

LA INAPLAZABLE NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO DE IDENTIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA¹

Especial consideración al *Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos* (29 de noviembre de 2022)

THE URGENT NEED FOR A PROCEDURE TO IDENTIFY VICTIMS OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS.

With special consideration of the November 2022 draft of a new Comprehensive Law against Trafficking and Exploitation of Human Beings.

Margarita Martínez Escamilla

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid

mmescamilla@der.ucm.es

Este artículo está publicado en

Revista sistema penal crítico, vol. 4 (2023)

RESUMEN

Para proteger y ofrecer una asistencia integral a las víctimas de trata y explotación, primero es necesario detectarlas e identificarlas. La identificación es una obligación del Estado y un derecho de las víctimas, del que depende el ejercicio de aquellos derechos que configuran su estatuto jurídico. Sin identificación, no hay derechos y es necesario un modelo y un procedimiento que la promueva y facilite.

Este artículo desentraña y analiza la regulación de la identificación de las víctimas de trata y explotación en el ordenamiento jurídico español, poniendo de manifiesto graves déficits que urge corregir: la carencia del necesario rango legal de la actual regulación, el protagonismo policial, la defectuosa configuración del periodo de restablecimiento y reflexión, la subordinación de las medidas de protección a las víctimas extranjeras a los intereses de la política migratoria o de la persecución penal y, sobre todo, la inexistencia de un procedimiento administrativo de identificación suficientemente definido. Estos déficits, junto con algunas propuestas, permitirán valorar el procedimiento diseñado en el *Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos*, aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2022.

¹ Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto “Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión” (Acrónimo: Iusmigrante) (PID 2019-105778RB-I00, convocatoria Proyectos I+D+i 2019), Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Agradezco a Sara Morato Costa su ayuda en la revisión formal del texto.

ABSTRACT

In order to protect and provide comprehensive assistance to victims of trafficking and exploitation in human beings, it is first necessary to detect and identify them. Identification is a state's obligation and a victim's right, which depend on the exercise of other rights that shape their legal status. Without identification, there are no rights, and there is a need for a model and procedure to promote and ease this.

This article unravels and analyzes the regulation of the identification of victims of trafficking and exploitation in the Spanish legal system, revealing serious deficits that must be corrected as a matter of urgency: the lack of the necessary legal rank of the current regulation, the absolute role and prominence of the police, the flawed configuration of the recovery and reflection period, the subordination of protection measures for foreign victims to the interests of migration policy or criminal prosecution, and, above all, the lack of a sufficiently defined administrative procedure for identification. These lacks and shortcomings, together with some proposals, will make it possible to assess the procedure designed in the preliminary draft of the Comprehensive Organic Law against trafficking and exploitation of human beings, approved by the Council of Ministers on November 29, 2022.

PALABRAS CLAVE

Trata de seres humanos, víctimas de trata, procedimiento de identificación, protección y asistencia integral, periodo de restablecimiento y reflexión, Anteproyecto de Ley orgánica integral contra la trata y explotación de seres humanos.

KEYWORDS:

Trafficking in human beings, procedure for identification, protection and assistance to victims, recovery and reflection period, new Comprehensive Law against Trafficking and Exploitation of Human Beings

SUMARIO. 1. PLANTEAMIENTO 2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 2.1. La identificación de las víctimas de trata en la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en el Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. 2.2. El procedimiento de identificación en el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de trata de seres humanos, de 28 de octubre de 2011. 2.3. El modelo de identificación del art. 47 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, desarrollado por Resolución de 7 de julio de 2022. 3. ALGUNOS DÉFICITS. 3.1. La competencia en la identificación: monopolio policial versus multi-agencia. 3.2. El periodo de restablecimiento y reflexión. 3.3. Específicas

medidas de protección para víctimas extranjeras. 3.4. Inexistencia de un auténtico procedimiento administrativo de identificación. 4. EL PROCEDIMIENTO DE IDENTIFICACIÓN PROPUESTO POR EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA INTEGRAL CONTRA LA TRATA Y EXPLOTACIÓN DE SERES HUMANOS, APROBADO EN EL CONSEJO DE MINISTROS DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2022. 4.1. Planteamiento. 4.2. El procedimiento común de identificación. 4.3. Valoración. 4.4. Específicas medidas de protección para víctimas extranjeras. 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. PLANTEAMIENTO

Es posible hablar de un consenso actual en la necesidad de abordar la trata de seres humanos y las prácticas que lleva asociadas como una violación de los derechos humanos. Así lo proclaman los tres instrumentos normativos supranacionales más emblemáticos en materia de trata: el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata*, de 2005, ratificado por España el 10 de noviembre de 2009 (en adelante, Convenio de Varsovia), que suele ponerse como ejemplo de enfoque victimocéntrico y, en el ámbito del derecho comunitario, la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo* (en adelante, Directiva 2011/36/UE). Aunque centrado en la persecución y represión penal, 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* (en adelante, Protocolo de Palermo), de 2000, no deja de mencionar como uno de sus fines proteger y ayudar a las víctimas de trata².

Este enfoque desde los derechos humanos se concreta en unas obligaciones de protección y asistencia por parte de los Estados, cuyo incumplimiento por acción u omisión puede acarrear responsabilidad de acuerdo con el principio de la diligencia³. Con diferente formulación, en los textos

² Sobre los instrumentos internacionales relacionados con la protección de las víctimas de trata, vid. CASTAÑO REYERO, María José, 2019. “Un estatuto de protección internacional para las víctimas de trata desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en Martín Ostos, José (dir.) y Martín Ríos, Pilar (coord.): *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Barcelona: Editorial Bosch Editor, pp. 155-206. También, entre otros muchos, CAMPS MIRABET, Nuria, 2022. “Una aproximación a los mecanismos de protección internacional aplicables a las víctimas de trata de seres humanos desde el enfoque basado en los derechos humanos”, en Villacampa Estiarte, C. (dir.) y Planchadell Gargallo, A. (coord.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 319-348. En este mismo libro, ORTIZ HERNÁNDEZ, Eimys, 2022. “Aproximación internacional a la trata de seres humanos: especial referencia al Consejo de Europa”, pp. 348-383.

³ El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de las Personas señala la diligencia debida como segundo principio en la materia: “(l)os Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la trata de personas, investigar y procesar a quienes la cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella” (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. NACIONES UNIDAS, 2010. *Los principios y directrices recomendados sobre Derechos Humanos y trata de personas*. Comentario, Nueva York y Ginebra, (fecha de consulta: 09/08/2023). Recuperado de:

citados se recoge la obligación de garantizar la seguridad de las víctimas, el deber de asistencia integral en pro del restablecimiento físico, psicológico y social, el acceso a un periodo de restablecimiento y reflexión, el deber de informar y asesorar en relación con sus derechos y con los servicios a su disposición en una lengua que pueda entender, así como sobre los procedimientos judiciales y administrativos pertinentes. Son muy importantes las medidas relacionadas con la situación migratoria, como la suspensión cautelar de cualquier procedimiento sancionador de la legislación de extranjería o de la ejecución de resoluciones de expulsión, así como la posibilidad de permiso de residencia o de retorno asistido. Los textos citados prestan especial atención a la protección y asistencia a la víctima durante la investigación y el enjuiciamiento penal y se establecen salvaguardas para evitar la victimización secundaria, recogiendo, con diferentes concreciones, la obligación de prever en los ordenamientos la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos. También se recoge el denominado “principio de no punición”, que hace referencia a la posibilidad de no inculpar o castigar por las infracciones —también penales— que la víctima se hubiera visto obligada a cometer como consecuencia de su situación.

La mayor vulnerabilidad y el especial daño físico y psicológico que sufren los niños víctimas de trata hace necesario un tratamiento específico, que se refleja en especiales salvaguardas en los tres textos citados. Además, el Convenio de Varsovia en su artículo 17 establece el compromiso de las Partes para promover la igualdad de género y la integración de la perspectiva de género en la aplicación de las medidas de protección y asistencia a las víctimas.

Estas serían, a muy *grosso modo*, las obligaciones de protección y asistencia a las víctimas impuestas a España por los tres textos mencionados. Para que estos derechos sean efectivos, es decir para un auténtico abordaje victimocéntrico en la concreción y traslación a nuestro ordenamiento jurídico conviene —dentro del planeamiento general de este epígrafe— destacar, al menos, cuatro ideas.

En primer lugar, que para tutelar los derechos de las víctimas primero es necesario detectarlas e identificarlas. Sin identificación, cualquier derecho es ilusorio. Se podría hablar de un deber de los Estados de detectar e identificar y un derecho de las víctimas a ser detectadas e identificadas. El Convenio de Varsovia consagra expresamente en el artículo 10 la obligación de cada Parte de dotar a sus autoridades competentes de personas formadas y cualificadas en la identificación y asistencia a las víctimas, así como la obligación de adoptar las medidas legislativas u otras medidas necesarias para dicha identificación, en colaboración con las organizaciones encargadas de prestarles asistencia, en un procedimiento que tenga en cuenta la situación de las mujeres y los menores víctimas. Por su parte, la Directiva 2011/36/UE en su art. 11.4 establece: “(l)os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer mecanismos apropiados dirigidos a la identificación, la asistencia y el apoyo tempranos a

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf). Sobre la diligencia debida en la identificación de las víctimas de trata, vid. GARCÍA SEDANO, Tania, 2020. *Detección, identificación y protección de las víctimas de trata*, Madrid: Editorial Reus, pp. 85 y ss.

las víctimas, en cooperación con las organizaciones de apoyo pertinentes”. La identificación es un acto jurídico de primer orden al que, como veremos, nuestro ordenamiento jurídico no presta la necesaria atención.

Una segunda idea, simple pero clarificadora, es que la identificación de alguien como víctima de trata o explotación puede tener muy diversos efectos jurídicos. Cuestiones como quién es la autoridad competente para identificar o cuál ha de ser el procedimiento a seguir, dependerán de las medidas de protección que se pretendan activar, de qué derechos y consecuencias jurídicas van unidos a la identificación formal. Así, la autoridad competente para identificar variará dependiendo, por ejemplo, de si se trata de considerar a la víctima beneficiaria de una indemnización por responsabilidad civil derivada del delito, de la posibilidad de acceder al salario mínimo vital, o de si lo que se dilucida es una autorización de residencia y trabajo vinculada a la identificación. Por tanto, no existe un único reconocimiento de víctima de trata de seres humanos ni un único procedimiento.

Avanzando un paso más, surge una tercera idea importante: aunque las víctimas de trata y explotación efectivamente son víctimas de delitos, no siempre los hechos van a poder ser objeto de un proceso penal —por ejemplo, porque sus autores no son conocidos o no están localizables—. Por ello es necesario un procedimiento de identificación de la víctima autónomo respecto del proceso penal, cuyo análisis es objeto de este artículo.

Abordar la trata y explotación de personas como una cuestión de derechos humanos no significa descuidar la incriminación y el castigo de tan graves delitos, entre otras razones porque la justicia penal es también una forma y una vía de reparación⁴. Ambos cometidos conviven y es común que puedan entrar en conflicto, baste pensar en el valor que puede atribuirse a la víctima como fuente de información en la investigación penal y como prueba de cargo en el proceso. Cuando esto sucede, el preceptivo enfoque de derechos humanos determina que las necesidades de la víctima no pueden quedar anuladas o subordinadas al interés de la investigación y enjuiciamiento penal. Así lo dispone el art. 12.6 del Convenio de Varsovia, al establecer que “(l)as Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que la asistencia a una víctima no quede subordinada a su voluntad de actuar como testigo”. No obstante, es importante estar alerta pues no es raro encontrar ejemplos de

⁴ En este sentido, son de destacar las propuestas de tipificación realizadas por autores como Esteban Pérez Alonso (PÉREZ ALONSO, Esteban, 2022, “Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (fecha de consulta: 25/09/2023). Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/24/recpc24-07.pdf>), Esther Pomares Cintas (POMARES CINTAS, Esther, 2021, “Necesidad de una respuesta incriminadora de las prácticas de sometimiento forzoso a explotación del ser humano como formas de esclavitud moderna”, en Marín de Espinos Ceballos, E. (dir.): *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber amicorum en honor al Profesor Miguel Zugaldía Espinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 547-565) o Ana Belén Valverde-Cano (VALVERDE-CANO, Ana Belén, 2023, *Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, Valencia, Tirant lo Blanch.), entre otros.

dicha subordinación y no solo en el momento de aplicación de la norma, sino incluso ya en la propia la configuración normativa de importantes instrumentos de protección⁵.

A continuación, se se expondrá la regulación de la identificación de las víctimas de trata y explotación en el ordenamiento jurídico actual. Una vez detectados sus déficits, se estará en condiciones de valorar la propuesta del *Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2022*. Este análisis incluye las garantías adicionales para víctimas extranjeras, particularmente en situación de irregularidad migratoria. Sin embargo, se ha de renunciar a analizar las específicas salvaguardas dispuestas para las víctimas de trata menores de edad cuyo análisis requería una extensión mayor a la disponible. Por la misma razón tampoco resulta viable abordar la tutela de la víctima de trata durante la investigación y el proceso penal, limitándose este trabajo al estudio del procedimiento administrativo de identificación.

2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El objeto de este epígrafe es ofrecer un breve recorrido por el procedimiento administrativo de identificación de las víctimas de trata y explotación en el ordenamiento jurídico español. Este cometido no resulta tan fácil como a primera vista pudiera parecer por la fragmentariedad, dispersión e importantes lagunas de la actual regulación. Para determinar el procedimiento de identificación de víctimas de trata, ha de acudirse a varias normas jurídicas.

2.1. La identificación de las víctimas de trata en la *Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* y en el *Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*

Ni la irregularidad migratoria ni la extranjería son elementos integrantes de los delitos de trata o explotación. Un ciudadano español o comunitario también puede ser víctima de estos delitos. Sin embargo, resulta evidente la conexión entre el fenómeno de la trata y los procesos migratorios transfronterizos, así como que la mayoría de las víctimas de trata son personas extranjeras, muchas de ellas en situación de irregularidad migratoria. El peso de la extranjería en el fenómeno de la trata determinó que para dar respuesta a los compromisos internacionales se abordase prioritariamente la reforma de la legislación de extranjería. Así, la *Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración*

⁵ Como se verá más adelante y su propio nombre indica, un ejemplo de esta subordinación es la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración irregular que, que cooperen con las autoridades competentes*.

social, introdujo el artículo 59 bis⁶. Este precepto está desarrollado en el Capítulo IV, titulado “residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos” (arts. 140 a 146), del *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009* (en adelante, RELOEx).

Se trata de una regulación prolija y compleja en algunos aspectos, no siendo posible aquí una exposición pormenorizada⁷. Sí conviene comenzar señalando que se trata de un modelo eminentemente policial, que encomienda a “las autoridades policiales con formación específica en la investigación de la trata de seres humanos y en la identificación de sus víctimas” la identificación de las “potenciales víctimas no comunitarias de trata de seres humanos” (art. 141. 2 RELOEx). La extranjería añade complejidad a la cuestión competencial. Con independencia de las concretas unidades que lleven a cabo la identificación, se hace necesaria la intervención de las autoridades gubernamentales en materia de extranjería —Delegación y Subdelegación del Gobierno—, pues algunas importantes medidas de protección están relacionadas con el estatus migratorio.

Cronológicamente todo empieza con la detección, es decir, cuando alguien toma conciencia de estar ante una posible víctima de trata. Sin embargo, cuando esa detección llega a conocimiento de las autoridades policiales competentes es cuando se inicia el procedimiento propiamente dicho de identificación, que resulta bastante escueto. En él se prevé la posibilidad de realización de una entrevista personal con una serie de cautelas y que las organizaciones especializadas puedan aportar cuanta información consideren relevante (art. 141.2 RELOEx).

Una vez se ha producido la identificación, se contempla la concesión de un “periodo de restablecimiento y reflexión” (arts. 59 bis 2 de *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* [en adelante, LOEx] y 142 del RELOEx), que tiene una duración mínima ampliable de 90 días y es acordado por la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia. La resolución favorable deberá contener pronunciamiento expreso sobre las medidas cautelares de suspensión de procedimientos de devolución y expulsión o de ejecución de estas medidas, así como decretar la puesta en libertad de la potencial víctima si se encontrara privada de libertad en un Centro de Internamiento para Extranjeros (142.5 RELOEx). La concesión del periodo de restablecimiento y reflexión también conlleva autorización de residencia mientras dure (art. 142.6. RELOEx). Nótese cómo el art. 59 bis 2 segundo párrafo vincula esta autorización provisional de residencia al período de restablecimiento y reflexión cuando, en realidad, este periodo no siempre será necesario y sí aconsejable la autorización de residencia.

⁶ Reformado posteriormente por la *LO 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la L.O. 4/2000*, y por *LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*.

⁷ Para una exposición y crítica pormenorizada, vid. el artículo de RUEDA VALDIVIA, Ricardo, 2017, “Hacia un nuevo sistema de protección de las víctimas de trata en Derecho penal de extranjería”, en Pérez Alonso, Esteban (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 871-916.

El artículo 59 bis 4 de la LOEx prevé que “(l)a autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente”⁸.

En cuanto al retorno asistido, el artículo 145.1 del Reglamento establece que “el extranjero podrá solicitar el retorno asistido a su país de procedencia en cualquier momento desde que sean apreciados motivos razonables sobre su posible condición de víctima de trata de seres humanos, sin perjuicio de lo que las autoridades competentes en el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal pudieran determinar sobre su necesaria permanencia en territorio español de acuerdo con la normativa aplicable a su participación en dicha investigación o procedimiento”.

Más adelante se analizarán críticamente estas previsiones. De momento, baste poner de manifiesto la insuficiencia del procedimiento de identificación esbozado, que incurre en importantes lagunas como, por ejemplo, la falta de previsión de un acto formal de constatación o desestimación de la condición de víctima de trata que ponga fin al procedimiento.

2.2. El procedimiento de identificación en el *Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de trata de seres humanos*, de 28 de octubre de 2011

Cuando la víctima de trata es española o comunitaria, ha de acudir al *Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos* (en adelante, Protocolo Marco), adoptado por acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, Interior, Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Fiscalía General del Estado y Consejo General del Poder Judicial. El Protocolo Marco fija como primer objetivo concreto “definir el procedimiento de identificación de las víctimas de trata de seres humanos y coordinar la actuación de las autoridades e instituciones con responsabilidades en dicho proceso” (apdo. I.1.a.).

De forma prioritaria ha de acentuarse la gran anomalía que supone que el modelo común de identificación de las víctimas de trata y su procedimiento estén configurados en un protocolo, que no es una norma jurídica y que solo vincula a los firmantes.

⁸ En el ámbito comunitario, estas medidas protectoras de naturaleza migratoria están previstas en la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración irregular que, que cooperen con las autoridades competentes*.

El apartado V del Protocolo Marco versa sobre la detección de posibles víctimas de trata, indicando la forma de proceder. El inicio formal del procedimiento se produciría, no obstante, cuando la detección llega a conocimiento de las autoridades competentes para identificar a la víctima, cometido que el Protocolo —siguiendo la línea de la legislación de extranjería— encomienda a las “unidades policiales con formación específica en la prevención y lucha contra la trata y en la identificación y asistencia a las víctimas” (apdo. VI.A.1.). Al igual que la legislación de extranjería, el Protocolo Marco (apdo. VI.B.) recoge la realización de una entrevista —a efectuar por el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes para la investigación de estos delitos con formación específica—. Resulta sorprendente que se fije el final de la entrevista como el momento para informar a la víctima de su derecho a la asistencia jurídica gratuita, cuando carezca de recursos, así como de la posibilidad de contactar con una asociación especializada (apdo. VI.B.4.). La entrevista constituye una pieza fundamental en la identificación, por lo que resultaría pertinente que el nombramiento de letrado y el contacto con una asociación especializada se produjeran con anterioridad a la misma.

Además de la entrevista, en la determinación de la existencia de indicios razonables, se tendrán en cuenta los indicadores del Anexo 2 del Protocolo (VI.C.1.) y se recabará la información disponible sobre la situación personal de la víctima. Las organizaciones con experiencia acreditada podrán presentar cuanta información consideren relevante y también se tendrá en cuenta la aportada por profesionales cualificados para la valoración del estado de salud y social de la supuesta víctima. “Finalizado el proceso de identificación, la unidad policial competente para la identificación realizará el correspondiente informe, que se acompañará del resto de información recabada durante el proceso de identificación [...]” (apdo. VI.C.5.).

El apartado VII señala la información que ha de proporcionarse a la víctima, una vez identificada, incluyendo las medidas previstas en la legislación de extranjería. Sorprendentemente, el Protocolo Marco no recoge la posibilidad de un periodo de restablecimiento y reflexión para víctimas españolas o comunitarias, lo que carece de sentido tal y como se argumentará posteriormente. Asimismo, el Protocolo Marco incluye salvaguardas adicionales para las menores víctimas de trata.

Al igual que la legislación de extranjería, el Protocolo Marco guarda silencio sobre algo tan importante como la conclusión del procedimiento de identificación.

2.3. El modelo de identificación del art. 47 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, desarrollado por la Resolución de 7 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad de 27 de mayo de 2022, relativo a la acreditación administrativa de la condición de víctima de trata de seres humanos y/o explotación sexual y sus Anexos I y III.

En este recorrido por la regulación de la identificación de las víctimas de trata y explotación, es necesario mencionar el *Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania* (en adelante, *Real Decreto-ley 6/2022*), cuyo artículo 47 establece: “(l)as posibles situaciones vinculadas a la trata de seres humanos y a la explotación sexual, incluidas las derivadas del desplazamiento de personas que huyen del conflicto armado en Ucrania, podrán acreditarse a través de un informe emitido por los servicios públicos encargados de la atención integral a estas víctimas o por entidades sociales especializadas debidamente reconocidas por las Administraciones Públicas competentes en la materia. Dicha condición la ostentan aquellas entidades que colaboran formalmente con las Administraciones Públicas en la atención a este sector, a través de una subvención pública, un contrato o convenio específicos o a través de un protocolo oficial u otro instrumento formal en materia de trata o explotación sexual. Esta acreditación dará acceso a los derechos de información y derivación a recursos asistenciales establecidos en la normativa estatal y en el artículo 12 del Convenio de Varsovia y, en caso de cumplir el resto de los requisitos, al Ingreso Mínimo Vital”. El desarrollo de este artículo se encuentra en la *Resolución de 7 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad de 27 de mayo de 2022, relativo a la acreditación administrativa de la condición de víctima de trata de seres humanos y/o explotación sexual y sus Anexos I y III*.

El *Real Decreto-ley 6/2022* y el Acuerdo que lo desarrolla consagran un cambio de modelo al terminar con el monopolio policial, encargando la identificación formal, que se prefiere denominar “acreditación administrativa”, a organismos o servicios públicos habilitados a tales efectos. Llama la atención que ambas regulaciones resultan aplicables a todas las víctimas de trata y/o explotación sexual, aunque no estén vinculadas con la guerra de Ucrania, pero solo a la trata y explotación sexual y no al resto de las modalidades.

Según el Acuerdo, el procedimiento básico, que se inicia de oficio o a instancia de parte, consta de dos fases: la primera, consiste en la emisión de un informe de detección de posible víctima de trata y/o explotación sexual, informe elaborado por los servicios públicos de atención especializada o bien por aquellas organizaciones especializadas y con experiencia acreditada en la detección y protección de estas víctimas (apdo. quinto). La segunda fase se refiere a la expedición de la acreditación. Según el apartado sexto, “una vez emitido el informe de detección reglado en el punto anterior, en el que queden reflejados los indicios de que la solicitante es víctima de trata y/o explotación sexual, se expedirá el documento de acreditación”, sin que se prevea otra posibilidad que no sea emitir dicha acreditación formal. Lo determinante parece, pues, el informe de detección. Mantener a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado al margen de la acreditación no debería generar rechazo si se tiene en cuenta que esta acreditación administrativa sólo tiene efecto en cuanto al reconocimiento de ciertos derechos

sociales⁹. El apartado octavo del Acuerdo establece que, siempre previo consentimiento de la presunta víctima, se remitirán los documentos de acreditación a los efectos de iniciar el proceso de identificación formal previsto en la legislación de extranjería.

La regulación estatal comentada en este epígrafe configuraría el procedimiento administrativo de identificación¹⁰, autónomo respecto del proceso penal.

3. ALGUNOS DÉFICITS

El recorrido realizado por la regulación de los derechos y la identificación de las víctimas de trata y explotación permite poner de manifiesto importantes déficits. El primero hace referencia a la ausencia del necesario rango normativo de la regulación. Como se ha podido ver, el estatuto y el procedimiento común para la identificación de víctimas de trata está regulado en un protocolo, que no es una norma jurídica, ni vincula a terceros más allá de los firmantes; déficit normativo que conviene subrayar. El Protocolo Marco en su día supuso un avance, pues respondía a la urgente necesidad de unas pautas de actuación para la protección de las víctimas de trata. Que doce años después el Protocolo Marco siga vigente es una prueba más de la ausencia de interés o de la incompetencia de los poderes que ostentan la iniciativa legislativa, que han sido incapaces de adoptar las medidas legislativas necesarias. En definitiva, es una prueba del incumplimiento por parte del Estado español de sus obligaciones internacionales en la materia de protección, que incluyen la adopción de medidas legislativas.

⁹ El art. 12 del Convenio de Varsovia, entre las prestaciones incluidas en la asistencia a las víctimas para su restablecimiento físico, psicológico y social, menciona: unas condiciones de vida que puedan garantizar su subsistencia, a través de medidas como el acceso a una vivienda adecuada y segura y una asistencia psicológica y material; la asistencia médica de urgencia; ayuda en materia de traducción e interpretación, si fuera necesario; asesoría e información, especialmente en lo relativo a los derechos que le reconoce la ley, así como los servicios que se encuentran a su disposición, en un idioma que pueda comprender; asistencia para que sus derechos e intereses puedan estar presentes y tenerse en cuenta en los momentos adecuados de las acciones penales entabladas contra los autores de los delitos y el acceso a la educación para los niños.

¹⁰ Con frecuencia en la víctima de trata o explotación confluyen vulnerabilidades adicionales que darán lugar a la aplicación de otras normativas, por ejemplo, la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*. Sin embargo, aunque la situación de trata y explotación pueda estar en la base del reconocimiento de la protección internacional, el procedimiento diseñado por la Ley de Asilo no es un procedimiento de identificación de víctimas de trata, sino que tiene por objeto constatar si en la persona solicitante concurren los requisitos para poder ser considerada refugiado o si, sin tener esta condición, en caso de repatriación se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de dicha ley. Sobre las víctimas de trata como solicitantes de protección internacional, vid., por ej., VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, 2023. “Trata de seres humanos y protección internacional”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación* (REDC), (en línea), 50(1), pp. 89-99, (fecha de consulta: 24/08/2023). Recuperado de: <https://revistas.ucm.es/index.php/REDC/article/view/85461>

En los siguientes apartados se pondrán de manifiesto importantes déficits sustantivos que urge corregir. Para ello se pide de forma abrumadoramente mayoritaria una ley integral contra la trata¹¹. Este estudio considera pertinente una ley integral porque son demasiadas las cuestiones a abordar y variadas las normas que —por supuesto con las necesarias cautelas para no generar incoherencias y contradicciones— resulta inevitable reformar. Hacerlo a través de una ley integral contra la trata parece la opción más práctica, aunque la urgencia de reformar y prever determinadas cuestiones podrían justificar la reforma independiente de los textos normativos pertinentes.

3.1. La competencia en la identificación: monopolio policial versus multi-agencia

Hasta el Real Decreto-ley 6/2022 la identificación de las víctimas de trata y explotación sexual era competencia exclusiva de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y sigue siéndolo para aquellas modalidades de trata y explotación diferentes a la sexual. Esto genera una serie de problemas.

Las víctimas de trata suelen estar en situación de irregularidad migratoria y el miedo a la expulsión es uno de los poderosos motivos —puede incluso que se hayan visto obligadas a cometer algún delito— que les hará evitar a la policía¹². El Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (en adelante, GRETA) —responsable de supervisar la implementación del Convenio de Varsovia—, en sus sucesivos informes sobre España, viene mostrando su preocupación por esta cuestión, en particular por el hecho de que “el sistema de identificación español pone a las posibles víctimas de trata en contacto temprano con la policía y esto puede ser un factor disuasorio para las víctimas en situación irregular o con poca confianza en la policía”¹³.

Esto explicaría que, como apunta Miranda Ruche, “[...] en términos comparados, observamos que aquellos países de nuestro entorno que cuentan con un mayor número de actores con capacidad y autoridad para identificar son precisamente los que alcanzan un número más alto de víctimas registradas, hecho que los hace presuponer más eficaces en esta etapa. En este sentido, si anteriormente señalábamos que España y Alemania presentan un número presumiblemente bajo de víctimas

¹¹ Señalada como una prioridad para la identificación, protección y asistencia a las víctimas por el Plan Estratégico Nacional Contra la Trata y Explotación 2021-2023. Una voz cautelosa sobre esta necesidad es la de Villacampa Estiarte, quien entiende que “(l)la previsión de estatutos normativos *ad hoc*, léase leyes integrales protectoras, para los sucesivos procesos de victimización que vayan identificándose, además de resultar asistemático, entraña riesgos como el tratamiento desigual injustificado de determinados grupos de víctimas y la dilución de su estatuto jurídico protector al dispensarlo en diversas normas jurídicas”. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, 2023, “Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación”, *Diario La Ley*, nº. 10267, 14 de abril, p.2.

¹² Sobre esta desconfianza, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, 2021. “Las víctimas de trata y su criminalización”, en *Homenaje al Profesor Joan Queralt*. Barcelona: Editorial Atelier, pp. 619-628.

¹³ GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2018. *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings by Spain. Second evaluation round*, Strasbourg, 2018, núm. marginal 139, (fecha de la consulta: 10/09/2023). Recuperado de: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51eo>

registradas en comparación con el resto de los países, ello coincide con el hecho de que ambos confían esta competencia, de manera exclusiva, a la autoridad policial. En cambio, países con una capacidad de detección mayor son también aquellos que presentan sistemas con más de un actor que atesora dicha atribución”¹⁴.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que tienen encomendadas funciones de identificación, tienen atribuidas al tiempo o bien funciones de investigación penal o bien la aplicación de la legislación de extranjería y de una política migratoria muy focalizada en la expulsión. Su participación resulta en muchos casos indispensable para abordar de forma integral la situación, pero el monopolio competencial no es el mejor modelo para garantizar una priorización de las funciones de asistencia y protección por encima de los intereses de la persecución penal y de una política migratoria focalizada en la expulsión¹⁵, pudiéndose concluir la necesidad de revisar el modelo. En este sentido, el GRETA en su reciente *Evaluation report Spain. Third evaluation round. Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings*, insta a las autoridades españolas a mejorar la identificación de las víctimas de trata y, en particular, a reforzar la participación multi-agencia en este proceso y a reconocer formalmente el rol de las ONG especializadas en la toma de decisiones que llevan a la identificación de las víctimas de trata^{16 17}.

¹⁴ MIRANDA RUCHE, Xabier, 2022. “La protección de las víctimas de trata de seres humanos: análisis comparados y propuestas para un futuro protocolo en España”, en Villacampa Estiarte, C. (dir.) y Planchadell Gargallo, A. (coord.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 998-1029, p. 1009. También en MIRANDA RUCHE, Xavier; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, 2021. “La atención a las víctimas de trata de seres humanos. Un análisis crítico del protocolo marco español desde una perspectiva comparada”, *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social* (en línea), vol. 28, n. 2, pp. 141-146, (fecha de consulta: 02/08/2023). Recuperado de: <https://alternativasts.ua.es/article/view/17434>

¹⁵ En este sentido, RED ESPAÑOLA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, 2020, *Informe de la Red Española contra la Trata de Personas para la Oficina de Coordinación Europea de Lucha contra la Trata*, 13 de mayo de 2020, (fecha de consulta: 24/08/2023). Recuperado de: https://www.proyectoesperanza.org/wp-content/uploads/2019/06/2015_INFORME-RECTP-para-COORDINADORA-EU-CONTRA-LA-TRATA.pdf, p.11. Esta confluencia de funciones estaría conectada con la queja de entrevistados por el GRETA para su segundo informe sobre España: “según muchos interlocutores entrevistados durante la segunda visita de evaluación, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado siguen exigiendo un elevado umbral de prueba para considerar a una persona víctima de trata y ofrecerle asistencia y medidas de protección, en lugar de aplicar los conceptos de "presunta víctima" y "motivos razonables". GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2018, op. cit., núm. marginal 139.

¹⁶ GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2023. *Evaluation report Spain. Third evaluation round. Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings*, Strasbourg, (fecha de consulta: 02/08/2023). Recuperado de: <https://rm.coe.int/greta-evaluation-report-on-spain-3rd-evaluation-round-greta-2023-10-ac/1680ab8dof>, núm. marginal 35.

¹⁷ Una voz discrepante frente a la mayoría que se inclina por un órgano colegiado multi-agencia, es la de Lafont Nicuesa, quien defiende que la identificación ha de estar centralizada en una institución, al entender que “(u)n concurso de voces en labores decisorias es una fuente de conflictos y dilación del sistema”. LAFONT NICUESA, LUIS, 2022, “Aspectos represivos, procesales y de protección que una futura ley integral de trata debiera abordar”, en Villacampa Estiarte, C. (dir.) y Planchadell Gargallo, A. (coord.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su*

3.2. El periodo de restablecimiento y reflexión

La actual configuración del periodo de restablecimiento y reflexión presenta importantes déficits que deberían ser corregidos.

En primer lugar, se fija la colaboración en la investigación y proceso penal como la finalidad exclusiva de dicho periodo, sin mención alguna al restablecimiento físico y psíquico o a la desvinculación de los tratantes (arts. 59 bis 2 LOEx y 142 del RLOEx y apdo. XIII Protocolo Marco). El art. 13 del Convenio de Varsovia prevé esta figura con el fin de que la persona sobre la que concurren motivos razonables para creer que es una víctima de trata y/o explotación “pueda restablecerse y escapar a la influencia de los traficantes y/o pueda tomar, con conocimiento de causa, una decisión en lo relativo a su cooperación con las autoridades competentes”¹⁸, por lo que, en este aspecto, nuestro ordenamiento no satisface las obligaciones derivadas del Convenio. Nótese que habrá ocasiones en que la víctima no esté en condiciones de prestar dicha colaboración porque carezca de información relevante pero también, por ejemplo, porque sus allegados están en grave peligro y no pueden ser protegidos. Desde otra perspectiva, incluso puede afirmarse que atender en primer lugar a las necesidades de las víctimas beneficia el fin de persecución y castigo del delito, pues una víctima cuidada y protegida estará más dispuesta a colaborar¹⁹.

En segundo lugar, la regulación vigente prevé el período de restablecimiento y reflexión exclusivamente para víctimas extranjeras²⁰. La actual regulación no posibilita la aplicación de este periodo cuando son víctimas nacionales o comunitarias, lo cual a todas luces carece de sentido, tanto si se concibe como un instrumento de recuperación como si se entiende como un instrumento para

incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos? Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 51-82, p. 67.

¹⁸ Por el contrario, podría entenderse que la Directiva 2004/81/CE condiciona el periodo de reflexión a la colaboración. El art. 6 regula el denominado “periodo de reflexión”, estableciendo en el núm. 1: “Los Estados miembros garantizarán que se conceda a los nacionales de terceros países interesados un período de reflexión que les permita recuperarse y librarse de la influencia de los autores de los delitos, de forma que puedan decidir con conocimiento de causa si cooperan con las autoridades competentes”.

¹⁹ Según el *Manual para la lucha contra la trata de personas*, de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “(u)n modo muy eficaz de alentar a las presuntas víctimas de la trata a que se identifiquen ellas mismas como tales es dejarles un “período de reflexión” (véase el capítulo VII), período durante el cual se las remite a servicios y a orientación sin que tengan que declarar su situación a la policía de manera inmediata. Así, la posible víctima de la trata recibe la asistencia adecuada y puede tomar decisiones meditadas”. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), 2007. *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Nueva York, (fecha de consulta: 08/09/2023). Recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf, p. 147.

²⁰ Críticamente, entre otros muchos, Miranda Ruche, quien precisa que se trata de un defecto compartido por otros países de nuestro entorno, a excepción de Reino Unido que ofrece el periodo de restablecimiento y reflexión a todas las víctimas incluso si son británicas. Op. cit., p. 1016.

favorecer la colaboración. Semejante fallo solo se explica por la inercia en el abordaje de la trata de seres humanos desde la perspectiva la extranjería.

Otro importante defecto a señalar es que el periodo de restablecimiento y reflexión se concede, en su caso, una vez que la víctima ha sido identificada. Según el art. 142.2 RLOEx “cuando la identificación haya sido efectuada” por las unidades de extranjería, estas harán la solicitud, correspondiendo la decisión a la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia “donde se hubiera realizado la identificación” (art. 142.1. RLOEx)²¹. Las expresiones entrecomilladas sugieren que este periodo sólo procede una vez que se ha verificado la identificación, a pesar de que —entendido como un instrumento de restablecimiento físico y psicológico— puede resultar pertinente desde el momento mismo que las autoridades competentes tienen conocimiento de una posible víctima de trata y, en este sentido puede interpretarse el artículo 13 del Convenio de Varsovia²². La actual regulación parece ignorar, por una parte, que la identificación puede ser un proceso complicado, entre otras razones porque la víctima puede necesitar tiempo para recuperarse y, por otra, que este periodo de restablecimiento y reflexión está llamado a ser un instrumento para la asistencia integral, cuya utilidad puede manifestarse desde la detección. Resulta imprescindible que se corrijan estos defectos de la actual regulación.

3.3. Específicas medidas de protección para víctimas extranjeras

Cuando se trata de víctimas extranjeras, especialmente si se encuentran en situación de irregularidad migratoria, resulta imprescindible la adopción de específicas medidas de protección durante el procedimiento de identificación o una vez terminado el mismo. Su irregularidad migratoria las convierte en infractores e infractoras del Derecho de extranjería, que actúa como un auténtico derecho administrativo “del enemigo”, reaccionando con medidas y sanciones de una gran aflictividad, principalmente con medidas de repatriación, cuya aplicación supone, en la mayoría de los casos, devolver a las víctimas al contexto que las colocó bajo el poder de los tratantes²³.

²¹ Como señala Plasencia Domínguez, según el art. 142 del RELOEx, solo las unidades de extranjería son las competentes para proponer el periodo de restablecimiento y reflexión. PLASENCIA DOMINGUEZ, Natividad, 2019. “Mecanismos de tutela legal de las víctimas de trata de seres humanos”, *Diario La Ley*, n. 9353. Cabe preguntarse si esta atribución es correcta en cuanto el periodo de restablecimiento y reflexión debe ser entendido como un instrumento de protección de las víctimas de trata y posiblemente no sean las unidades de extranjería las más aptas para valorar su pertinencia.

²² GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2018, op. cit., núm. marginal 194.

²³ Sobre el contenido aflictivo de las repatriaciones forzadas y del internamiento cautelar de personas extranjeras en los Centros de Internamiento, vid. M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (Dirección y redacción). MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita; BENITO LÓPEZ, Raquel; GARCÍA DEL BLANCO, Victoria; SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Pilar; SEGOVIA BERNABÉ, Carmen José, 2013. *Mujeres en el CIE: género, inmigración e internamiento*. San Sebastián: Editorial Gakoa. Existe versión digital con licencia creative commons, en repositorio E- Prints Complutense, disponible en: <https://docta.ucm.es/entities/publication/6a807d26-e125-4658-af22-31505780b76>, (fecha de consulta: 08/09/2023).

El artículo 59 bis 4 de la LOEx prevé que “(l)a autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente”. Esta previsión satisfaría las obligaciones derivadas del Convenio de Varsovia, en cuanto no condiciona la autorización de residencia a la cooperación con las autoridades, sino que prevé expresamente la autorización de estancia cuando la autoridad competente considere que su permanencia es necesaria por razón de su situación personal (art. 14 Convenio de Varsovia).

Sin embargo, como bien pone de manifiesto Rueda Valdivia²⁴, esta decisión gubernamental, así como el resto de las medidas protectoras relativas al estatus migratorio que contempla el art. 59 bis, están configuradas de una forma absolutamente discrecional que debería corregirse. Efectivamente, en la actualidad estas medidas —previstas fundamentalmente en la legislación de extranjería—, en vez de configurarse como derechos de las presuntas víctimas de trata o de la víctima de trata ya identificada, parecen articularse como decisiones discrecionales de las autoridades gubernativas, lo que permite dar prioridad a la política de expulsiones impulsada desde la Unión Europea frente a las necesidades de las víctimas. Estas previsiones de la legislación de extranjería obligan a recordar que estas personas han sufrido graves vulneraciones de derechos humanos, por lo que, una vez constatada la condición de víctima, la exención de responsabilidad administrativa y la regularización migratoria debieran ser automáticas si la víctima lo solicita, pudiendo admitirse quizá alguna causa de denegación tasada y absolutamente excepcional, no siendo de recibo la actual apariencia de discrecionalidad.

En cuanto al retorno asistido, el 145.1 RELOEx establece que “el extranjero podrá solicitar el retorno asistido a su país de procedencia en cualquier momento desde que sean apreciados motivos razonables sobre su posible condición de víctima de trata de seres humanos, sin perjuicio de lo que las autoridades competentes en el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal pudieran determinar sobre su necesaria permanencia en territorio español de acuerdo con la normativa aplicable a su participación en dicha investigación o procedimiento”. Puede comprobarse cómo una medida —el retorno asistido— que, previa evaluación de riesgos y con las debidas cautelas, puede contribuir al restablecimiento de la víctima, se condiciona a la colaboración con las autoridades, hasta el extremo que pone de manifiesto Rueda Valdivia: “pero lo que no es de recibo es que la ejecución del retorno se pueda ver aplazada en tales ocasiones precisamente por decisión de las autoridades que intervengan en la investigación del delito o en el procedimiento penal y con las que la víctima se haya negado a colaborar. Y ello por cuanto una decisión en tal sentido, posponiendo el retorno de la víctima hasta el momento en

²⁴ RUEDA VALDIVIA, Ricardo, op. cit., pp. 890 y s.

que las referidas autoridades lo estimen conveniente para su investigación o para el procedimiento judicial en curso, implica una clara coacción para la víctima, que puede sentirse compelida a colaborar pese a haber decidido inicialmente no hacerlo, para conseguir una pronta ejecución del retorno solicitado”²⁵.

3.4. Inexistencia de un auténtico procedimiento administrativo de identificación

Como se ha podido apreciar en los epígrafes precedentes, salvo un par de pinceladas, no existe un procedimiento de identificación propiamente dicho, entendido como “el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración”²⁶, un cauce que promueva la identificación de las víctimas de trata y explotación y posibilite el ejercicio de sus derechos.

Ya en su Informe 2013 sobre España, el GRETA se hacía eco de esta anomalía, incluyendo textualmente la respuesta sobre el procedimiento de identificación ofrecida por el entonces Gobierno de España; una respuesta que pone de manifiesto la gran inseguridad jurídica de las víctimas de trata: “(n)o existe un plazo para la identificación de las víctimas de trata ni un procedimiento establecido para comunicar la decisión de identificación a la persona afectada [...]. La condición de víctima de trata se concede cuando la policía considera que hay indicios suficientes y el resultado del procedimiento de identificación se comunica verbalmente a la persona afectada. Las autoridades españolas han declarado que la identificación de las víctimas de trata no puede considerarse una decisión administrativa y, por tanto, no puede ser recurrida”²⁷.

No se puede negar que en los últimos años se han dado pasos importantes en las políticas públicas para la protección de las víctimas, pero un adecuado procedimiento de identificación sigue siendo hoy una necesidad urgente frente a las deficiencias de la actual regulación, que, como se ha visto, ni siquiera garantiza algo tan básico como que la identificación se verifique a través de una resolución expresa.

La decisión de la Administración acerca de la condición de víctima de trata es un acto administrativo que afecta a derechos de la interesada o interesado y que está sometido a las garantías constitucionales. En aquellos aspectos no regulados expresamente por una norma, al menos del mismo

²⁵ RUEDA VALDIVIA, Ricardo, op. cit. p. 897.

²⁶ Definición de la Exposición de Motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

²⁷ GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2013, pfo. 152. En su Informe la Red Española Contra la Trata considera una prioridad la reforma del procedimiento de identificación (RED ESPAÑOLA CONTRA LA TRATA, op. cit. p. 12), denunciando que “se ha observado también la existencia de prácticas y criterios de actuación policial muy dispares, que varían no sólo entre Comunidades Autónomas, sino también dentro de cada provincia, lo que repercute negativamente en la identificación y protección de las víctimas, especialmente cuando la identificación policial no se hace en base a un enfoque de derechos humanos. La falta de implementación efectiva de las directrices que priorizan un enfoque centrado en la víctima arroja resultados muy desiguales y de descoordinación entre las administraciones a lo largo del territorio español” (op. cit. p. 4).

rango, habrá que regirse por los principios de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (en adelante, LPACAP). Con las necesarias adaptaciones y particularidades, se considera acertado la articulación del procedimiento de identificación de las víctimas de trata siguiendo los principios y estructura básica de la Ley 39/2015.

Este es el modelo propuesto por Fernández Vicens y García Sedano²⁸. Se trataría de un procedimiento de naturaleza declarativa, que puede iniciarse a instancia de cualquier órgano que haya detectado una presunta víctima de trata, de oficio o también a instancia de la propia víctima. Cuando la solicitud de reconocimiento llega al órgano competente, antes de dictar acuerdo de iniciación del procedimiento, podrá ordenar la realización de actuaciones previas si fueran necesarias (art. 55 LPACAP) y adoptar medidas provisionales de protección (art. 56.2 LPACAP). Iniciado el procedimiento, se adoptarán las medidas provisionales (art. 56 LPACAP) pertinentes, como las de asistencia y apoyo psicosocial, el periodo de restablecimiento y reflexión —que las mencionadas juristas proponen escindir en dos sucesivos de cuarenta y cinco días mínimos—, las medidas cautelares relacionadas con el estatus migratorio, etc., sin que estas medidas cautelares puedan estar condicionadas a la colaboración de la víctima en la investigación y proceso penal.

Durante el periodo de restablecimiento y reflexión no podrá realizarse la entrevista, pero sí una comparecencia personal a fin de que se pueda informar a la presunta víctima del objeto del procedimiento y de los derechos que le asisten y preste su consentimiento a las medidas provisionales propuestas. Se instruye el procedimiento mediante un periodo de alegaciones (art. 75 LPACAP) y se recaban y practican las pruebas. En este momento del procedimiento es cuando se realizaría la entrevista a la víctima, observando una serie de garantías, pudiéndose prescindir de la misma cuando no sea necesaria o aconsejable. Una vez instruido el expediente, se elevará a la Comisión de Identificación de Víctimas, que puede devolverlo al instructor si está incompleto y, si está completo, elevará una propuesta motivada al organismo competente para resolver que se localizaría en una Dirección General de Víctimas de Trata. El procedimiento puede concluir por cualquiera de las causas previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo Común y, en caso de existir motivos razonables para considerar que se está ante una víctima de trata, se le reconocerá el estatuto jurídico correspondiente. A juicio de estas juristas, la desestimación o el archivo del expediente no debería impedir que se pueda presentar una ulterior solicitud.

²⁸ No se ha encontrado publicación escrita de las autoras sobre este modelo. La fuente de información utilizada es la mesa redonda en la que expusieron dicho modelo. FERNÁNDEZ VICENS, Patricia y GARCÍA SEDANO, Tania, Mesa redonda: “Detección e identificación de la víctima de trata de seres humanos: procedimiento administrativo”, organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, (última consulta 28/09/2023), recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=KKo6r7n4YH4&t=3379s>

4. EL PROCEDIMIENTO DE IDENTIFICACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA INTEGRAL CONTRA LA TRATA Y EXPLOTACIÓN DE SERES HUMANOS, APROBADO EN EL CONSEJO DE MINISTROS DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2022

4.1. Planteamiento

Aunque la iniciativa legislativa decayó por disolución de las Cortes Generales, el *Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y explotación de seres humanos* (en adelante, *Anteproyecto*), aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2022, es hasta el momento la propuesta más completa en lo relativo a la asistencia y protección de las víctimas de trata o explotación y, en particular, en relación el diseño de un procedimiento de identificación, por lo que bien merece una atención especial.

Según la Exposición de Motivos, la asistencia y protección a las víctimas constituye el “eje vertebrador” de la ley integral; una perspectiva victimocéntrica que se refleja en un elenco de derechos recogidos en el Título III y que configurarían el estatuto jurídico de la víctima de trata o explotación. Así, desde el momento en que es detectada, la víctima tendrá derecho a la información (art. 33), al acceso a servicios bastante completos de asistencia y apoyo, que incluyen un alojamiento apropiado y seguro, recursos básicos de asistencia médica, psicológica y social especializada, asesoramiento legal y asistencia inmediata y urgente (art. 35). También desde el momento de la detección las víctimas tienen derecho a la protección, incluidos hijas e hijos menores o con discapacidad cuando se encuentren en España, pudiendo extenderse a aquellas personas en este país con las que la víctima tenga vínculos familiares o análogos y que pudieran estar en riesgo (art. 37). Asimismo, se garantiza su derecho a la privacidad y a la protección de su identidad (art. 38). El artículo 39 consagra la asistencia de abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos relacionados con la situación de trata y explotación. Desde la identificación provisional —concepto que se explicará más adelante— las víctimas tienen derecho al retorno voluntario (art. 36) y al acceso a programas de inclusión socio-laboral, programas de formación y de empleo en el marco del Plan Nacional de Inserción Social y Laboral (art. 40). El acceso a la prestación del ingreso mínimo vital (art. 41) no se precisa si surge desde el momento de la identificación provisional o si sólo se genera a partir de la identificación definitiva, tal y como sucede con el derecho de estas víctimas a ser consideradas colectivos prioritarios en los programas de acceso a la vivienda (art. 42). El capítulo V recoge el derecho a la indemnización y restitución tanto en el marco del proceso penal (art. 44) como fuera de él, previendo para ello la creación de un Fondo (art. 45). El artículo 42 hace referencia a las víctimas extranjeras, remitiéndose a la legislación de extranjería y el Título IV recoge una serie de salvaguardas adicionales cuando la víctima de trata o explotación es un menor de edad (arts. 49-57).

Como se viene acentuando, la identificación —y la previa detección— es el presupuesto de todos estos derechos que integran el estatuto jurídico de las víctimas de trata y explotación. En sintonía con los textos supranacionales de referencia, la identificación se configura en sí misma como un derecho: “(l)as presuntas víctimas de trata y explotación, desde el momento de su detección, tienen derecho a su

derivación inmediata a los servicios especializados de asistencia y protección y a que se ponga en marcha el procedimiento de identificación de acuerdo con lo establecido en el título II” (art. 34).

4.2. El procedimiento común de identificación

A pesar de los muchos aspectos positivos y de los buenos propósitos, el Anteproyecto falla en el diseño del procedimiento de identificación (arts. 24 y ss.), proponiendo uno que no facilita el ejercicio de derechos, muy descuidado en lo técnico, que incurre en contradicciones e incumple algunos de los principios que proclama. A continuación, se expondrá dicho procedimiento para después proceder a su valoración.

El primer momento relevante en el camino hacia el reconocimiento de derechos como víctima de trata es el de la detección, al que se vinculan determinados derechos. El Anteproyecto señala —aunque de forma algo confusa²⁹— diferentes vías, actores y escenarios de detección y encomienda al Mecanismo Nacional de Derivación³⁰ un papel primordial, en cuanto “valorará la situación de la presunta víctima y, en su caso, la derivará inmediatamente a la entidad de primera acogida designada en cada comunidad autónoma [...]” (art. 25.3). Sin embargo, no señala con claridad los cauces para que cualquier detección llegue a conocimiento del Mecanismo, ni precisa quiénes dentro de este órgano colegiado valorarán y derivarán con la necesaria celeridad.

En cuanto al procedimiento de identificación propiamente dicho, el Anteproyecto diferencia dos momentos: la identificación provisional y la identificación definitiva.

La identificación provisional corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado “con la colaboración de las Unidades de Violencia sobre la mujer y de los servicios sociales de las administraciones públicas competentes y de las entidades especializadas en el ámbito de sus respectivas atribuciones” (art. 26.1). El procedimiento de identificación formal se inicia a través de una entrevista “que se realizará dentro del plazo máximo de setenta y dos horas desde que se haya tenido conocimiento por parte de cualquiera de los organismos indicados en el apartado anterior [...]” y, en cuya práctica, se apuntan una serie de cautelas para evitar la victimización secundaria (art. 26.2). “Si tras la entrevista, y con arreglo a los indicadores y protocolos establecidos, se confirma la existencia de motivos razonables para entender que se está ante una presunta víctima, se produce la identificación provisional y se informará a la presunta víctima de sus derechos. La resolución y el expediente se

²⁹ También echa en falta una mayor claridad en la regulación de la detección, PROYECTO ESPERANZA, 2022, p. 3.

³⁰ El Mecanismo Nacional de Derivación se configura como “un órgano colegiado interministerial adscrito a la Relatoría Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos. Estará presidido por la persona titular de la Relatoría e integrado por representantes del Ministerio de Justicia, del Ministerio de Igualdad, a través de la persona titular de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género y por los representantes de otros departamentos cuyas competencias incidan en el ámbito de aplicación de esta ley, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente” (art. 60 del Anteproyecto).

elevant en un plazo máximo de 72 horas a la Unidad Multidisciplinar de Identificación correspondiente, a los efectos de su identificación definitiva” (art. 26.3).

Bajo el equívoco título “identificación definitiva por la Unidad Multidisciplinar de Identificación”, el artículo 27.1 establece que, recibida la resolución de identificación provisional, cada uno de los miembros de la Unidad, “en el ámbito de sus competencias, recabará la información que considere necesaria y la compartir con la Unidad. La Unidad podrá acordar la audiencia de la persona interesada y de la entidad u organización que le preste asistencia, cuando lo considere indispensable o la víctima lo solicite”³¹. Según el artículo 58.2 del Anteproyecto, estas unidades, con las que se contará en cada provincia, estarán “formadas por un representante a nivel policial de las unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y por la Unidad de Violencia sobre la mujer integrada orgánicamente en la Delegación de Gobierno, Subdelegación y Dirección Insular que corresponda. En un plazo máximo de 5 días desde la notificación de la identificación provisional y previo informe de las entidades especializadas acreditadas, la Unidad Multidisciplinar de Identificación emitirá un informe motivado sobre la procedencia de la identificación, que elevará a la Delegación, Subdelegación de Gobierno o Dirección insular correspondiente (art. 27.2). Estos son los organismos competentes para dictar resolución definitiva de identificación, frente a la cual “podrá interponerse recurso de reposición en el plazo de tres días [...]” (art. 29.2) y contra la desestimación del recurso de reposición, cabr interponer contencioso administrativo (art. 29.2, segundo párrafo).

Pero qu sucede si la identificación provisional es denegada? En este caso el artículo 26.4 del Anteproyecto se limita a establecer que “podrá interponerse recurso de alzada en el plazo de tres días”, sin que se especifique ante qun ha de interponerse dicho recurso, cuestión en absoluto baladí.

4.3. Valoración

Antes de adentrarnos en las especiales salvaguardas para las víctimas extranjeras, convendría ya señalar algunos aspectos del procedimiento común susceptibles de crítica.

A pesar de la creación de nuevas figuras como el Mecanismo Nacional de Derivación o las Unidades Multidisciplinares de Identificación, y en contra de lo proclamado en el Anteproyecto, no hay un cambio de modelo en lo relativo a la competencia para identificar, manteniéndose el protagonismo policial.

En primer lugar, sería importante que el propio Anteproyecto no generara confusión con declaraciones que después no se plasman en el procedimiento articulado o que, incluso, se ven contradichas. Así, por ejemplo, el artículo 24.4 establece que “a los efectos del procedimiento de identificación formal previsto en la ley, el Mecanismo Nacional de Derivación podrá tener en cuenta los

³¹ Según el art. 58.2 del Anteproyecto, las Unidades Multidisciplinares de Identificación, con las que se contará en cada provincia, estarán “formadas por un representante a nivel policial de las unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y por la Unidad de Violencia sobre la mujer integrada orgánicamente en la Delegación de Gobierno, Subdelegación del Gobierno o Dirección Insular que corresponda”.

informes en materia socio-asistencia de las administraciones públicas competentes”, cuando, en realidad, este Mecanismo carece de competencias en el procedimiento más allá de un papel inicial de derivación. La Exposición de Motivos también genera una apariencia de competencia a favor del Mecanismo, afirmando que “(e)ste mecanismo es el encargado de la inmediata derivación de las presuntas víctimas de trata y explotación a los servicios especializados de asistencia y protección y del proceso de identificación”, o al señalar como una de sus funciones “la ejecución del procedimiento de identificación formal de las víctimas” (apdo. X). Sin embargo, el Mecanismo carece de competencia al respecto.

También el título del artículo 27 (“identificación definitiva por la Unidad Multidisciplinar de Identificación”) induce a error³². Aunque recibida la identificación provisional, a la Unidad Multidisciplinar de Identificación le corresponde recabar la información necesaria y elevar una propuesta motivada, la resolución de identificación definitiva compete, según lo establecido en el artículo 29, a las Delegaciones de Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, las Subdelegaciones de Gobierno en las pluriprovinciales y las Direcciones insulares en las insulares, es decir, a órganos territoriales de la Administración del Estado. Aunque no resulte previsible que el órgano decisor se aparte de la propuesta, es importante hacer constar que no es la Unidad Multidisciplinar de Identificación quien dicta formalmente el acto administrativo denegando o reconociendo la consideración de víctima, lo que tienen relevancia, por ejemplo, a efecto de los recursos.

Además, ha de tenerse en cuenta que el protagonismo policial se mantiene en la composición de las Unidades de cada provincia, integradas por un representante a nivel provincial de las unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y por la Unidad de Violencia sobre la Mujer (art. 58.2). El protagonismo policial se hace aún más evidente en otra decisión clave del procedimiento: la identificación provisional que, como se vio, corresponde exclusivamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin que tal monopolio se vea menoscabado por la mención a que ha de ejercerse “con la colaboración de las Unidades de Violencia sobre la mujer y de los servicios sociales de las administraciones públicas competentes y de las entidades especializadas en el ámbito de sus respectivas atribuciones” (art. 26).

El Anteproyecto no presta atención a la importante eventualidad de que la identificación provisional sea denegada, limitándose a indicar que cabe recurso de apelación en el plazo de tres días, pero sin concretar el órgano superior que ha de resolver la alzada y, lo que es aún más importante, sin establecer un procedimiento que permita la participación de la Unidad Multidisciplinar de Identificación y de las entidades especializadas. Difícilmente podrá entenderse que el órgano competente para resolver la alzada es esta Unidad que, como se ha visto, no es un órgano decisorio, sino que la resolución corresponderá más bien a la Delegación, Subdirección de Gobierno o Dirección insular, según proceda.

En cuanto al periodo de restablecimiento y reflexión, el Anteproyecto no da respuesta a la necesidad evidente de establecer este instrumento de asistencia integral para todas las víctimas y sigue

³² Esta afirmación errónea está también incluida en la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

reservándolo para las víctimas extranjeras de terceros países, si bien ha de considerarse una mejora el que pueda ser adoptado desde el momento de la detección y no tras la identificación, como ocurre en la actualidad.

Por otra parte, el Anteproyecto establece plazos excesivamente breves que no contemplan las necesidades de las víctimas, lo cual es especialmente preocupante en relación con la entrevista. A pesar de que el GRETA en sus sucesivos informes sobre España, muestra su preocupación por cómo se practica la entrevista y, en particular, por el hecho de que “el sistema de identificación español pone a las posibles víctimas de trata en contacto temprano con la policía y esto puede ser un factor disuasorio para las víctimas en situación irregular o con poca confianza en la policía”³³, el Anteproyecto hace oídos sordos a estas advertencias y no prevé la posibilidad de adaptar los plazos a las necesidades de las víctimas.

Así, el art. 26.2 del Anteproyecto preceptúa que, en el plazo máximo de 72 horas desde su detección, es decir, desde que se tiene conocimiento de una persona en la que se aprecian motivos razonables para creer que es víctima de trata o explotación, la presunta víctima ha de ser entrevistada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a efectos de su identificación provisional, sin prever siquiera la posibilidad de suspender dicha entrevista cuando las circunstancias de la víctima lo aconsejen o incluso prescindir de ella por existir indicios claros de que se encuentra o se ha encontrado en situación de trata o explotación, generando con ello un elevado riesgo de revictimización. Si tenemos en cuenta que tras la detección ha de intervenir el Mecanismo Nacional de Derivación para conectar a la víctima con los recursos asistenciales pertinentes y poner en marcha el procedimiento de identificación, el plazo de 72 horas se muestra a todas luces ilusorio.

También el plazo máximo de once días desde la detección de indicios hasta que la Unidad Multidisciplinar de Identificación eleva tanto su informe como el de las entidades especializadas, se ha valorado como “preocupantemente corto”³⁴. La finalidad de que la Administración resuelva con celeridad ha de compatibilizarse con la adaptación de plazos y otras figuras del procedimiento a las necesidades de las víctimas durante el proceso que puede ser largo y complejo.

Resulta importante también señalar que el procedimiento diseñado no garantiza ni el derecho a la asistencia letrada, ni el derecho de defensa, resultando especialmente pertinente esta crítica en relación con la configuración de los recursos frente al rechazo de la identificación provisional o de la definitiva.

³³ GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2018, op. cit. núm. marginal 139.

³⁴ El Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto critica la brevedad de los plazos (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2023. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y explotación de seres humanos*. Acuerdo de 30 de marzo de 2021, (fecha de consulta: 10/09/2023). Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Poder-Judicial/Consell-General-del-Poder-Judicial/Activitat-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-contra-la-trata-y-la-explotacion-de-seres-humanos->. También críticamente Proyecto Esperanza, poniendo de manifiesto la necesidad de que se incorpore de forma expresa “la ampliación de dichos plazos si la salud, el bienestar o la situación personal de la víctima así lo requieren para evitar su victimización” (PROYECTO ESPERANZA, op. cit. p. 3). I

El Anteproyecto declara que “(l)as víctimas de trata y explotación tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos relacionados con la situación de trata y explotación, en las condiciones previstas legalmente” (art. 39.1.), debiéndose proceder para garantizar estos derechos conforme a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 39.2), estableciendo que “(l)os Colegios Profesionales de la Abogacía adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de letrado de oficio especializado, así como para asegurar su inmediata presencia y asistencia a las víctimas” (art. 39.3).

Sin embargo, este derecho a la asistencia letrada gratuita inmediata desaparece cuando descendemos a la articulación del procedimiento de identificación. En él no hay ninguna referencia al nombramiento de abogado, que debería producirse desde el primer momento, debiendo estar presente en la entrevista. Si la designación de abogado no aparece en el procedimiento, el art. 39 del Anteproyecto se convierte en papel mojado.

El derecho de defensa también se ve menoscabado por el régimen de recursos y el incomprensible e injustificado acortamiento de los plazos de interposición, sobre el que alerta el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto³⁵. El plazo del recurso de reposición frente a la denegación definitiva de identificación se reduce a tres días (art. 29.2), frente al plazo de un mes que establece la Ley de Procedimiento Administrativo Común (art. 124.1 LPACAP) y sin que quede claro en el Anteproyecto si su carácter es potestativo, como en el procedimiento administrativo común, o necesario y previo, en su caso, a la vía contenciosa. Con el recurso frente a la denegación de la identificación provisional ocurre lo mismo. Según el Anteproyecto, cabe recurso de alzada en un plazo que se reduce a tres días frente al plazo general de un mes de la Ley de Procedimiento Administrativo Común (art. 122.1).

³⁵ El Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre el Anteproyecto, alerta de forma contundente sobre el acortamiento de los plazos. Textualmente, en relación con el art. 26.4 de la propuesta, considera que “[...] el Anteproyecto, sin ofrecer explicación alguna al respecto, ni en la Exposición de Motivos ni en la MAIN, como hubiera sido deseable, modifica sustancialmente los plazos del recurso de alzada establecidos con carácter general en el artículo 122 de la Ley 39/2015, que fija en un mes el plazo para la interposición, si el acto fuera expreso y en tres meses el plazo máximo para dictar y notificar la resolución. Aun en el hipotético caso en el que, a través de la modificación sustancial en los plazos de interposición y resolución de este recurso, el prelegislador pretenda lograr una mayor protección de la víctima, ha de advertirse que ello puede provocar el efecto contrario, al obligar a la víctima a interponer el recurso en un plazo sumamente breve y, de otro lado, al imponer a la Administración la obligación de resolver, una cuestión que puede resultar compleja, en un plazo sumamente reducido.

Por ello, ha de sugerirse al prelegislador valorar la conveniencia de mantener el régimen general de plazos establecido en el artículo 122 de la Ley 39/2015. En este sentido, cabe recordar que la posibilidad recogida en el artículo 33 de la Ley 39/2015, de que, cuando concurren razones de interés público que así lo aconsejen, se podrá acordar la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por la cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, excluye expresamente de esta reducción los plazos relativos a la presentación de solicitudes y recursos” (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, op. cit., pfo. 78). En el párrafo 89 se incluyen las mismas consideraciones respecto al plazo de tres días previsto para el recurso de alzada en el art. 29.2 del Anteproyecto. En relación con el régimen de recursos resultan también interesantes los parágrafos 90 y ss del Informe, donde el Consejo cuestiona la previsión del segundo párrafo del artículo 29.2 del Anteproyecto de ley integral contra la trata, según la cual el recurso contencioso-administrativo se tramitará por el procedimiento especial y urgente del Protección Especial de los Derechos Fundamentales de la Persona.

Son recursos que serán utilizados por la defensa letrada que, por lo general, acaba de conocer a la víctima y necesitará tiempo para documentar y fundamentar el recurso; reducir a tres días ese tiempo constituye un sabotaje al derecho de defensa.

Por el contrario, la previsión contenida en el artículo 29.3 del Anteproyecto, ha de valorarse muy positivamente, al establecer que, cuando sea denegada la identificación, “deberá evaluarse, tomando en consideración el informe de la Unidad Multidisciplinar de Identificación, si la persona requiere de otros recursos asistenciales distintos de los previstos para las víctimas de trata y explotación, a fin de evitar la situación de desamparo”, aunque no se concreta a quién corresponde dicha evaluación.

4.4. Específicas medidas de protección para víctimas extranjeras

El Anteproyecto, a través de la Disposición final quinta, modifica la redacción del art. 59 bis LOEx pero sin introducir cambios sustanciales, reproduciendo los defectos puestos de manifiesto en el análisis de la actual redacción de dicho precepto. En concreto:

Prevé la adopción de un periodo de restablecimiento y reflexión que se reserva para las víctimas extranjeras y cuya configuración reproduce otro de los graves déficits de la regulación actual, al vincular este instrumento con la cooperación con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Este condicionamiento está en clara contradicción con la necesaria desvinculación entre identificación y colaboración criminal que el propio Anteproyecto proclama el artículo 28 y reitera en el artículo 31: “(e)l acceso inmediato y continuado a los derechos mencionados en este título no quedará condicionado a la interposición de denuncia, ni a la voluntad o capacidad de la víctima de cooperar con las autoridades en la investigación o en el eventual proceso penal”.

Esta vinculación se aprecia también en la redacción propuesta del art. 59 bis, párrafo tercero, que establece que la Administración velará “por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar”.

En cuanto a las medidas cautelares relacionadas con la situación migratoria, el Anteproyecto establece que “desde la concesión de la identificación provisional, así como durante el periodo de restablecimiento y reflexión, no se incoará expediente administrativo sancionador y se suspenderá el que se hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución acordadas” (art. 59 bis 1 LOEx en la redacción propuesta), incurriendo el Anteproyecto en otro de los defectos de la regulación actual: vincular la autorización de la estancia temporal al periodo de restablecimiento y reflexión, ignorando que este puede ser innecesario y, no obstante, aconsejable la autorización temporal.

El apartado 3 del art. 59 bis LOEx, en la redacción propuesta por el Anteproyecto, establece que “(l)a autoridad competente declarará a la víctima identificada con carácter definitivo exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle a su elección, el retorno asistido a su país de

procedencia una vez reconocida la identificación provisional, o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, en atención a su situación personal o cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de la investigación o de las acciones penales, y facilitarles para su integración social (sic), de acuerdo con lo establecido en la presente Ley”. Se mantiene, pues, la doble vía en relación con la autorización de residencia y trabajo: “por circunstancias excepcionales en atención a su situación personal o, cuando la autoridad competente lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de la investigación o de las acciones penales”. Tal y como ocurre con la actual redacción, resulta criticable la utilización de verbos potestativos (“podrá facilitarle”) que inducen a pensar que estamos ante una concesión discrecional y no ante un derecho de la víctima. Como ya se apuntó, una vez constatada la condición de víctima de trata y/o explotación, la autorización de residencia y trabajo debería ser automática si así lo solicita la víctima³⁶.

Para finalizar, tan solo apuntar tres aspectos que deberían ser revisados. En primer lugar, la peligrosa previsión en la redacción propuesta del segundo párrafo del artículo 59 bis de la ley de extranjería, que prescribe la incoación de expediente sancionador cuando se deniegue el periodo de restablecimiento y reflexión. Si bien esta posibilidad debe entenderse referida a los supuestos excepcionales del párrafo primero, se corre el peligro de una aplicación automatizada que debería evitarse. En segundo lugar, se echa en falta una previsión equivalente a la del artículo 29.3 del Anteproyecto en el sentido de que, aun cuando no proceda la identificación, habrán de valorarse otras vulnerabilidades detectadas. Por último, no se entiende la previsión del apartado 6 del propuesto artículo 59 bis, que establece que reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales, ya que se trata de una materia propia de la regulación común y no específica del ordenamiento de extranjería.

En conclusión, a pesar de la voluntad de proteger y asistir a las víctimas de trata y a pesar del elenco de derechos que proclama, el *Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y explotación de seres humanos* falla a la hora de articular un procedimiento de identificación que garantice el derecho a ser identificada. La regulación y realidad actual del procedimiento de identificación es aún más defectuosa, por lo que constituye una necesidad inaplazable el establecimiento de un procedimiento que promueva la identificación y garantice derechos.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

CAMPS MIRABET, Nuria, 2022. “Una aproximación a los mecanismos de protección internacional aplicables a las víctimas de trata de seres humanos desde el enfoque basado en los derechos humanos”, en Villacampa Estiarte, Carolina (dir.) y Planchadell Gargallo, Andrea (coord.): *La trata de seres humanos*

³⁶ Vid. Supra, apdo. 3.3.

tras un decenio de su incriminación. *¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 319-348.

CASTAÑO REYERO, María José, 2019. “Un estatuto de protección internacional para las víctimas de trata desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, en Martín Ostos, José (dir.) y Martín Ríos, Pilar (coord.): *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*. Barcelona: Editorial Bosch, pp. 155-206.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2023. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y explotación de seres humanos*. Acuerdo de 30 de marzo de 2021, (fecha de consulta: 10/09/2023). Recuperado de: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Poder-Judicial/Consell-General-del-Poder-Judicial/Activitat-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-contra-la-trata-y-la-explotacion-de-seres-humanos>

GARCÍA SEDANO, Tania, 2020. *Detección, identificación y protección de las víctimas de trata*, Madrid: Editorial Reus.

GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos 2021-2023*, (fecha de consulta: 02/08/2023). Recuperado de: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2021/220112_Plan_nacional_TSH_PENTRA_FINAL_2021_2023.pdf

GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2013. *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings by Spain. First evaluation round*, Strasbourg, (fecha de consulta: 02/08/2023). Recuperado de: <https://rm.coe.int/greta-evaluation-report-on-spain-3rd-evaluation-round-greta-2023-10-ac/1680ab8dof>

GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2018. *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings by Spain. Second evaluation round*, Strasbourg, (fecha de la consulta: 10/08/2023). Recuperado de: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51eo>

GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2023. *Evaluation report Spain. Third evaluation round. Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings*, Strasbourg, (fecha de consulta: 02/08/2023). Recuperado de: <https://rm.coe.int/greta-evaluation-report-on-spain-3rd-evaluation-round-greta-2023-10-ac/1680ab8dof>

LAFONT NICUESA, Luis, 2022. “Aspectos represivos, procesales y de protección que una futura ley integral de trata debiera abordar”, en Villacampa Estiarte, Carolina (dir.) y Planchadell Gargallo, Andrea (coord.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 51-82.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (Dirección y redacción); MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita; BENITO LÓPEZ, Raquel; GARCÍA DEL BLANCO, Victoria; SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción; SÁNCHEZ

ÁLVAREZ, Pilar; SEGOVIA BERNABÉ, Carmen José, 2013. *Mujeres en el CIE: género, inmigración e internamiento*, San Sebastián: Editorial Gakoa. Existe versión digital con licencia creative commons en repositorio E- Prints Complutense, (fecha de consulta: 08/09/2023). Recuperado de: <https://docta.ucm.es/entities/publication/6a807d26-e125-4658-af22-31505780b763>

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, 2021. “Las víctimas de trata y su criminalización”, en *Homenaje al Profesor Joan Queralt*. Barcelona: Editorial Atelier, págs. 619-628.

MIRANDA RUCHE, Xavier; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, 2021. “La atención a las víctimas de trata de seres humanos. Un análisis crítico del protocolo marco español desde una perspectiva comparada”, *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social* (en línea), vol. 28, n. 2, pp. 141-146, (fecha de consulta: 02/08/2023). Recuperado de: <https://alternativasts.ua.es/article/view/17434>

MIRANDA RUCHE, Xabier, 2022. “La protección de las víctimas de trata de seres humanos: análisis comparados y propuestas para un futuro protocolo en España”, en Villacampa Estiarte, C. (dir.) y Planchadell Gargallo, A. (coord.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 998-1029

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. NACIONES UNIDAS, 2010. *Los principios y directrices recomendados sobre Derechos Humanos y trata de personas. Comentario*, Nueva York y Ginebra, (fecha de consulta: 09/08/2023). Recuperado de: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), 2007. *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Nueva York, (fecha de consulta: 08/09/2023). Recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf

ORTIZ HERNÁNDEZ, Eimys, 2022. “Aproximación internacional a la trata de seres humanos: especial referencia al Consejo de Europa”, en Villacampa Estiarte, C. (dir.) y Planchadell Gargallo, A. (coord.): *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 348-383.

PLASENCIA DOMINGUEZ, Natividad, 2019. “Mecanismos de tutela legal de las víctimas de trata de seres humanos”, *Diario La Ley*, n. 9353, (fecha de consulta: 08/09/2023). Recuperado de: https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEAC2NQQ-CMAyFf407GsAo8dALcJTGKPFerGnLxqZbh_DvrWKTl_alX_teicLS0MxgPcoqLs67ZYQmJFKMbYRSU-pcVCjUnNDWXkNRfo2ZqMEWMuVDR6FaZGLPaG8UochVHPz7gpPpkY13FYb1qek6qJtMqjjus8NOTRSiAPA-wPTkmNZh-Olt45SNhoMMVewKJTqMwfovxOf83VWKW65bd_eeVttJrZDqhJdf9cz_jXp966AAAAA==WKE

PÉREZ ALONSO, Esteban, 2022, “Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y*

Criminología, (fecha de consulta: 25/09/2023). Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-07.pdf>

POMARES CINTAS, Esther, 2021, “Necesidad de una respuesta incriminadora de las prácticas de sometimiento forzoso a explotación del ser humano como formas de esclavitud moderna”, en Marín de Espinos Ceballos, E. (dir.): *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber amicorum en honor al Profesor Miguel Zugaldía Espinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 547-565.

PROYECTO ESPERANZA, 2022. “Aportaciones de Adoratrices al Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos”, (fecha de consulta: 23/09/2023). Recuperado de: https://www.proyectoesperanza.org/wp-content/uploads/2021/05/Aportaciones_Adoratrices_Ley_Integral_Trata_06052021.pdf

RED ESPAÑOLA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, 2020. *Informe de la Red Española contra la Trata de Personas para la Oficina de Coordinación Europea de Lucha contra la Trata*, 13 de mayo de 2020, (fecha de consulta: 24/08/2023). Recuperado de: https://www.proyectoesperanza.org/wp-content/uploads/2019/06/2015_INFORME-RECTP-para-COORDINADORA-EU-CONTRA-LA-TRATA.pdf

RUEDA VALDIVIA, Ricardo, 2017. “Hacia un nuevo sistema de protección de las víctimas de trata en Derecho penal de extranjería”, en Pérez Alonso, Esteban (dir.): *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 871-916.

VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, 2023. “Trata de seres humanos y protección internacional”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación (REDC)*, (en línea), 50 (1), pp. 89-99, (fecha de consulta: 24/08/2023). Recuperado de: <https://revistas.ucm.es/index.php/REDC/article/view/85461>

VALVERDE-CANO, Ana Belén, 2023, Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados, Valencia, Tirant lo Blanch.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, 2023. “Acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación, *Diario La Ley*, nº 10267, 14 de abril, (fecha de consulta: 08/09/2023). Recuperado de: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEADVPwUrEQAz9GudSkO5aLR7movayICJr8Z5OYzswndRJpm7_3rimgUfeC-G95Ctj2nu8iE34SWmBYsRQrIkcmhUrRgjFsTw8Gt4jxX2xfcpoBAa25V3tDoqjAScZQkfOPv9yv2EPgyoNpRFTsysTEghnZFvVteGZvl9h8xOlp9hAupn6cbRdX2o9PFVldTQbJtYF--EnjIJm9tP8opDbPjB7bimoPSMkN7_BhPYUvfNoD7xe_sZNFIGXQeL7VRsXtHcg2ELAOP7nw7qG_UxB7zqIVhfyotmn2ILiTKjhvoA4_AB3DIBAAA=WKE