito de trata de personas en nuestro Código penal tras la reforma de 2010, esto es, atendiendo a la inclusión tanto en el delito de participación en organización criminal del art. 570bis CP cuanto sobre todo en el delito de integración de grupo criminal del art. 570ter CP de sendos tipos cualificados cuando la finalidad de alguna de estas estructuras sea la comisión de delitos de trata de personas. La previsión de tales tipos delictivos junto al tipo cualificado del delito de trata de personas del art. 177bis.6 CP demuestra que el legislador español no ha optado claramente por una de las dos posibles técnicas de tipificación agravada de la comisión de delitos a través de una asociación criminal –ya mediante la configuración de la correspondiente agravante de la pena por la comisión del delito perteneciendo a una organización criminal, ya mediante la previsión de un tipo autónomo que sancione la pertenencia a una organización o asociación criminal⁹⁹- empleándolas ambas, con la consiguiente duplicidad incriminatoria. Pero más allá de esto, ha generado el peligro de ampliación desmesurada tanto de la incriminación cuanto de la agravación de formas de concierto pluripersonal para la realización del delito de trata de personas a través del empleo de un concepto, como el de grupo criminal del art. 570 ter CP, carente de contornos. De lo indicado, puede fácilmente inferirse que, tanto por lo tortuoso de la relación con el delito de trata de seres humanos, cuanto por el peligro que entrañan de extensión de la responsabilidad penal cualificada en supuestos de concertación para la comisión del delito mencionado, la incriminación de tales figuras delictivas referidas al fenómeno de la trata de personas entre los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales debería desaparecer en una perspectiva de *lege ferenda*.

6. Bibliografía

Kauko AROMAA (2007), “Trafficking in Human Beings: Uniform Definitions for Better Measuring and for Effective Counter-Measures”, en SAVONA/STEFANIZZI (eds), *Measuring Human Trafficking. Complexities and Pitfalls*, Springer/Ispac, New York.

Alexis A. ARONOWITZ (2009), *Human Trafficking, Human Misery. The Global Trade in Human Beings*, Praeger, Westport/Connecticut/London.

Kevin BALES (2000), *La nueva esclavitud en la economía global* (trad. Borrajo Castanedo), Siglo Veintiuno de España editores, Madrid.

⁹⁹ Vid., en tal sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en PUENTE ABA (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, 2008, pp. 281-282.

Kevin BALES/BALES/Roon SOODALTER (2009), *The Slave next door. Human trafficking and slavery in America today*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles.

Kevin BALES/Zoe TRODD/Alex Kent WILLIAMSON (2009), *Modern Slavery. The secret World of 27 million people*, Oneworld, Oxford.

José Ángel BRANDÁRIZ GARCÍA (2007), *Política criminal de la exclusión*, Ed. Comares, Granada.

Christine BRUCKERT/Colette PARENT (2011), *Trafficking in Human Beings and Organized Crime: A Literature Review*, (pdf. accesible en www.rcmp-grc.gc.ca, última visita 18-07-2011).

José Antonio CHOCLÁN MONTALVO (2001), "La criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", *La Criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid.

Mirentxu CORCOY BIDASOLO/Santiago MIR PUIG (2011), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Francisco Javier DE LEÓN VILLALBA (2003), *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia.

Andrea DI NICOLA (2007), "Researching into human trafficking: Issues and problems", en LEE (ed.), *Human trafficking*, William Publishing, Cullompton/Devon.

Wayne ELLWOOD (2006), *Globalización* (trad. Veskovic Kresic), Intermon Oxfam ediciones, Barcelona.

Richard FALK (2002), *La globalización depredadora. Una crítica*, (trad. Bevia/Resines), Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid.

María José FARIÑAS DULCE (2000), *Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid.

Nicolás GARCÍA RIVAS (2010), en "Organizaciones y grupos criminales", en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1977), *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona.

Susan GEORGE (2003), "¿Globalización de los derechos?", (trad. Recassens Pons), en GIBNEY (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Ed. Crítica, Barcelona.

Justa GÓMEZ NAVAJAS (2007), "Inmigración ilegal y delincuencia organizada", en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Javier GUARDIOLA GARCÍA (2005), "Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del CP", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (13).

Andrea JIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/Gentiana SUSAJ/Laura REQUENA ESPADA (2009), "La dimensión laboral de la trata de personas en España", *RECPC*, (11).

Kristiina KANGASPUNTA (2007), "Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparability of trafficking Data", en SAVONA/STEFANIZZI (eds.), *Measuring Human Trafficking. Complexities and Pitfalls*, Springer/Ispac, New York.

Siddharth KARA (2009), *Sex trafficking. Inside de Business of Modern Slavery*, Columbia University Press, New York.

Frank LACKZCO (2005), "Introduction. Data and Research on Human Trafficking", en LACKZCO/GOZDZIAK (eds.), *Data and Research on Human Trafficking: A Global Survey*, International Organization for Migration, Geneva.

- EL MISMO (2007), "Enhancing Data Collection and Research on Trafficking in Persons", en SAVONA/STEFANIZZI (eds.), *Measuring Human Trafficking. Complexities and Pitfalls*, Springer/Ispac, New York.

Carmen LAMARCA PÉREZ (2010), en "Organizaciones y grupos criminales", en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2011), "Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado", en *La criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid.

Javier MAQUEDA ABREU (2001), *El tráfico sexual de personas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

-Cristóbal MARTELL PÉREZ-ALCALDE/QUINTERO GARCÍA (2010), "De las organizaciones y grupos criminales (art. 570 bis, 570 ter y 570 quáter)", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor.

Juan José MEDINA ARIZA (1999), "Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado", en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORALLO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva.

Francisco MUÑOZ CONDE (1999), "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva.

NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2007), *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Nueva York. (pdf. accesible en www.unodc.org, última visita 18-07-2011).

Tom OBOKATA (2006), *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a holistic approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston.

-Esteban J. PÉREZ ALONSO (2008), *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Ana Isabel PÉREZ CEPEDA (2004), *Globalización, tráfico internacional ilícito y derecho penal*, Ed. Comares, Granada.

Miguel POLAINO NAVARRETE (2011), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial, t.II*, Ed. Tecnos, Madrid.

Joan J. QUERALT JIMÉNEZ (2010), *Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed.*, Ed. Atelier, Barcelona.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (2011), *Comentarios al Código penal español, t. II*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor.

- EL MISMO (1999), "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita", en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva.

George RITZER (2006), *La globalización de la Nada*, (trad. Sautié), Editorial Popular, Madrid.

John SALT (2000), "Trafficking and Human Beings: A European Perspective", en APPELYARD/SALT (eds.), *Perspectives on Trafficking of Migrants*, Ginebra, IOM y OIM. (accesible en www.iom.int, última visita 18-07-2011).

Mª Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2008), "Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales", en PUENTE ABA (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Ed. Comares, Granada.

- EL MISMO (2005), *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ministerio del Interior, Dykinson, Madrid.

Silvia SCARPA (2008), *Trafficking in Human Beings. Modern Slavery*, Oxford University Press,

New York, pp. 12 y ss.

Rosario SERRA CRISTÓBAL (2007), en SERRA CRISTÓBAL/LLORIA GARCÍA, *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia, Madrid.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (2011), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Ed. Atelier, Barcelona.

Sonia STEFANIZZI (2007), "Measuring the non Measurable: Towards the Development of Indicators for Measuring Human Trafficking", SAVONA/STEFANIZZI (eds.), *Measuring Human Trafficking. Complexities and Pitfalls*, Springer/Ispac, New York.

Juan María TERRADILLOS BASOCO (1999), "El Derecho penal de la globalización. Luces y Sombras", en CAPELLA HERNÁNDEZ (coord.), *Transformaciones del Derecho Penal en la Mundialización*, Cuadernos CGPJ, Madrid.

- EL MISMO (2002), "Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera", en LAURENZO COPELLO, *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

- EL MISMO (2004), "Sistema penal e inmigración", en PÉREZ ÁLVAREZ (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Cise-Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca.

Guri TYLDUM/Anette BRUNOVSKIS (2005), "Describing the Unobserved: Methodological Challenges in Empirical Studies on Human Trafficking", en LACZKO/GOZDZIAK (eds.), *Data and Research on Human Trafficking: A Global Survey*, International Organization for Migration, Geneva.

Carolina VILLACAMA ESTIARTE (2011), *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor.

Neil A. WEINER/Nicole HALA (2008), *Measuring human trafficking. Lessons from New York City*, Vera Institute of Justice, New York, (archivo pdf. accesible en <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/224391.pdf>, última visita 25-07-2011).

John WINTERDYK/Philip REICHEL (2010), "Introduction to Special Issue. Human trafficking: Issues and Perspectives", en *European Journal of Criminology*, (1), pp. 5 y ss.

Sheldon X. ZHANG (2007), *Smuggling and Trafficking in Human Beings. All roads lead to America*, Praeger, Westport/Connecticut/London.