

## INFORME JURÍDICO

### EL PROCEDIMIENTO DE IDENTIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA

en el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, aprobado por el Consejo de Ministros el 8 de marzo de 2024 a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno  
(Título II)

Margarita Martínez Escamilla

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid

[mmescamilla@der.ucm.es](mailto:mmescamilla@der.ucm.es)

En el marco del Proyecto I+D+i  
«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)

<https://www.ucm.es/iusmigrante/>

Fecha de publicación: 6 de mayo de 2024

Este trabajo es copyleft.

Puede ser libremente copiado, distribuido y comunicado públicamente siempre que no sea con fines comerciales y se cite la autoría.

## ÍNDICE

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS
- II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICACIÓN EN EL ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL
- III. IMPORTANTES DÉFICITS DE LA ACTUAL REGULACIÓN
  - a. Ausencia de rango legal
  - b. Inexistencia de un auténtico procedimiento administrativo de identificación
  - c. La competencia en la identificación: monopolio policial *versus* multi-agencia
  - d. La deficiente configuración del periodo de restablecimiento y reflexión
  - e. Déficits de las medidas de protección para víctimas extranjeras no comunitarias (art. 59 bis LOEx)
- IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA INTEGRAL CONTRA LA TRATA Y EXPLOTACIÓN DE SERES HUMANOS. DESCRIPCIÓN
- V. IMPORTANTES DÉFICITS DEL PROCEDIMIENTO DISEÑADO
  - a. En contra de lo proclamado, se mantiene el monopolio policial en la identificación
  - b. Sólo se reconoce la posibilidad del periodo de restablecimiento y reflexión para las víctimas extranjeras
  - c. El periodo de restablecimiento y reflexión sigue estando vinculado a la cooperación con las autoridades
  - d. El procedimiento establece plazos excesivamente breves que no contemplan las necesidades de las víctimas
  - e. No se garantiza el derecho a la asistencia letrada ni el derecho de defensa
  - f. Deficiente régimen de recursos e incomprensible acortamiento de los plazos de interposición
  - g. Reproducción de los déficits de la actual regulación en relación a las específicas garantías de protección a víctimas extranjeras
- VI. PROPUESTA ALTERNATIVA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICACIÓN

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. La identificación de las víctimas de trata y explotación es una cuestión clave. Para proteger y ofrecer una asistencia integral a estas víctimas, 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.
2. 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.
3. En el ordenamiento jurídico nacional, salvo un par de pinceladas, no existe un procedimiento de identificación propiamente dicho, un cauce que promueva la identificación de las víctimas de trata y explotación y posibilite el ejercicio de sus derechos.
4. 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 ni siquiera garantiza algo tan básico como que la efectiva identificación o su desestimación se verifiquen a través de una resolución expresa.
5. Es de valorar positivamente que el Anteproyecto acometa la necesidad de un procedimiento administrativo de identificación. Pero, como se precisará en este informe, lamentablemente falla en la articulación de dicho procedimiento. **Propone un modelo discutible, que presenta problemas técnicos, incurre en algunas contradicciones, dificulta el ejercicio de derechos e incumple mandatos internacionales<sup>1</sup>.**

---

<sup>1</sup> Las cuestiones subrayadas en este informe se encuentran abordadas de forma más extensa en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “La inaplazable necesidad de un procedimiento de identificación de las víctimas de trata”, *Sistema Penal Crítico*, nº 4, 2023.

## II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICACIÓN EN EL ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

6. Para valorar el modelo de identificación administrativa propuesto por el Anteproyecto, conviene conocer la actual regulación de la identificación administrativa de las víctimas de trata en el ordenamiento jurídico actual. De esta manera podrán constatar los importantes déficits de la actual regulación y comprobar si el Anteproyecto ofrece una respuesta adecuada. En la actualidad el procedimiento de identificación de las víctimas de trata está regulado —de forma muy deficiente— en varias normas jurídicas, que a continuación se señalan.
7. 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 un elevado porcentaje 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 social* (en adelante, LOEx), introdujo el artículo 59 bis<sup>2</sup>. 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, que consagra 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,

---

<sup>2</sup> 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*.

pues algunas importantes medidas de protección están relacionadas con el estatus migratorio.

8. Cuando la víctima de trata es española o comunitaria y no resulta aplicable la legislación de extranjería, 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<sup>3</sup>. 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.), aunque realmente solo recoge un par de pinceladas a todas luces insuficientes. 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 sólo vincula a los firmantes.
9. 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), establece en su artículo 47: “(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. (...). 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*.

---

<sup>3</sup> La Disposición adicional única del Real Decreto 557/2011, 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, establece que las previsiones del artículo 140, relativas al protocolo marco de protección, serán igualmente de aplicación a las víctimas potenciales de trata de seres humanos nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación del régimen comunitario de extranjería.

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. Ambas regulaciones resultan aplicables solo a las víctimas de trata y/o explotación sexual, aunque no estén vinculadas con las consecuencias de la guerra en Ucrania

### III. IMPORTANTES DÉFICITS DE LA ACTUAL REGULACIÓN

#### a. Ausencia de rango legal

10. El estatuto jurídico 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 es necesario subsanar, siendo esta una de las razones que aconsejan una ley integral contra la trata.

#### b. Inexistencia de un auténtico procedimiento administrativo de identificación

11. Salvo un par de pinceladas, no existe en el ordenamiento jurídico nacional 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”<sup>4</sup>, 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 Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (en adelante, GRETA) —responsable de supervisar la implementación del Convenio de Varsovia— se hacía eco de esta anomalía, incluyendo textualmente la respuesta sobre el procedimiento de identificación ofrecida por el entonces Gobierno de España: “(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

---

<sup>4</sup> Definición de la Exposición de Motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

identificación de las víctimas de trata no puede considerarse una decisión administrativa y, por tanto, no puede ser recurrida”<sup>5</sup>.

Resulta sumamente llamativa esta respuesta de las autoridades españolas, contraria a principios jurídicos básicos y que pone de manifiesto la gran inseguridad jurídica padecida por las víctimas. Ni que decir tiene que 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 rango, habrá que regirse por los principios de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. No parece, sin embargo, que esta haya sido la práctica, como pone de manifiesto la respuesta transcrita.

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 ni siquiera garantiza algo tan básico como que la identificación se verifique a través de una resolución expresa.

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

12. Hasta el Real Decreto-ley 6/2022 la identificación administrativa 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. En primer lugar, un elevado número de víctimas de trata están 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 las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y desconfiar de ellas. El GRETA 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

---

<sup>5</sup> GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings by Spain. First evaluation round*, Strasbourg, 2013, apdo. 152, (fecha de consulta: 29/04/2024). Recuperado de: <https://rm.coe.int/greta-evaluation-report-on-spain-3rd-evaluation-round-greta-2023-10-ac/1680ab8dof>.

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”<sup>6</sup>.

13. 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 que se prioricen las funciones de asistencia y protección por encima de los intereses de la persecución penal y de una política migratoria centrada en las expulsiones, 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<sup>7</sup>, si bien sería necesario arbitrar un mecanismo para solventar posibles discrepancias entre los intervinientes en la toma de decisión.

#### d. La deficiente configuración del periodo de restablecimiento y reflexión

14. El periodo de restablecimiento y reflexión es un instrumento clave en la protección integral a las víctimas de trata. La actual configuración de este periodo 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 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) prevé esta figura con el fin de que la persona sobre la que

---

<sup>6</sup> GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings by Spain. Second evaluation round*, Strasbourg, 2018, (fecha de la consulta: 29/04/2024) Recuperado de: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>.

<sup>7</sup> GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), *Evaluation report Spain. Third evaluation round. Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings*, Strasbourg, 2023, apdo. 35, (fecha de consulta: 29/04/2024). Recuperado de: <https://rm.coe.int/greta-evaluation-report-on-spain-3rd-evaluation-round-greta-2023-10-ac/1680ab8d0f>.

concurrer 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”<sup>8</sup>, por lo que, en este aspecto, nuestro ordenamiento no satisface las obligaciones derivadas del Convenio. 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.

15. En segundo lugar, la regulación vigente prevé el período de restablecimiento y reflexión exclusivamente para víctimas extranjeras no comunitarias. 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 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, inercia que también condiciona la normativa de la UE, que sólo contempla el denominado “periodo de reflexión” 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 la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes*. Esta limitación no existe en el Convenio de Varsovia (art. 13). Es de lamentar que no se haya aprovechado la reciente modificación<sup>9</sup> de la *Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* para introducir el mencionado periodo de restablecimiento y reflexión para todas las víctimas de trata y subsanar el mencionado déficit.
16. 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

---

<sup>8</sup> Por el contrario, 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 la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes*, condiciona dicho periodo a la colaboración. Su art. 6.1 establece: “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”.

<sup>9</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de abril de 2024, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (COM(2022)0732 – C9-0431/2022 – 2022/0426(COD))

“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)<sup>10</sup>. 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 Varsovia<sup>11</sup>. 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 parte, 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.

#### **e. Déficits de las medidas de protección para víctimas extranjeras no comunitarias (art. 59 bis LOEx)**

17. Cuando se trata de víctimas de terceros países, 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, estando sujetas a medidas restrictivas de derechos y sanciones que, como ocurre con las medidas de repatriación, frustran el procedimiento de identificación y, en la mayoría de los casos, suponen devolver a las víctimas al contexto que las colocó bajo el poder de los tratantes.
18. 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

---

<sup>10</sup> 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, “Mecanismos de tutela legal de las víctimas de trata de seres humanos”, *Diario La Ley*, 2019, 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.

<sup>11</sup> GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2018, op. cit., núm. marginal 194.

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 normativa 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).

19. Sin embargo, 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 migratoria, focalizada en las expulsiones, 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, no siendo de recibo la actual apariencia de discrecionalidad en su concesión.
20. 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, contribuye al restablecimiento de la víctima, se puede condicionar a la colaboración con las autoridades. Si la víctima no quiere colaborar, el aplazamiento del retorno asistido hasta que las autoridades competentes lo estimen conveniente para la investigación o enjuiciamiento, supone una clara coacción a la víctima.

#### IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA INTEGRAL CONTRA LA TRATA Y EXPLOTACIÓN DE SERES HUMANOS. DESCRIPCIÓN

21. El Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, aprobado por el Consejo de Ministros el 8 de marzo de 2024 a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, asume sin modificaciones relevantes, la propuesta de procedimiento de identificación del *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.

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. 36). Asimismo, se garantiza su derecho a la privacidad y a la protección de su identidad (art. 37). El artículo 38 consagra la asistencia gratuita 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 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. 39). El acceso a la prestación del ingreso mínimo vital (art. 40) 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. 41). El capítulo V recoge el derecho a la indemnización y restitución tanto en el marco del proceso penal (art. 43) como fuera de él (art. 44), desapareciendo la referencia a la creación de un Fondo para este fin que aparecía 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. Los arts. 45 a 47 hacen referencia a las víctimas extranjeras y el Título IV recoge una serie de salvaguardas adicionales cuando la víctima de trata o explotación es un menor de edad (arts. 48-56).

Como ya se ha acentuado, 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).

22. 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.
23. 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 confusa— diferentes vías, actores y escenarios de detección y encomienda al Mecanismo Nacional de Derivación<sup>12</sup> un papel primordial, en cuanto “valorará la situación de la presunta víctima, conforme a los protocolos e indicadores de detección establecidos al efecto y, en su caso, la derivará inmediatamente a la entidad de primera acogida destinada en cada comunidad autónoma (...)” (art. 25.3). Si bien el Anteproyecto no precisa de qué forma dicho órgano colegiado efectuará dicha valoración, que precisa celeridad.
24. En cuanto al procedimiento de identificación propiamente dicho, el Anteproyecto diferencia dos momentos: la identificación provisional y la identificación definitiva.

---

<sup>12</sup> 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 personas representantes del Ministerio de la Presidencia, Justicia, y Relaciones con las Cortes, del Ministerio de Igualdad, a través de la persona titular de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género y por las personas representantes de otros departamentos cuyas competencias incidan en el ámbito de aplicación de esta ley orgánica, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente” (art. 59 del Anteproyecto).

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 mediante 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 procederá a identificar de forma provisional a la persona entrevistada como víctima de trata o explotación de seres humanos y se le informará de sus derechos. La resolución y el expediente se elevarán en el plazo máximo de setenta y dos horas a la Unidad Multidisciplinar de Identificación correspondiente, a los efectos de su identificación definitiva” (art. 26.3).

25. 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 marco de sus competencias y en función de las circunstancias del caso, recabará la información que considere necesaria y la compartirá 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”<sup>13</sup>. Según el artículo 57.2 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 o 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 una propuesta de resolución motivada 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, que deberá resolverse

---

<sup>13</sup> 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”.

motivadamente y notificarse en el plazo de diez días” (art. 29.2) y contra la desestimación del recurso de reposición, cabrá interponer contencioso administrativo (art. 29.2, segundo párrafo).

26. Pero ¿qué 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 quién ha de interponerse dicho recurso, cuestión en absoluto baladí.

## V. IMPORTANTES DÉFICITS DEL PROCEDIMIENTO DISEÑADO

### a. En contra de lo proclamado, se mantiene el monopolio policial en la identificación

27. 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.
28. 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 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, señalando 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 error<sup>14</sup>. 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

<sup>14</sup> Esta afirmación errónea está también incluida en la Exposición de Motivos del Anteproyecto (apdo. VII).

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 tiene relevancia, por ejemplo, a efecto de los recursos.

29. 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. 57.2).
30. 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).
31. 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.

#### **b. Solo se reconoce la posibilidad de periodo de restablecimiento y reflexión para las víctimas extranjeras**

32. 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 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. Las razones por las que esto constituye un error se mencionan supra marginal 13.

### **c. El periodo de restablecimiento y reflexión sigue estando vinculado a la cooperación con las autoridades**

33. El periodo de restablecimiento y reflexión, reconocido solo a víctima extranjeras, sigue vinculado a la cooperación con las autoridades. Este condicionamiento está en clara contradicción con la necesaria desvinculación entre identificación y colaboración criminal que el propio Anteproyecto proclama en 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”.

### **d. El procedimiento establece plazos excesivamente breves que no contemplan las necesidades de las víctimas**

34. El procedimiento de identificación diseñado establece plazos excesivamente breves, 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”<sup>15</sup>, el Anteproyecto hace oídos sordos a estas advertencias y no prevé la posibilidad de adaptar los plazos a las necesidades de las víctimas.
35. 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

---

<sup>15</sup> GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS (GRETA), 2018, op. cit. Apdo. 139.

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.

36. También el plazo máximo de once días desde la detección de indicios para que la Unidad Multidisciplinar de Identificación eleve tanto su informe como el de las entidades especializadas, se ha valorado como “preocupantemente corto”<sup>16</sup>. 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.

#### **e. No se garantiza el derecho a la asistencia letrada ni el derecho de defensa de las víctimas**

37. Resulta importante también señalar que el procedimiento diseñado no garantiza ni el derecho a la asistencia letrada, ni el derecho de defensa. 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. 38.1.), debiéndose proceder para garantizar estos derechos conforme a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 38.2), 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. 38.3).

Sin embargo, este derecho a la asistencia letrada gratuita inmediata desaparece cuando se desciende a la articulación del procedimiento de identificación. En él no hay ninguna

---

<sup>16</sup> El Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2022, critica la brevedad de los plazos (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata y explotación de seres humanos*. Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 30 de marzo de 2023, (fecha de consulta: 29/04/2024). 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>. Esta crítica no ha sido tenida en cuenta en la redacción del actual Anteproyecto.

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.

#### **f. Deficiente régimen de recursos e incomprensible acortamiento de los plazos de interposición**

38. 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 alertaba el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto<sup>17</sup>. 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). Son recursos que serán utilizados por la defensa letrada que, por lo general, acaba de conocer a la víctima y necesitará tiempo para

---

<sup>17</sup> El Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre el Anteproyecto aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2022, ya alertaba de forma contundente sobre el acortamiento de los plazos, advertencias que no han sido tenidas en cuenta en el actual Anteproyecto. 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 párrafos 90 y ss del Informe, donde el Consejo cuestiona la previsión del segundo párrafo del artículo 29.2 del referido 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.

documentar y fundamentar el recurso; reducir a tres días ese tiempo constituye un sabotaje al derecho de defensa.

**g. Reproducción de los déficits de la actual regulación en relación a las específicas garantías de protección a víctimas extranjeras no comunitarias**

39. 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 de la actual redacción de dicho precepto. 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). Teniendo en cuenta los efectos irreversibles de las medidas de repatriación, parece más adecuado fijar la detección como el momento desde el que ha operado la suspensión o no incoación de expedientes sancionadores y la suspensión de las medidas de repatriación ya adoptadas.
40. Incurrir 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, procedente la autorización temporal.
41. 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”. 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 víctima.
42. El art. 47.1 establece “(d)esde el momento de su identificación provisional, las presuntas víctimas de trata o explotación de seres humanos tienen derecho a un retorno asistido que

garantice, además de su seguridad, su dignidad y el respeto de sus derechos fundamentales. En el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal, la autoridad judicial podrá determinar sobre su necesaria permanencia en territorio español, de acuerdo con la normativa aplicable a su participación en dicha investigación o procedimiento”. Al respecto cabe reproducir lo que se advertía respecto al art. 145.1 RELOEx: una medida —el retorno asistido— que, previa evaluación de riesgos y con las debidas cautelas, contribuye al restablecimiento de la víctima, se puede condicionar a la colaboración con las autoridades. Si la víctima no quiere colaborar, el aplazamiento del retorno asistido hasta que las autoridades competentes lo estimen conveniente para la investigación o enjuiciamiento, supone una clara coacción a la víctima y una subordinación de sus necesidades a los intereses de la persecución penal<sup>18</sup>.

43. El art 59 bis 1 segundo párrafo, en la versión propuesta en el Anteproyecto, establece que “... desde la concesión de la identificación provisional, así como durante el período 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 eventualmente acordadas”. Al respecto conviene hacer la siguiente precisión: Aunque a los efectos del 59 bis han de entenderse incluidos en “expediente sancionador” tanto el expediente de expulsión como el de devolución, a partir de la Sentencia 17/2013, de 31 de enero de 2013, del Pleno del Tribunal Constitucional (ECLI: ES:TC:2013:17), la devolución no puede ser considerada formalmente una sanción, ni el expediente en el que se impone un procedimiento sancionador propiamente dicho. Convendría corregir el texto para alcanzar cualquier procedimiento de extranjería que conlleve consecuencias negativas, incluidas cualquier forma de repatriación forzosa, aunque formalmente carezca de naturaleza sancionadora.
44. El núm. 2, segundo párrafo del artículo 59 bis de la ley de extranjería, prescribe la incoación del expediente sancionador cuando se deniegue el periodo de restablecimiento y reflexión.

---

<sup>18</sup> En palabras de 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 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”. RUEDA VALDIVIA, Ricardo, “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*, 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 871-916, p. 897.

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.

45. 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.
46. 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 que promueva la identificación y garantice los derechos de las víctimas, procedimiento que constituye una necesidad inaplazable.

## VI. PROPUESTA ALTERNATIVA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE IDENTIFICACIÓN

47. 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 rango, habrá que regirse por los principios de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. 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*.
48. Este es el modelo propuesto por Fernández Vicens y García Sedano<sup>19</sup>. 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

---

<sup>19</sup> 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 29/04/2024), recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=KKo6r7n4YH4&t=3379s>

psico-social, 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.

49. 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.