

**SOBRE EL FENÓMENO DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL
Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS:
ESPECIAL ATENCIÓN A LA LEGISLACIÓN PENAL
ESPAÑOLA**

***ON THE PHENOMENON OF THE CRIMINAL ORGANIZATION
AND ITS RELATION TO THE CRIME OF TRAFFICKING OF
PERSONS: SPECIAL ATTENTION TO SPANISH CRIMINAL
LEGISLATION***

Alri Zurita Gutiérrez

Doctorando - Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

E-mail: zuritaalri@gmail.com

Resumen

Tanto la criminalidad organizada como la trata de personas son delitos que preocupan actualmente a la comunidad internacional. En este trabajo estudia la problemática actual de la trata de personas y su relación con el crimen organizado, además de establecer cómo la globalización ha incidido o contribuido para que ambos fenómenos criminales se potencien y se relacionen entre sí. Particularmente en el caso de la legislación española con las recientes Reformas penales, ambos delitos se colisionan entre sí debido a sus agravantes específicas lo que ocasiona problemas interpretativos.

Palabras claves: Trata de personas. Organización criminal. Flujos migratorios. Globalización.

Abstract

The organized crime and trafficking in persons are crimes that currently draw the attention of the international community. The objective of the research is to study the phenomenon of human trafficking and its relation to organized crime; in addition, to understand how globalization has contributed to the potentialization of both criminal phenomena and in the relations between them. Particularly, in the case of spanish law, has a conflict of rules with respect to specific criminal aggravations, which has been causing problems of interpretation of the normative system.

Keywords: *Trafficking in persons. Criminal organization. Migratory flows. Globalization.*

1. SOBRE LOS FLUJOS MIGRATORIOS Y SU INCIDENCIA EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Desde el punto de vista histórico las migraciones han sido un elemento esencial en el devenir de la Humanidad. Si consideramos los últimos dos siglos de la Historia observamos que, fundamentalmente, la emigración con base económica coincide con un acelerado proceso de internacionalización de la economía mundial (MARTÍN NAVARRO, 2003, p. 72). Las migraciones tienen un importante componente derivado del proceso de globalización de la economía. Sin embargo, los países que actúan como polo de atracción de emigrantes han pasado a una política de emigración más restrictiva si la comparamos con épocas anteriores (MARTÍN NAVARRO, 2003, p. 77). Tal es el caso de la Unión Europea que mantienen políticas migratorias muy duras, lo que favorece a las organizaciones criminales, porque de esta manera tienen a su merced a los migrantes que buscan huir de sus países en conflicto o que simplemente buscan un futuro mejor. Lo que produce en última instancia un caldo de cultivo fructífero para la trata de personas. Un estudio actual sobre el caso de Siria y los flujos migratorios, además de la crisis de personas refugiadas dan cuenta de la gran cantidad de personas que huyen en busca de asilo y de la problemática actual de la misma (ARENAS-HIDALGO, 2016).

Ahora bien, actualmente la trata de personas es un fenómeno estructural y no coyuntural en el contexto del nuevo orden de la mundialización, que está estrechamente relacionado con el alarmante incremento de la población mundial y con el fenómeno de la inmigración internacional sin precedentes que se está produciendo en las últimas décadas como una consecuencia más de la globalización (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2011, p. 213). Dicha globalización también ha permitido dar un salto cualitativo así como cuantitativo a la organización criminal, si bien este fenómeno de delincuencia organizada no es nada nueva, lo cierto es que ha sabido valerse de todos los adelantos para potenciar su cualidad lesiva, y clara muestra de ello son los delitos cometidos en el seno de dicha organización, tal como la trata de personas.

Ahora bien, un fenómeno que ha propiciado el crecimiento de este tipo delictivo, es la “inmigración internacional” sin precedentes que estamos viviendo en la actualidad y ésta a su vez está planteando serios problemas a los Estados receptores de inmigrantes y, muy posiblemente los seguirán planteando (PÉREZ ALONSO, 2008, p. 55). Al respecto, pese a las diferencias entre la trata de personas y las migraciones ilegales, esta última constituye un fenómeno ligado con ellas, las razones que explican migraciones internacionales contribuyen, sin duda, a explicar también esta realidad. Ahora bien, cuando se habla de 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 el que se dará lugar a la explotación (PÉREZ MACHÍO, 2016, p. 373). De este complejo fenómeno ahora nos interesa su lado más oscuro, que ha surgido de este fenómeno migratorio, tal como lo es la trata de personas que se ha generado también gracias a la nueva realidad económica y social de la globalización. Así pues la trata de personas tiene como finalidad la explotación ya sea sexual o laboral.

Otro factor que influye sobre este fenómeno criminal -de trata de personas- es la desigual distribución de la riqueza, que actúa como factor motivante y que ha hecho aparecer un mercado de la migración, donde la salida hacia un destino mejor constituye la preciada mercancía. Las mismas condiciones que generan la necesidad de emigrar son las que generan la aparición del mercado en cuyo marco operan las organizaciones dedicadas al tráfico de personas, respecto de las cuales la burla de controles administrativos constituye sólo -la punta del iceberg o- el aspecto externo de su actividad ilícita (GARCÍA ARÁN, 2006, p. 3). Este tipo de criminalidad en su modalidad de delincuencia organizada normalmente tiene un carácter transnacional, con un proceso criminológico claramente diferenciado en etapas, comprende la captación de las víctimas en su país de origen, su traslado al Estado desarrollado y su posterior explotación. Incluso en muchos casos la transnacionalidad no culmina en este proceso, sino que va más allá, tratando de nuevo a la víctima a otro Estado para continuar allí su explotación, llegando incluso al intercambio o compra-venta de víctimas entre distintas organizaciones (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2011, p. 214).

THEMIS

En efecto, el abuso de situaciones de angustiosa necesidad que se encuentra en la base del fenómeno genera unas condiciones de explotación en las que se viola la libertad, la intimidad, los derechos como trabajadores y, en suma la dignidad humana como valor mediato de referencia, hasta el punto de configurar un ámbito criminológico en el que las condiciones de sometimiento personal y ejercicio y de dominio permiten plantear la existencia de nuevas formas de esclavitud (GARCÍA ARÁN, 2006, p.3-4). Se debe advertir que en cuanto a las víctimas de este tipo de criminalidad, que aunque puede ser cualquiera, sin embargo, en situaciones de potencial vulnerabilidad social y económica los que conforman el perfil victimológico más generalizado son las mujeres y los niños (BENÍTEZ ORTÚZAR, 2011, p.214-215).

Por todo lo expuesto, podría denominarse a la trata de seres humanos como la nueva esclavitud del siglo XXI. Esto debido a la compra de seres humanos bajo fuerza o engaño para explotarlos en trabajos forzados o en situaciones semejantes a la esclavitud, dicho fenómeno es una lacra de nuestras sociedades modernas que deben ser combatidos con todos los medios disponibles. Ya que constituye una grave violación a los derechos humanos y un vestigio horrible de los tiempos en que la esclavitud era tolerada (GARAIZÁBAL, 2012, p. 81). Respecto a este tema BALES resalta tres formas de nueva esclavitud: 1) la esclavitud prendaria; 2) la servidumbre por endeudamiento; 3) Esclavitud contractual (BALES, 2000, p.20 y ss.). Las personas serían tratadas como “cosas”, aunque el término no es aplicado a personas, veremos en qué medida se aproxima este concepto a esta realidad de trata de personas. Como mencionamos, la propiedad, por definición, se ejerce sobre las cosas *plena in re potestas*, no sobre las personas. Por esta razón, la definición de esclavitud no podría basarse en el ejercicio del derecho de propiedad sobre la personas, sino en el ejercicio de todos o alguno de sus atributos. Y precisamente, es ese ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona lo que significa que se actúa con ella como si fuera una “cosa” en tal sentido podría considerarse desde este punto de vista, como el contenido material genérico del concepto de esclavitud (GARCÍA ARÁN, 2006, p. 6).

Por otro lado, en lo que se refiere a la explotación de la prostitución o del sometimiento sexual no es un hecho nuevo ni tampoco las normas aisladas que lo regulan. Pero su inclusión en el concepto de la nueva esclavitud permite sacar a la luz un plus de afectación a la libertad y la dignidad básicas que todo atentado a la libertad sexual contiene y que se sitúa en una auténtica “cosificación” del ser humano como objeto de explotación (GARCÍA ARÁN, 2006, p. 4). Se encuentra también como otra forma de explotación el trabajo esclavo, donde se somete a personas a interminables horas de trabajo, sin que reciban la remuneración justa o algún tipo de beneficio laboral, como correspondería.

Se puede deducir entonces que existe por tanto un común denominador -en este tipo de explotación- que en mayor o menor medida, la víctima es tratada como una “cosa”. Dicha cosificación se produce cuando se la intercambia como una mercancía o se explota su trabajo sin reconocimiento de los derechos como trabajador o persona. Por su puesto, es tratada como una cosa cuando se la traslada violenta, fraudulenta o abusivamente para atender las demandas de prestaciones que se produce en otro lugar (GARCÍA ARÁN, 2006, p. 5). Otro punto a tener en cuenta como elemento común es que estamos ante un tipo de criminalidad que mayoritariamente es cometida por organizaciones -criminales-, normalmente transnacionales, que dificultan su investigación de los delitos y requieren instrumentos también jurídicos de individualización de la responsabilidad de los miembros de la organización, así como instrumentos internacionales de persecución (GARCÍA ARÁN, 2006, p. 5-6).

2. LA PROBLEMÁTICA DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

La lucha contra la criminalidad organizada se ha convertido desde el último cuarto de siglo XX en una de las preocupaciones centrales de la política criminal de muchos gobiernos. Estas denominadas multinacionales del crimen se han expandido al mismo ritmo que las actividades económicas legales al calor de la globalización de mercado y las nuevas oportunidades que ofrece el vertiginoso

THEMIS

desarrollo tecnológico de los sistemas de comunicación (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2004, p. 621). Por esta razón en el caso de la criminalidad organizada, la globalización va más allá de la presencia de factores internacionales, como la implantación de un grupo o la distribución de sus actividades en varios países y la integración en el grupo de miembros de diversas nacionalidades (ANARTE BORRALLO, 1999, p. 17). Este fenómeno se mueve en una nebulosa poco clara y se presenta particularmente complejo, mal estudiado y con problemas de abordaje por nuestro conocimiento incompleto acerca de la naturaleza y del verdadero alcance del peligro que supone para el orden social, político y económico, porque también se desconocen qué medios pueden garantizar adecuadamente su control (DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2001, p. 87).

Cuando se trata de definir la criminalidad organizada, existen coincidencias en la doctrina, en el sentido de que se tienen que tener como punto de partida el diferenciar la organización criminal de una simple asociación para delinquir o como actualmente se denomina en la legislación española grupo criminal (CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p.217-218). Se debe mencionar que en tiempos recientes se ha producido el progresivo abandono de la supremacía general del paradigma del autor individual, que regía tradicionalmente en la teoría del delito y, concretamente, en el concepto de injusto penal (POLAINO-ORTS, 2009, p. 381). Así también, se debe tener presente que cuando hablamos de criminalidad organizada, no hablamos de una simple concertación de personas para cometer delitos, sino todo lo contrario, la organización criminal conlleva un plus de lesividad -debido a que posee determinadas características- respecto a los delitos comunes tipificados en el Código penal (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2005, p.27-28).

Por mucho tiempo la componente extranjera ha legitimado con frecuencia una explicación de la criminalidad organizada centrada en la idea de complot, pero aquí interesa destacar especialmente su valor como precedente de la globalización, que constituye hoy uno de los parámetros más relevantes de criminalidad organizada y, además, un nuevo paradigma para la Criminología y la Política Criminal (ANARTE BORRALLO, 1999, p. 16). Ahora bien, la verdadera transformación

de la criminalidad organizada, respecto de la que operaba hasta finales de los años setenta, ha sufrido un cambio crítico y radical sólo desde hace apenas -algo más de- veinte años, esto se debe fundamentalmente a tres motivos: la globalización del campo de actuación, la internacionalización y la sofisticación logística, han dado pie a la modernización de la criminalidad a partir de la década de los ochenta y noventa y que exige actualmente una reorientación del enfoque de estudio de la criminalidad organizada (IGLESIAS RÍO, 2001, p.1464-1465).

Tradicionalmente el crimen organizado ha sido considerado como un mero problema de orden público interno propio de los Estados (BLANCO CORDERO, 200). Pero la moderna criminalidad no es ajena a los grandes procesos y cambios contemporáneos, por esta razón es que la globalización de la economía -los adelantos tecnológicos-, constituyen el factor más importante que ha influido en el desarrollo y expansión de la criminalidad a nivel mundial (BLANCO CORDERO / SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2000, p.3-4). En la actualidad, los sistemas penales tradicionales se encuentran indefensos frente a este tipo de criminalidad especialmente peligrosa. La necesidad de acometer de forma efectiva, actuaciones de prevención y de lucha contra el mismo ha sido en algunos ordenamientos, motor de importantes transformaciones en el Derecho penal sustantivo y procesal (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2004, p. 622). En consecuencia surgen propuestas que se dirigen hacia la creación de los tipos de peligro que adelanten la tutela penal, reaccionando frente al mismo fenómeno asociativo a través de tipos delictivos, que sancionen penalmente la mera pertenencia a una organización criminal, y, en general, mediante un mayor rigor punitivo para el tratamiento de las concretas manifestaciones delictivas del crimen organizado (CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 219). Como se pudo apreciar este fenómeno delictivo goza de una versatilidad que hace posible la comisión de diversos delitos, y uno de ellos -la trata de personas- es el tema de estudio en el presente artículo, así como determinar los vínculos existentes entre ambas figuras delictivas. Resulta pues importante también identificar las características que son parte de la organización criminal, las cuales pasamos a desarrollar.

THEMIS

A) CARACTERÍSTICAS DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

La organización criminal posee raíces profundas a nivel macro social, en la medida que es expresión de las fisuras de la sociedad y a nivel micro social, en la medida que tiene la capacidad de resultar invisible, asimilable a los códigos de conducta social, destruye las barreras entre lo permitido y lo ilícito, lo bueno y lo malo, lo socialmente admitido y lo socialmente prohibido. Así también la organización criminal, constituye una subcultura, como códigos de conducta, que conectan con la moral popular. Por esta razón, dicho fenómeno no se puede explicar sin comprender la realidad donde se desarrolla, porque se mimetiza con el medio, se adapta a él y a sus cambios, introduciéndose en las fisuras que deja la relación sociedad/Estado (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 126). Pero ¿Cómo pueden llegar a influir negativamente la organización criminal en la sociedad? Para responder esta pregunta pasamos a desarrollar cada una de sus características.

Como primera característica tenemos “la organización”: Ésta tiene la capacidad de adaptación para solucionar dificultades que se plantean -dando como resultado- la producción de cambios que capacitan a la organización para hacer frente a nuevas dificultades (MOUZELIS, 1991). Así mismo un factor inherente en la organización es la estructura, la cual además puede ser variada, es decir, puede ser: jerárquica, horizontal, celular o de red. Cualquiera sea el tipo de estructura que adopte la criminalidad organizada, siempre girará en función a la multiplicidad proyectos criminales que tengan fijado, buscando de esta manera la mayor eficacia en la comisión del delito y, minimizar la posibilidad de ser descubiertos.

Sobre los elementos de la organización pueden mencionarse los siguientes elementos o características que englobarían la mencionada característica: 1) determinación de los objetivos comunes; 2) la división del trabajo; 3) la estructura; 4) códigos de conducta comunes; 5) un sistema de toma de decisión; 6) relaciones entre los miembros; 7) relaciones con el medio exterior y por último; 8) tendencia a la autoconservación (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p.128-133).

La segunda característica esta “la permanencia o el tiempo indefinido”: La permanencia se refleja en la subsistencia de la amenaza derivada de la expresión activa de la disposición de la voluntad de sus integrantes de colaborar en los hechos delictivos cada vez que la asociación lo requiera, y frente a cuya manifestación ya no existe razón para confiar en que sus integrantes habrán de atenerse a la norma (ZIFFER, 2005, p. 75). La criminalidad organizada no es propia de individuos que se asocian, en exclusiva, sólo para cometer determinados delitos, condicionando su existencia y posterior disolución a la perpetración un solo delito. Aunque esta actividad haya implicado la previa elaboración de un plan de acción, atribución de funciones y posterior dispersión, relacionada con sus componentes. Queda claro, que aunque haya habido planificación previa a la comisión de un delito y su posterior disolución, no se puede indicar que es una organización criminal, en razón a la falta de voluntad de permanencia de los integrantes del grupo.

La tercera característica es la “finalidad delictiva”: podría destacarse que en este caso, lo decisivo es que una pluralidad de personas persiguen de manera organizada unos objetivos contrarios a las leyes. Sucede entonces que el peligro del bien jurídico se produce por la mera existencia de la organización criminal y el carácter “preparatorio” o estrictamente “ejecutivos” de sus metas juegan un papel secundario si el objeto, considerado unitaria y globalmente, es un objeto “criminal” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1978, p. 278). La comisión de delitos tiene que ser el fin propio de la organización, aun cuando el objeto final no necesariamente tiene que ser la comisión de delitos, sino que éstos pueden aparecer como el instrumento para lograr ese objetivo final (ZIFFER, 2005, p. 79). Que como indicamos es la búsqueda del beneficio económico sería el fin último. En este sentido, algunas definiciones doctrinales limitan la finalidad de las organizaciones criminales, orientado a fines lucrativos, apartados expresamente la persecución de fines ideológicos (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2004, p. 636). Partiendo de esta premisa, se puede afirmar que la búsqueda del beneficio económico, es lo que mueve fundamentalmente a la criminalidad organizada. Es el fin último de la criminalidad organizada estricta y toda su estructura, división de trabajo,

THEMIS

toma de decisiones están orientadas en torno a la obtención del lucro económico (HERRERO HERRERO, 2007, p. 613). Toda organización criminal se crea con una finalidad delictiva y busca la comisión de varios delitos.

La suma de las mencionadas características hace posible identificar de mejor forma este fenómeno criminal, puesto que no existe un consenso sobre un concepto o definición de lo que se entiende por organización criminal, por lo tanto, somos partidarios de una identificación por medio de las características como directrices que nos permiten develar este fenómeno criminal.

B) CAPACIDAD LESIVA

Debido a la capacidad lesiva de la organización criminal, ésta constituye una forma de punición anticipada, pero no es únicamente eso, sino que es mucho más que eso, ya que constituye una institución criminal dinámica existente en la sociedad, y que es contraria a los fines de ésta, es una institución una empresa criminal que se opone sistémicamente a la estructura social (POLAINO-ORTS, 2009, p. 441). La construcción de estructuras racionalmente orientadas a la planificación y comisión de delito beneficia el encubrimiento ulterior de sus miembros para evitar la persecución penal, la suma de fuerzas, la planificación y división eficaz del trabajo, así como la profesionalización de sus miembros fundamentan claramente un mayor peligro para los bienes jurídicos, que puede estimarse relevante aunque este comportamiento se encuentre lejos de ellos (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2008, p.454-455). En el mismo sentido también se manifiesta a Fiscalía General de España en la Circular 2/2011.

En este punto de colisión la organización criminal pretende ocupar un lugar ilegítimo en la vida pública, arrogándose la organización delictiva el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de la soberanía que son propia del Estado, como son la organización y la violencia. Sólo si se vincula de este modo la emergencia de la organización con el incremento fáctico de la peligrosidad que ésta supone, se percibe con claridad el específico significado de la actuación colectiva de las

organizaciones criminales que pone en cuestión el monopolio de la violencia que corresponde al Estado (CANCIO MELIÁ, 2007, p. 36).

Ahora bien, la capacidad lesiva se deriva de los siguientes factores: por un lado la sistematización de los ataques y el grado de eficiencia de las organizaciones consigue una masificación en la lesión de los bienes jurídicos protegidos; en segundo lugar, en buena parte de las actividades realizadas por estos grupos, se sigue un procedimiento que en sí mismo representa un ataque a la integridad moral y a los derechos fundamentales de las personas -en el caso la trata de personas-, mediante el establecimiento de prolongadas situaciones de esclavitud; por último, porque las actividades del crimen organizado extienden su lesividad más allá de los concretos bienes que resultan afectados en un ataque específico, desestabilizando a la sociedad a través de la generación de inseguridad, poniendo en riesgo el orden económico, y, en determinados casos, facilitando la corrupción de las instituciones públicas, así como del sector privado (ROPERO CARRASCO, 2011, p. 121).

También en la Reforma penal de 2010 de España se hace mención sobre la naturaleza delictiva de las organizaciones criminales, así como los grupos criminales, mencionando en la exposición de motivos lo siguiente: Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad (BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO, 2010).

Por lo desarrollado hasta el momento, se puede deducir que las características con las que se reviste la criminalidad organizada dan buena cuenta de su capacidad lesiva, propiciando de esta manera la comisión de múltiples de delitos, todo esto bajo la sombra de su entramado estructural y organizativo, además, que sus miembros se sienten seguros bajo el manto del anonimato, esto por el hecho de actuar en conjunto al momento perpetrar los delitos, lo que los desinhibe al momento de cometer sus delitos. Además, debemos aclarar que la organización criminal, se vale de sus características propias para la comisión de delitos graves y

THEMIS

no así simples delitos de menor gravedad, y esto es lo que preocupa, porque como indicamos no buscan cometer simples delitos sino que se proyectan hacia delitos graves, tal es el caso de nuestro tema de estudio como es la trata de personas. Ahora pasamos a analizar la relación existente entre ambos tipos delictivos.

3. RELACIÓN ENTRE EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Como se ha podido observar la trata de personas es un fenómeno delictivo que ha ido evolucionando en su perfil, hasta el punto de convertirse en una práctica globalizada y muy rentable, llegando a convertirse en uno de los problemas de política-criminal como el segundo gran negocio ilegal, por encima del tráfico de drogas y sólo superado por el tráfico de armas (GARCÍA DEL BLANCO, 2014, p.196-197). El hecho de que este tipo de delito se cometan en el seno de una organización criminal, inciden muchas veces en las pocas denuncias que presentan las víctimas, ya sea por el férreo control al que son sometidas, como al miedo por las potenciales represalias por parte de la red de explotación sobre su persona o su propia familia.

Aunque es importante tener presente que no todos los supuestos de trata de personas implica un gran despliegue de medios ni supone la operación de una gran organización, lo que la ligaría irremediamente a los supuestos de criminalidad organizada (VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 8). Si bien dicha advertencia, de que no todos los delitos de trata son hechos por organizaciones criminales es cierta, no quita el hecho de que la gran mayoría de este tipo de delitos es ocasionado por dichas organizaciones criminales, más aún si nos referimos en el contexto transnacional.

En todo caso, estamos ante conductas punibles, que tienen un alcance cada vez mayor cuando la globalización económica y financiera está generando un incremento de la desigualdad económica y social que provoca ineludiblemente movimientos migratorios desde los países menos desarrollados hacia los más desarrollados. Favoreciendo así la expansión de dicha desigualdad, la falta de

oportunidades de empleo, la violencia, discriminación y la pobreza. Todo esto ocurre en la medida fundamentalmente cuando los países occidentales implantan políticas de contingencia y fuertes controles fronterizos para frenar este tipo de delito. Como resultado lo que se tiene es el favorecimiento la irrupción de grupos delictivos organizados que controlan y explotan el proceso migratorio (GARCÍA ARÁN, 2006, p. 241).

La criminalidad organizada y la trata seres humanos constituyen dos realidades criminológicas que a menudo se consideran relacionadas, se patentiza ya el hecho de que justamente el considerado instrumento internacional contemporáneo por excelencia en la lucha contra este fenómeno delictivo, nos referimos al “Protocolo de Palermo”, que 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 para prevenir, combatir y reprimir el propio crimen organizado; el segundo para reprimir el tráfico ilícito de migrantes y por último para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas (VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 5).

Por otro lado, y haciendo un breve paréntesis, es importante tener en cuenta la delimitación y diferencia entre lo que es “tráfico ilegal de personas” de lo que se entiende por “trata de personas”, en este sentido tomamos como referencias las conceptualizaciones vertidas por Naciones Unidas respecto a este tema. De tal modo, comenzamos con las conceptualizaciones: Comenzamos entonces por el concepto del primero a) Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. Por otro lado, respecto a la trata de personas establece que: Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al

THEMIS

engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2004).

En el espacio europeo se mantiene prácticamente la misma conceptualización que la de Naciones Unidas, en el art. 4 de la Convención de Varsovia. Con la diferencia que esta normativa es vinculante a todos los Estados integrantes de la Unión Europea (CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA, 2005, art. 4). En lo que refiere a la vinculación entre la organización criminal y la trata de personas el Programa de Estocolmo de 2010, establece la trata de personas, como una forma grave de delincuencia organizada (PROGRAMA DE ESTOCOLMO, 2010). Además la Directiva de 2011/36 del Parlamento Europeo y del Consejo resalta en su considerando 1º el vínculo existente entre ambos delitos. La mencionada Directiva lo establece de la siguiente manera: “La trata de seres humanos es un delito grave, cometido a menudo dentro del marco de la delincuencia organizada, constituye una grave violación de los derechos humanos y está prohibida explícitamente por la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Evitar y combatir la trata de seres humanos es una prioridad para la Unión Europea”.

De lo expuesto entonces se puede extraer la diferencia existente entre tráfico de migrantes y la trata de personas. Por un lado, el concepto de tráfico ilícito de inmigrantes agrupa conductas de facilitación de entrada, ilegal de personas en un país con ánimo de obtener un beneficio económico, lo que presupone el consentimiento del migrante, que viene a ser así el “cliente” de la organización criminal a la que paga dinero por un servicio, el de transporte y/o facilitación de documentos, alojamiento inicial etc. (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2008, p.264).

Por otro lado, la trata de personas es un delito mucho más grave, esto en razón de que se designa el tráfico dirigido a la explotación laboral y sexual o de

otro tipo tales como: extracción de órganos o adopción ilegal. Muchas veces en estos casos no existe el consentimiento del migrante o bien es un consentimiento invalido en sentido amplio, debido a que puede mediar el engaño, la intimidación o en todo caso abuso de necesidad o por último ser menor de edad (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2008, p.264-265).

Por consiguiente, se puede extraer tres puntualizaciones: A) Consentimiento: El tráfico ilegal de personas, pese a desarrollarse a menudo en condiciones degradantes o peligrosas, implica el consentimiento de las mismas a ponerse en manos de la red de traficantes. La trata no es consentida o, de haber mediado consentimiento inicial, el mismo se ha producido mediante coacción, engaño o abuso; B) Explotación: El tráfico ilegal termina con la llegada de los traficados a su destino. La trata implica una posterior explotación de la víctima con la finalidad de obtener beneficios económicos; C) Transnacionalidad: El tráfico ilegal de emigrantes es siempre transnacional mientras que la trata puede producirse entre distintas zonas de un mismo país (VALLDECABRES ORTIZ, 2009, p. 542).

Continuando en lo relativo a la trata de personas y su relación con la organización criminal, se debe tener en cuenta, que en la dinámica comisiva habitual de la trata de personas, es necesaria una infraestructura que permita precisamente diversificar actividades, por lo que la presencia de organizaciones criminales o redes mafiosas que operan a nivel internacional parece una realidad criminológica. La mencionada dinámica gira en función de establecer bases estructuradas de actividad en diferentes países, con miembros de diferentes nacionalidades y teniendo cada subgrupo una determinada y concreta función, ya sea en la fase de captación, la fase de transporte o en el proceso de explotación, que es donde las victimas comienzan a pagar una “deuda” contraída por los gastos del viaje, estancia y documentación, dicha deuda normalmente es complicado de saldar (GARCÍA DEL BLANCO, 2014, p.s.197).

Ahora bien, la delincuencia organizada dedicada a la trata de personas ha venido incrementándose, debe indicarse que la obtención de datos respecto a

THEMIS

la trata de personas 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 fenómeno, sin que la obtención de datos sobre la trata realizada por estructuras organizadas haya representado una excepción (VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p.11-12). Pese a las dificultades para la obtención de datos fiables en relación con la trata de personas, en los últimos años se han implementado una serie de experiencias que han permitido aproximarse de manera global algo más a dicha realidad, en este sentido, organismos como la Organización Mundial del Trabajo así como el Programa Global contra la Trata de Personas (GPAT) de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el delito (VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 13). Ambos instrumentos tratan de acopiar la mayor cantidad de datos sobre este fenómeno delictivo. En España, la presencia de las redes de trata se sitúa en un rango medio-bajo, ello sobre todo si se considera que la Unión Europea estima que el tráfico ilegal mundial involucra a más de siete millones de personas; no obstante y de nuevo, la cifra negra y los casos ocultos son claramente mayoritarios, con lo que la cantidad de víctimas afectadas en el país no puede determinarse certeramente (GARCÍA DEL BLANCO, 2014, p.s.198). Cabe destacar que la comisión del delito de trata en el seno de una organización criminal plantea problemas concursales.

4. AGRAVANTE ESPECÍFICA DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES ART. 570 BIS Y DE LA TRATA DE PERSONAS ART. 177 BIS 6. DEL CP ESPAÑOL

La primera vez que se tipificó de manera autónoma el delito de organización criminal en España, fue como consecuencia de la modificación incorporada por la LO 5/1999, de 13 de enero, a la “Ley de Enjuiciamiento Criminal” (LECr.), en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades graves, añadiendo un nuevo art. 282 *bis*, que proporciona habilitación legal a la figura del “Agente encubierto” para investigar

actividades propias de la delincuencia organizada, y que con esa finalidad considera “delincuencia organizada” como la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin de cometer alguno o algunos de los delitos enumerados por el citado artículo (GARCÍA DEL BLANCO, 2014, p.s.200). No es sino hasta la promulgación de la LO 5/2010, que la legislación española concreta un concepto de criminalidad organizada, y con ello también sus respectivas agravantes específicas.

Las circunstancias agravantes en el delito de organización criminal están a partir del 570 *bis*. 2 el cual indica que las penas se impondrán en su mitad superior en los siguientes casos: a) cuando presente un elevado número de miembros; b) si dispone de armas o instrumentos peligros; c) si dispone de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que faciliten la ejecución o la impunidad de los culpables. Algunas breves observaciones sobre las agravantes mencionadas serian: primero que no se determina cuál es el número de miembros elevados, segundo tampoco se determina cuáles son las armas o instrumentos tienen que ser considerados como peligrosos.

La siguiente agravante nos resulta de mayor interés para el tema que nos concierne, ya que encontramos la agravante que se fundamenta en la naturaleza de los delitos que pretende cometer la organización criminal en el art. 570 *bis* 3. El cual establece la pena en su mitad superior si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

Sin embargo, en la tipificación concreta de los delitos contra alguno de estos bienes jurídicos se ha tenido en cuenta la circunstancia de que el sujeto formara parte de una organización o grupo criminal para construir una agravante específica (art. 177 *bis*. 6 CP), lo cual plantea o agrava los problemas de *bis in idem* en su aplicación conjunta. Tampoco en este punto coincide la redacción del artículo 570 *bis* con la del 570 *ter* “grupo criminal”, puesto que éste último, sólo recoge como agravantes específicas las tres primeras agravaciones de las organizaciones criminales que mencionamos en un anterior párrafo. Por lo tanto, al ser la trata

THEMIS

de personas un delito grave en función de la pena encajaría sólo en el tipo del artículo 570 *ter* 1 a) y no como agravante del delito de grupo criminal (GARCÍA DEL BLANCO, 2014, p.s.223).

Sobre esa base, pues –como indica alguna autora-, se mantiene la necesidad de continuar con la interpretación restrictiva para este tipo delictivo de trata de personas que se había venido defendiendo para el homólogo tipo cualificado del delito de tráfico de personas del art. 318 bis.5 CP. Todo esto 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 obligaría a llegar tan lejos como para aplicar la agravante en 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 (VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 26).

Sin embargo, la contención típica que pueda obtenerse por vía de interpretación restrictiva del art. 177 *bis*.6 CP podría quedar neutralizada por la reaparición de los tipos cualificados tanto relacionados con la intervención en una organización criminal como también 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. En este sentido, 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 cuando la finalidad del mismo sea la de cometer aquellos delitos (VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p.26-27).

La previsión de tales tipos delictivos (art. 570 *bis* y 570 *ter*) junto al tipo cualificado del delito de trata de personas del art. 177 *bis*.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, es decir, mediante la configuración de la agravante de la pena por la comisión del delito perteneciendo a una organización criminal, o en otro caso mediante la previsión de un tipo autónomo que sancione la pertenencia a una organización o asociación criminal, pero como se observa el legislador empleó ambas, con la consiguiente duplicidad incriminatoria (VILLACAMPA ESTIARTE, 2012, p. 30). Por lo tanto, se produce un conflicto tanto interpretativo como aplicativo al momento de determinar cuál agravante se debe aplicar. Así como determinar cuál tipo delictivo aplicar cuando en el seno de la organización criminal se comete un delito de trata de personas. En este punto, el Código penal ofrece una solución en función del principio de la alternatividad, dando prioridad al delito más grave.

5. CONCLUSIONES

Por todo lo desarrollado, podemos comenzar indicando que un factor importante para que el delito de trata de personas como también de organización criminal, es la globalización. Si bien, ambos delitos no son nuevos, lo cierto es que han sabido acomodarse y aprovechar las ventajas que ofrecen a apertura de fronteras de la mano de la globalización, así como el intercambio de mercancías, productos y flujos migratorios, que permeabilizan a los Estados y por ende los deja vulnerable frente a estos tipos delictivos. Siendo imperante en consecuencia la cooperación y colaboración entre los Estados para combatir ambos fenómenos delictivos.

Debemos considerar también que tanto la organización criminal como la trata de personas, son a nuestro juicio, dos fenómenos delictivos que tienen estrecha relación, puesto que por lo general, la trata de personas se produce en el seno de la delincuencia organizada, que aprovechan todo el entramado organizativo en búsqueda de la impunidad. Las características de las que se reviste la organización criminal – estructura organizada, carácter estable o tiempo indefinido y finalidad delictiva-, facilita sin duda la comisión delictiva de varios delitos, entre ellos el de trata de personas.

THEMIS

Por último, en la legislación española se produce problemas interpretativos, cuando operan las agravantes en los casos de trata de personas como de organización criminal, consideramos que se debería optar por quitar la agravante de trata de personas cometida en el seno de una organización criminal art. 570 *bis* 3 de CP español. De esta manera se podría solucionar dicho problema entorno a las agravantes de ambos delitos. Como esta situación en el código penal español el delito de organización criminal produce problemas concursales respecto a otros delitos, por ejemplo, tráfico de drogas, tráfico de armas, y otros. Tanto como tipo básico, como en grado de circunstancia agravante.

REFERENCIAS

ANARTE BORRALLO, Enrique, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ Juan Carlos / ANARTE BORRALLO, Enrique, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

ARENAS-HIDALGO, Nuria, «Flujos migratorios de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo», en *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 18, nº 36, 2016.

BALES, Kevin, *La nueva esclavitud en la economía global*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., «Trata de seres humanos», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.

BLANCO CORDERO, Isidoro; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal

y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», en *Revista Penal*, nº 6, 2000,

CANCIO MELIÁ, Manuel, «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, noviembre de 2007.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Criminalidad organizada, concepto, la asociación ilícita problemas de autoría y participación. En: GRANADOS PÉREZ, C. (Dir.). *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial. CCPJ. II, 2001.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís, «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino / VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (Dir.), *La cooperación Internacional frente a la criminalidad organizada*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

GARAIZÁBAL, Cristina, «Trata de seres humanos», en IGLESIAS SKULJ, Agustina / PUENTE ALBA, Luz María (Coord.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Editorial Comares, Granada, 2012.

GARCÍA ARÁN, Mercedes (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Editorial Comares, Granada, 2006.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, «Trata de seres humanos y criminalidad organizada», en *ADPCP*, vol. LXVII, 2014.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1978.

HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial*. Dykinson, Madrid, 2007.

THEMIS

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín (coords.), *El nuevo Derecho penal español, estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.

MARTÍN NAVARRO, José Luis, «Flujos migratorios y globalización de la economía», en *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, nº12, 2003.

MOUZELIS P., Nicos. *Organización y burocracia*. 3ª ed., Península, Barcelona, 1991.

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

PÉREZ MACHÍO, Ana I., «Trata de personas: La globalización del delito y su incidencia den la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009.

ROPERO CARRASCO, Julia, «La necesaria armonización legislativa en el tratamiento de la delincuencia organizada», en MORÁN BLANCO, Sagrario / ROPERO CARRASCO, Julia / GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz, *Instrumentos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada*, Dykinson, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

_____ «Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales», en CANCIO MELIÁ, Manuel / POZUELO PÉREZ,

Laura (coords.), *Política criminal en vanguardia, inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008.

_____ «Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales», en PUENTE ABA, Luz María, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Editorial Comares, Granada, 2008.

_____ *La criminalidad organizada aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson S.L., Madrid, 2005.

VALLDECABRES ORTIZ, Isabel, «El inmigrante como víctima: crimen organizado, tráfico de personas, delitos contra los derechos de los trabajadores», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea la política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal», en *InDret*, Barcelona, enero-2012.

ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal, contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

CONVENIOS, LEGISLACIÓN Y COMUNICADOS DE LA UE

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS, Anexo II, *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que contempla la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional*, Nueva York, 2004.

THEMIS

CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS, Varsovia, 16 de Mayo, 2005, art. 4.

CIRCULAR 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre Reformas del Código penal por Ley orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

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

PROGRAMA DE ESTOCOLMO - UNA EUROPA ABIERTA Y SEGURA QUE SIRVA Y PROTEJA AL CIUDADANO, Diario Oficial de la Unión Europea, (2010/C 115/01).

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Exposición de Motivos XXVIII.

RECEBIMIENTO: 29/4/2017

APROVAÇÃO: 20/5/2017