



Observatori Català
de la Justícia en
Violència Masclista

Guía de buenas prácticas en la instrucción y en el enjuiciamiento de los delitos de tráfico de seres humanos

Coordinación

Carme Guil Roman
Josep Antoni Rodríguez Sáez

Participantes

Carolina Villacampa Estiarte
Rosa Cendón Leris
Sandra Camacho Padilla
Lidia Serratusell Salvadó
Rosa Aragonés de la Cruz
M. Pilar Izaguerri Gracia
Sara Gómez Expósito
Alexandre Xifró Collsamata

Año 2021



Generalitat de Catalunya
**Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada**

Coordinación

Carme Guil Roman, *Magistrada de la Sección 3a Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona.*

Josep Antoni Rodríguez Sáez, *Magistrado de la Sección 6a Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona.*

Participantes

Carolina Villacampa Estiarte, *Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Lleida*

Rosa Cendón Leris, *Coordinadora de Adoratius-SICAR.CAT*

Sandra Camacho Padilla, *Jurista y Técnica Área de Incidencia SICAR.cat*

Lidia Serratusell Salvadó, *Jefa de la Área de Reparación y Atención a la Víctima (SMPRAV)*

Rosa Aragonés de la Cruz, *Coordinadora del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal de Barcelona*

M. Pilar Izaguerri Gracia, *Fiscal delegada de Extranjería de Catalunya, Fiscalía Provincial de Barcelona*

Sara Gómez Expósito, *Fiscal de la Sección de Extranjería de la Fiscalía Provincial de Barcelona*

Alexandre Xifró Collsamata, *Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Catalunya, subdirector Barcelona Ciudad y l'Hospitalet de Llobregat*

El Observatorio Catalán de la Justicia en Violencia Machista, como editor de esta investigación, no se identifica necesariamente con las ideas y opiniones que se expresan, que son exclusivamente responsabilidad de los autores.

Aviso legal



Esta obra está sujeta a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-senseObraDerivada 4.0 No adaptada de Creative Commons, cuyo texto completo se encuentra disponible en <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>

Así, se permite la reproducción, la distribución y la comunicación pública del material, siempre que se mencione la autoría del material y al Observatorio Catalán de la Justicia en Violencia Machista (Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Departamento de Justicia) y no se utilice con fines comerciales ni se transforme.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN	5
2. SINOPSIS	6
2.1. La necesidad de hacer esta guía	6
2.2. La preceptiva resolución sobre la valoración del riesgo de la víctima	8
2.3. De nuevo sobre la declaración de la víctima	9
2.4. Nuevos intervinientes: las Oficinas de Atención a la Víctima del Delito y entidades que asisten a las víctimas	11
2.5. El juicio oral y la protección de la víctima	12
2.6. Un problema sin resolver: cómo reparar a la víctima cuando la sentencia es condenatoria	13
2.7. Reparación a la víctima con ayudas públicas cuando el procedimiento se sobresee por falta de indicios contra una persona determinada o en caso de sentencia absolutoria	14
3. RECOMENDACIONES EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN	16
3.1. Estatus jurídico de la víctima de TSH	16
3.2. Resolución sobre valoración del riesgo y estándar de protección de la víctima	20
3.2.1. Fuentes de información	20
3.2.2. ¿Qué tiene que hacer el juez o la jueza una vez reciba el atestado?	22
3.2.3. Modificación de la valoración del riesgo	23
3.3. La declaración de la víctima	24
3.3.1. Decisión judicial de tomar declaración como prueba preconstituida	24
3.3.2. Resolución motivada	25
3.3.3. Momento de practicar la prueba preconstituida	26
3.3.4. Forma de realizar la prueba preconstituida	27
3.4. El objetivo de evitar que todo el peso de la investigación recaiga en la declaración de la víctima	37
3.4.1. La necesidad de otras diligencias de instrucción	37
3.4.2. Averiguación patrimonial de las personas investigadas	38
3.4.3. Prueba pericial psiquiátrica/psicológica forense de las víctimas	39
3.4.4. Aportación de informes administrativos o laborales	42
3.4.5. Auxilio internacional para obtener datos relativos a las circunstancias familiares y las condiciones de vida de la víctima de TSH extranjera en su país de origen	42
3.4.6. Auxilio internacional para diligencias relativas a la fase de captación	43
3.4.7. Macrocausas	43
3.5. Cómo gestionar la exención de responsabilidad del apartado 11 del artículo 177 bis	44
4. CUESTIONES DE LA FASE DE ENJUICIAMIENTO	47

4.1. Evaluación individualizada y decisión sobre la necesidad de adoptar medidas de protección	47
4.2. Presencia de la víctima en el pleno o uso de la prueba preconstituida	49
4.3. Medidas de protección durante el juicio oral	51
4.3.1. Limitación de publicidad y de la actividad informativa de los medios de comunicación	51
4.3.2. En el caso de que la víctima resida en la ciudad sede del tribunal o en sus alrededores y se haya previsto que comparezca ante el tribunal	52
4.3.3. En el caso de víctimas que residan en otros lugares dentro del Estado español	53
4.3.4. En el caso de víctimas que han regresado a su país de origen, pero que se encuentran localizadas y en disposición de prestar declaración	54
4.3.5. En el caso de víctimas con estatus de testigo protegido	54

5. REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA EN CASO DE SENTENCIA CONDENATORIA **56**

5.1. Indemnizaciones	57
5.2. Decomiso de bienes, efectos y ganancias del delito	57
5.3. Necesidad de acordar medidas cautelares civiles para garantizar la cobertura de las responsabilidades civiles	58
5.4. Indemnizaciones extrajudiciales: ayudas públicas	58
5.5. Reparación simbólica	58

6. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES **61**

6.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	61
6.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	63
6.3. Tribunal Supremo	63

1. INTRODUCCIÓN

A finales de 2018, el Consejo General del Poder Judicial publicó la *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, un trabajo en el que ha participado un colectivo importante de jueces y juezas, junto con otros operadores jurídicos y profesionales, y que ofrece unos niveles de exhaustividad y rigor que la aproximan a la excelencia. Se trata, sin duda, de un instrumento imprescindible para poder actuar correctamente ante el fenómeno del tráfico de seres humanos (TSH).

La pretensión de confeccionar otra guía, desde el ámbito de Cataluña, quiere evitar la coincidencia con aquel magnífico trabajo. En cualquier caso, asumimos que pueda actuar como un instrumento complementario para los jueces en esta compleja y difícil materia. Así, queremos dejar claro que esta guía se dirige a los jueces y las juezas, los magistrados y las magistradas y otros operadores jurídicos que trabajan en el ámbito penal y que podrían tener que enfrentarse a algún caso de TSH.

La pretensión pasa, en primer lugar, por identificar los momentos procesalmente decisivos y, al mismo tiempo, más difíciles para los jueces y las juezas, en la medida que tienen que tomar decisiones trascendentes; en segundo lugar, para ofrecer y proponer argumentos para motivar correctamente las resoluciones.

Hacemos, por lo tanto, una selección de cuestiones que creemos que merecen mayor atención, por la importancia o la complejidad que presentan. Huimos de un planteamiento exhaustivo como el que ofrece la guía del Consejo, y hacemos, también, una contextualización de lo que condiciona la actuación judicial desde las especificidades del TSH y de su configuración como infracción penal, esencialmente situadas en la posición de las víctimas.

Denominamos *buenas prácticas* las propuestas que hacemos porque creemos, honestamente, que no es posible la resolución satisfactoria de las cuestiones planteadas sin tener en cuenta los argumentos que se proponen. Al menos, este es nuestro convencimiento.

2. SINOPSIS

2.1. La necesidad de hacer esta guía

La realidad del tráfico de personas —con terrible gravedad de la afectación a la dignidad humana que comporta, se dice que es la esclavitud del siglo XXI— y la evidente complejidad de la regulación del tipo penal¹ comportan un auténtico reto para los jueces y las juezas en la gestión del proceso penal.

En la actuación de los poderes públicos se da una dialéctica, una fuerte tensión, entre el deber de perseguir una actividad delictiva tan sumamente grave, con una relación directa con la delincuencia organizada, y el deber de proteger a sus víctimas. La dinámica comisiva en el delito de TSH, como sucede en los delitos de violencia de género y en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de menores, sitúa al sujeto pasivo en una posición dual en el proceso penal: es imprescindible para la investigación y la persecución de los delitos y, al mismo tiempo, demanda medidas de protección.

Esta posición dual comporta, en el delito de TSH, condicionantes importantes. Por un lado, porque la protección de la víctima es un deber del Estado asumido con la firma de convenios internacionales² y con la vigencia de la normativa de la Unión Europea.³ Por otro lado, porque provoca un efecto perverso:

¹ En un pasaje de la STS 298/2015, del 13 de mayo (Roj: STS 2070/2015), se dice que «el juicio de subsunción en hechos de esta naturaleza no es, desde luego, tarea fácil. El deseo de los poderes públicos de no dejar espacios de impunidad cuando lo que está en juego es la dignidad de las personas, su capacidad de determinar su ubicación espacial, sus derechos laborales y, en fin, su libertad sexual, ha llevado a una producción normativa, no siempre debidamente meditada, en la que se superponen porciones de injusto». El uso de esta gráfica y afortunada expresión (la superposición de «porciones de injusto») se justifica con una simple lectura del primer apartado del artículo 177 bis del Código Penal y la comprobación de la enorme complejidad con la que se construye la estructura del tipo de TEH.

² En el seno de la Organización de las Naciones Unidas se gestó la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el 15 de noviembre de 2000, firmada finalmente por más de 180 estados, y que supuso la elaboración de diversos protocolos derivados de la Convención, uno de los cuales fue el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el tráfico de personas, especialmente mujeres y niños*. La Convención hizo que España sumiera la obligación de adaptar su legislación penal a las disposiciones del Convenio. La inclusión del artículo 177 bis en el Código Penal, mediante la reforma de la Ley orgánica 5/2010, del 22 de junio, es consecuencia necesaria de ello.

³ Directiva de la UE 2011/36, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de abril, relativa a la prevención y la lucha contra el tráfico de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629 del Consejo. Esta directiva no se entiende sin el llamado Convenio de Varsovia, Convenio del Consejo d'Europa sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos del 16 de mayo de 2005, que se autodefine como un «instrumento jurídico

condiciona la actuación de protección a la efectiva colaboración en la investigación.

El órgano judicial encargado de la fase de instrucción del proceso penal, en nuestro sistema normativo y en la praxis de los juzgados, no está configurado para actuar dentro de esta dialéctica, ni para entender que la protección de la víctima es un valor en sí mismo y una finalidad de la actuación procesal en sí misma, o para entender que la única referencia de su actividad no es el hecho delictivo que se investiga, sino que, simultáneamente, se hace necesario poner el foco en la víctima y en los derechos que tiene reconocidos internacionalmente. Así, la visión desde la Ley 19/1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales, se queda muy corta, resulta muy insuficiente, porque es una visión que prioriza la protección del proceso, de manera que el testigo o el perito protegidos no dejan de ser tratados como un instrumento al servicio de las finalidades del proceso.

Se puede hablar, perfectamente, desde un punto de vista normativo, de un cambio de paradigma en cuanto a la posición de la víctima y, también, respecto a la función judicial, en el proceso penal. Las decisiones ya no pueden encontrar su justificación, solamente, en la protección del proceso y el aseguramiento del enjuiciamiento. Tal vez por esto la exposición de motivos de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito (EVD), nos dice en su apartado III que «la protección y el apoyo a la víctima no es solo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal».

Por otro lado, las prácticas y las estrategias que tradicionalmente se han desarrollado en el proceso por parte de jueces y fiscales, sobre todo en el ámbito específico de la fase de instrucción, se ven superadas en algunos casos por la complejidad que incorporan las formas de actuar de la delincuencia organizada y, esencialmente, por el carácter transnacional que se observa en

internacional global que se centra en los derechos de la persona y de las víctimas de tráfico de seres humanos».

la mayoría de los casos judicializados en el Estado español en los últimos años.

A menudo encontramos que es más importante la forma de obtener la información que la información misma, de manera que resulta necesario aprender a planificar la actuación y a gestionar los datos.

2.2. La preceptiva resolución sobre la valoración del riesgo de la víctima

La investigación judicial de los delitos de TSH y ulterior sentencia requiere, como instrumento indispensable, disponer de un sistema de valoración del nivel de riesgo que evalúe de forma continuada las posibles necesidades de protección y asistencia en todas las fases del proceso judicial (instrucción, juicio oral y ejecución).

Por este motivo, en fase de instrucción es preciso dictar específicamente una resolución que incluya la valoración del riesgo que tienen las personas identificadas como víctimas. Se trata de describir la situación personal y social de cada víctima, para poder fijar las posibles necesidades de protección y asistencia.

¿Por qué es preceptivo a hacerla?

- a) Porque así se deriva del artículo 12.3 de la Directiva 2011/36⁴ y del artículo 23 del EVD,⁵ tanto respecto a la literalidad de ambas normas como en relación con su interpretación sistemática y teleológica.
- b) Porque sin la resolución se hace difícil ser efectivo en la selección y el desarrollo de las medidas de protección y asistencia de la víctima.

⁴ 3. Los Estados miembros deben asegurarse de que las víctimas de tráfico de seres humanos reciban una protección apropiada sobre la base de una evaluación individual del riesgo, por ejemplo dando acceso, si procede, a programas de protección de testigos u otras medidas similares, de conformidad con los criterios definidos por la legislación o los procedimientos nacionales.

⁵ Artículo 23. Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección. 1. La determinación de qué medidas de protección, reguladas en los artículos siguientes, tienen que ser adoptadas para evitar a la víctima perjuicios relevantes que, de otra forma, pueden derivar del proceso que se tiene que llevar a cabo después de una valoración de sus circunstancias particulares.

Hay que destacar, en este aspecto, la obligación de que el sistema penal facilite que la víctima pueda decidir en condiciones adecuadas si colabora o no con la investigación.

- c) Porque se trata de un acto judicial del todo necesario, en ocasiones imprescindible, para poder alcanzar «la efectividad de la investigación y del procedimiento penal» exigible a los Estados en relación con el tráfico de personas.⁶

¿Por qué es útil?

- a) Desde una óptica judicial, la evaluación del riesgo de la víctima aporta importantes ventajas para poder trabajar y decidir con precisión y rigor.

Puede ayudar a **determinar las medidas de protección de carácter procesal**, sobre todo para evitar la victimización secundaria:

- el acuerdo sobre ocultación de identidad;
- la decisión de *preconstituir y/o asegurar* la declaración de la víctima;
- la de evitar la confrontación con los investigados/acusados;
- la de determinar el mejor momento para la práctica de la declaración.

Puede ser **fFuente de prueba** con vista a determinar el nivel de vulnerabilidad de la víctima, que es parte del elemento objetivo del tipo penal.

- b) Desde una óptica victimológica, la adecuada evaluación del riesgo es esencial para fijar las necesidades del proceso de recuperación de las víctimas, incluidas las que puedan servir para garantizar el derecho de asilo.

2.3. De nuevo sobre la declaración de la víctima

La actuación judicial tiene que ser consciente de la posición que tiene la declaración de las víctimas en los procesos relativos al delito de TSH. Es el eje de todas las actuaciones y de todas las miradas, adquiere indefectiblemente un

⁶STEDH 15/17, de 30 de marzo de 2017: «Para que una investigación de una explotación sea efectiva, es necesario que sea apta para alcanzar la identificación y el castigo de los responsables, siendo esta una obligación de medios y no de resultados».

protagonismo que provoca tendencias e inercias a menudo no suficientemente reflexionadas. Debemos ser conscientes de las complejidades que rodean esta diligencia:

- a) Los **instrumentos normativos internacionales** insisten en la idea de evitar la subordinación de la investigación o de las acciones judiciales al hecho de que la víctima denuncie o declare. La intervención de los operadores del proceso penal debe procurar la obtención de información y de fuentes de prueba que puedan desplegar suficiente eficacia con independencia de lo que haga la víctima.⁷
- b) Los propios instrumentos muestran una clara preocupación para garantizar que las víctimas puedan recibir la protección y la asistencia necesarias sin que ello dependa o esté subordinado a su voluntad de actuar como testigos, de colaborar con la investigación.⁸
- c) **Es prácticamente una obligación preconstituir la declaración de cada víctima**, teniendo en cuenta, como ha determinado ya el Tribunal Supremo,⁹ la altísima probabilidad de que no se pueda contar con su presencia en el momento del juicio oral, años después.

En conclusión: **en la fase de instrucción de los procesos relativos al delito de TSH**, como buen ejemplo del cambio de paradigma, **es indispensable preguntarse cómo y cuándo tiene que practicarse la declaración de la**

⁷ Artículo 9.1 de la Directiva 2011/36: 1. Los Estados miembros tienen que garantizar que la investigación o el enjuiciamiento de las infracciones previstas en los artículos 2 y 3 no dependa de la deposición o denuncia de la víctima, y que el proceso penal pueda continuar su curso aunque la víctima retire su declaración.

Artículo 27.1 del Convenio de Varsovia: las partes tienen que comprobar que las investigaciones o las acciones judiciales relativas a los delitos tipificados de acuerdo con el presente convenio no estén subordinadas a la declaración o a la acusación procedente de una víctima.

⁸ Artículo 11.3 de la Directiva 2011/36: los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias para garantizar que la asistencia y el apoyo a la víctima no se supediten a la voluntad de esta de cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio.

Artículo 12.6 del Convenio de Varsovia: las partes tienen que adoptar 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.

⁹ STS 53/2014, 04/02/2014.

persona que aparece como víctima, e incluir en el cómo todo aquello que tenga relación con sus necesidades de protección.

No se puede olvidar que, antes de que empiece a intervenir el juzgado de instrucción, se han producido, muy probablemente, algunas actuaciones de gran relevancia: la entrevista de identificación, medidas de protección policiales, medidas relacionadas con víctimas extranjeras en situación irregular (concesión del periodo de reflexión y restablecimiento, aplicación del régimen especial del artículo 59 bis de la ley de extranjería), etc.¹⁰

El juez de instrucción no puede actuar sin tener en cuenta estas actuaciones y las circunstancias que se reflejan o se derivan de ellas.

2.4. Nuevos intervinientes: las Oficinas de Atención a la Víctima del Delito y entidades que asisten a las víctimas

Para hacer la evaluación de riesgo de las víctimas y para fijar sus necesidades de protección, son imprescindibles las Oficinas de Atención a la Víctima del Delito (en adelante, OAVD) y las entidades y los servicios públicos especializados en TSH que las asisten, una herramienta clave para garantizar los derechos de las víctimas de TSH.

Las oficinas de atención a la víctima del delito son un servicio gratuito que ofrece atención, apoyo y orientación a las víctimas y personas perjudicadas por un delito o falta, y punto de coordinación de las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género o de otros delitos que adoptan los órganos judiciales en Cataluña.

¹⁰ Los ministerios de Interior, Justicia, Trabajo y Migraciones y de Sanidad, Política Social e Igualdad, juntamente con el Consejo General del Poder Judicial y el ministerio fiscal, firmaron en fecha 28 de octubre de 2011 un protocolo marco de protección de las víctimas de tráfico de seres humanos. Estas actuaciones, sobre todo policiales, se integran en el protocolo como obligatorias:
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/va/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/marco/home.htm>

También existe un protocolo en el ámbito de Cataluña, iniciativa de Presidencia de la Generalitat y con la intervención de otras instituciones y corporaciones, de 17 de octubre de 2013:
http://dones.gencat.cat/web/.content/03_ambits/violencia_masclista/coordinacio/protocol/Protocol_proteccio_Victimes_TraficHumans_Cat.pdf

Estas oficinas dependen de la Dirección General de Ejecución Penal en la Comunidad y de Justicia Juvenil y tienen como finalidad ofrecer a las víctimas información y apoyo para que puedan ejercer los derechos que les reconoce la legislación vigente, así como una atención integral para potenciar la recuperación personal y reducir la victimización. Las graves consecuencias que un proceso de TSH comporta para las personas que lo sufren, a todos los niveles, incluso se equipara a situaciones de tortura y otras formas de malos tratos que exigen una intervención especializada, con un enfoque integral y con perspectiva de derechos humanos.¹¹

Tanto en la Directiva 2011/36 como en los protocolos marco confeccionados para configurar la protección de las víctimas de TSH se prevé expresamente la posible intervención y/o coordinación con entidades (el artículo 11.4 de la Directiva las llama «organizaciones de apoyo») en relación con la detección y durante el proceso de identificación de las víctimas.

Los jueces y juezas de instrucción se tienen que acostumbrar a la presencia y el trabajo de estas entidades y servicios públicos especializados (aunque no aparecen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y también tienen que tomar consciencia del hecho de que son fuentes de información importantes y fiables para poder llevar a cabo las valoraciones sobre el riesgo de las víctimas.

2.5. El juicio oral y la protección de la víctima

Los condicionantes derivados de la posición de la víctima se reproducen en la fase de enjuiciamiento. Los órganos sentenciadores se tienen que enfrentar a las cuestiones, ya conocidas, que tienen que ver con el hecho de compatibilizar los principios de contradicción y de publicidad (esenciales en el pleno) con las necesidades de protección de las víctimas.

Les decisiones sobre la presencia de los testigos y el uso de la prueba preconstituida, así como aquellas relacionadas con la evitación de la

¹¹ https://sejudicial.gencat.cat/ca/que_cal_fer/Soc-victima-de.../victima-delicte/Oficines-datencio-a-les-victimes-del-delicte/ y <https://www.osce.org/files/f/documents/d/b/103085.pdf>

victimización secundaria,¹² ya tienen un cuerpo doctrinal y jurisprudencial importante, del cual se pueden extraer las pautas imprescindibles en una motivación deseable. Intentaremos exponerlas, pero atendiendo a los diferentes escenarios que acostumbran a reproducirse con los perfiles de las víctimas de TSH (víctima que es ilocalizable, víctima localizable pero con problemas graves de seguridad, etc.).

Además, aparecen nuevas cuestiones que merecen un trato diferenciado, como la configuración de las pruebas periciales que se pueden proponer y practicar (sobre el nivel de vulnerabilidad de la víctima, las de tipo antropológico, etc.). En este ámbito, se debe establecer cuál es el papel del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cataluña (IMLCFC) y de los informes de los médicos y médicas forenses, del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal (EATP), de las Oficinas de Atención a la Víctima del Delito o la posición de las entidades que asisten a las víctimas.

2.6. Un problema sin resolver: cómo reparar a la víctima cuando la sentencia es condenatoria

Se ha podido comprobar, en las resoluciones dictadas en los últimos años, las dificultades que los tribunales han tenido para justificar la imposición de una responsabilidad civil derivada de delito, como forma de reparación a la víctima de TSH, y también para fijar y cuantificar esta responsabilidad en una indemnización.

¹² El artículo 12.4 de la Directiva 2011/36 dice: «Sin perjuicio de los derechos de defensa, de acuerdo con una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima por parte de las autoridades competentes, los Estados miembros tienen que velar por que las víctimas del tráfico de seres humanos reciban un trato especial, destinado a prevenir la victimización secundaria, evitando, en la medida de lo posible y de conformidad con los criterios establecidos por el derecho nacional y las normas relativas al poder discrecional, a la práctica o a las orientaciones de los tribunales: repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, la instrucción o el juicio; el contacto visual entre víctimas y demandados incluso durante la prestación de declaración, como en el interrogatorio y las preguntas de la parte contraria, mediante instrumentos apropiados como el uso de tecnologías de la comunicación adecuadas; testificar en audiencia pública, y preguntar sobre la vida privada de la víctima cuando no sea absolutamente necesario».

En el mismo sentido se expresa el artículo 25 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito.

Consideramos imprescindible abrir una reflexión para poder profundizar en esta cuestión. Los jueces y las juezas tienen que disponer de un catálogo de criterios o variables, claros y concretos, para poder determinar si se ha producido un daño que debe ser reparado y, también, para poder especificar la forma más justa de reparación.

Estos criterios y estas variables deberían tratarse ya, como parámetros de valoración, en la declaración de la víctima cuando se practica como prueba preconstituida.

Igualmente, opinamos que es necesario preguntarse por formas alternativas de reparación, más allá de la indemnización económica.

2.7. Reparación a la víctima con ayudas públicas cuando el procedimiento se sobresee por falta de indicios contra una persona determinada o en caso de sentencia absolutoria

En la actualidad y formalmente las ayudas estatales y la ayuda autonómica catalana¹³ están condicionadas al establecimiento de una sentencia condenatoria.

Ello no tiene en cuenta los graves problemas de persecución del delito de TSH, que tiene una escasa tasa de condenas.

Es preciso que se establezca un mecanismo de valoración de daños (peritaje), basado en la metodología establecida por el Protocolo de Estambul,¹⁴ tal como menciona y prevé el *Protocolo de actuación médico forense de valoración de víctimas de trata de seres humanos*.¹⁵

¹³ Ley 35/1995 para víctimas de delitos violentos y violencia sexual y Decreto 80/2015, del 26 de mayo, de las indemnizaciones y ayudas para mujeres víctimas de violencia machista.

¹⁴ Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf>. Este sistema tiene antecedentes en otros países, como Inglaterra, donde la Fundación Helen Bamber (especializada en temas de tortura, TEH y asilo) realiza informes medicolegales reconocidos por ACNUR, instituciones de inmigración, tribunales penales, así como por Ministerio del Interior del Reino Unido.

¹⁵ Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/OrganismosMinisterio/Documents/1292428388595_-_Protocolo_de_actuacion_medico_forense_de_valoracion_de_victimas_de_trata_de_serres_humanos.PDF

Esta correcta valoración tendría que incluirse en la resolución que ponga fin a la instrucción (sobreseimiento provisional del artículo 641.2), donde habría que dejar constancia de la existencia de indicios suficientes que indiquen que se produce el delito de TSH y de las víctimas del delito, aunque no se pueda seguir el procedimiento contra una persona determinada de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del EVD.¹⁶

De la misma manera, en la sentencia absolutoria por falta de pruebas contra una o más personas se tendría que incluir un pronunciamiento sobre la existencia de una víctima de TSH y una descripción de las secuelas padecidas según lo que se ha mencionado, para facilitar que la víctima tenga acceso a las ayudas públicas.

¹⁶ «Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso».

3. RECOMENDACIONES EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

3.1. Estatus jurídico de la víctima de TSH

Tal como hemos dicho anteriormente, en esta tipología de delitos el juez o la jueza de instrucción deben afrontar la investigación de los hechos teniendo en consideración de forma prioritaria a la víctima y sus necesidades de protección.¹⁷ Conjuguar ambos objetivos no será una labor fácil, pero recordemos que es preciso garantizar primero la protección de la víctima por encima de la persecución del delito, porque si no se garantiza esta protección no obtendremos una declaración.

La víctima de TSH tiene un estatus jurídico específico y, como tal, la normativa internacional y nacional le reconoce unos **derechos básicos** al margen de los previstos en general en el Estatuto de la víctima del delito. Son los siguientes:

- a) Derecho a recibir información, protección y apoyo de forma inmediata y no condicionada a su colaboración con las autoridades, para favorecer su recuperación integral (en los ámbitos físico, psicológico y social).
- b) Derecho a asistencia jurídica gratuita (sin necesidad de justificar sus recursos) y a participar en sus procesos judiciales.
- c) Derecho a que no se le impongan ni penas ni sanciones por delitos cometidos en el marco de la situación de TSH.
- d) Derecho a la reparación de las violaciones de los derechos humanos que han padecido (incluido el derecho de compensación), de manera que se garantice su acceso a vías de recursos efectivas y apropiadas.
- e) En el caso de que se trate de una **persona extranjera**¹⁸ (supuesto mayoritario):

¹⁷ STEDH 15/2017: «En las acciones de protección se incluyen las identificaciones de las víctimas elaboradas por personas especializadas, así como la asistencia de las víctimas para su recuperación física, psicológica y social».

¹⁸ Artículo 59 bis de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-544-consolidado.pdf>). Artículos 12, 13, 14

- Derecho de retorno asistido a su país de origen.
- Derecho a un periodo de restablecimiento y reflexión de 90 días, prorrogable en caso de encontrarse en situación administrativa irregular, para poder tomar distancia de los traficantes y tomar una decisión informada sobre su colaboración o no con las autoridades en la persecución del delito.
- Derecho a solicitar un permiso de residencia y trabajo, sobre la base de su colaboración con las autoridades o bien por su situación personal.
- Derecho a que la expedición de un permiso de residencia por ser víctima de TSH no suponga un obstáculo para el derecho a solicitar asilo o acogerse a él.¹⁹
- En caso de **víctimas menores de edad**, se tienen que adoptar las medidas específicas de protección comunicando a la DGAIA y a la Fiscalía de Menores la detección o la identificación de la víctima menor.²⁰

Puede suceder que la víctima no esté documentada y se dude sobre su edad. En estos casos, se pondrá en conocimiento de la Fiscalía de Menores, que iniciará el expediente de determinación de la edad.²¹

del Convenio de Varsovia
<https://www.idhc.org/img/butlletins/files/ConveniendeConsejoEuropaTrata%281%29.pdf>.

¹⁹ Artículo 14.5 del Convenio de Varsovia. Enlace *ut supra*.

²⁰

https://observatoriodelainfancia.vpsocial.gob.es/productos/pdf/Anexo_Protocolo_Marco_Menor_es_Victimas_TSH_aprobado_por_Pleno1_12_2017.pdf

²¹

https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Protocolo_ME_NA_2005.pdf

Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en 2013 y 2014 (STS 453/2014, 23 de septiembre de 2014, recurso de casación 1382/2013 y STS 3817/2014, 24 de septiembre de 2014, recurso de casación 280/2013), respaldada sobre los informes y las recomendaciones del defensor del pueblo (véase el anexo de jurisprudencia).

Será preciso incluir testimonio del expediente de determinación de edad a la causa para garantizar el derecho de defensa, ya que la minoría de edad de la víctima es uno de los agravantes previstos en el artículo 177 bis 4.b) del CP.

Por su importancia, transcribimos el artículo 59 bis de la ley de extranjería, específico para víctimas de TSH:

«1. Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para la **identificación** de las víctimas de la trata de personas conforme a lo previsto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005.

2. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, **informarán** a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente.

Dicho **período de restablecimiento y reflexión** tendrá una duración de, al menos, **noventa días**, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la **seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad**, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación

personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período.

Con carácter extraordinario la Administración Pública competente 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 cualquier 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.

3. El periodo de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida. La denegación o revocación deberán estar motivadas y podrán ser recurridas según lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. La 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.

En la tramitación de las autorizaciones referidas en el párrafo anterior se podrá eximir de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima.

5. Las previsiones del presente artículo serán igualmente de aplicación a personas extranjeras menores de edad, debiendo tenerse en cuenta la edad y madurez de estas y, en todo caso, la prevalencia del interés superior del menor.

6. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de la trata de seres humanos».

3.2. Resolución sobre valoración del riesgo y estándar de protección de la víctima

3.2.1. Fuentes de información

El juez o la jueza de instrucción debe comprender las repercusiones en el proceso penal de estos aspectos:

- las condiciones en las que se produce la detección de una potencial víctima de TSH,
- las condiciones en las que se produce el proceso de identificación,
- las condiciones en las que se interpone la denuncia de los hechos.

Para que las personas extranjeras en situación administrativa irregular puedan interponer una denuncia de manera segura y tengan acceso a la justicia es preciso garantizar que puedan denunciar sin correr el riesgo de que se les incoe un procedimiento sancionador, de manera que se establezca un «cortafuego» que garantice que la aplicación de los derechos fundamentales esté en todo caso por encima de la normativa de extranjería o el interés exclusivo de perseguir el delito.

La información necesaria para valorar el riesgo en que se encuentra la víctima vendrá de tres instancias o agentes:

- a) Cuerpo policial autor del atestado
- b) Entidad social que lleve la asistencia a la víctima²²
- c) Oficinas de Atención a la Víctima del Delito (OAVD)

Proponemos que el **atestado policial** incluya un **informe específico** sobre valoración del riesgo de cada víctima e incorpore una **propuesta** de medidas de protección que tienen que ser adoptadas judicialmente. Este informe deberá dar respuesta a los siguientes interrogantes:

- ¿Quién detectó los indicios?

²² Instrucción 6/2016, Secretaría de Estado de Seguridad: <https://rm.coe.int/esp-2-eval-report-annex-1-thb-comprehensive-plan-2015-2018/1680790618>

- ¿Ha recibido asesoramiento previo a la entrevista de identificación? Es decir, ¿se ha realizado una valoración de detección por parte de una entidad / servicio público especializado en atención a víctimas de TSH?
- ¿Fue acompañada por una entidad / servicio público especializado en atención a víctimas de TSH durante la entrevista de identificación?
- ¿Se le ha ofrecido el periodo de restablecimiento y reflexión? ¿Se acogió? ¿Se concedió? ¿Se ha solicitado alguna prórroga? ¿Con qué motivo?
- Durante el periodo de restablecimiento y reflexión ¿ha recibido atención y seguimiento por parte de alguna entidad / servicio público especializado en atención a víctimas de TSH?
- ¿Ha estado acompañada por una entidad / servicio público especializado en atención a víctimas de TSH durante la interposición de la denuncia?
- ¿Cuáles han sido las necesidades de protección específicas?

El informe policial debe incluir también de forma individualizada para cada víctima las informaciones siguientes:

- Contexto social y familiar en España.
- Arraigo social y familiar en su país de origen²³ (si es extranjera): contexto cultural, económico y social.
- Existencia de familiares de la víctima en España o en su país de origen susceptibles de intimidación, vulnerables o menores de edad.
- Barrera idiomática.
- Capacidad económica y posibles apoyos.
- Relaciones con cada uno de los investigados.
- Valoración de las posibilidades de que cada uno de los investigados conozca su identidad.
- Estado emocional de la víctima.

²³ En caso de víctimas de países iberoamericanos, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) podrá emitir informe mediante el sistema Iber@ (<http://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-trata-de-personas>).

- Discapacidad (psíquica y/o salud mental), gestación, minoría de edad, otras.

Este informe puede ser complementado por la entidad / el servicio público especializado en TSH donde ha sido derivada o por la OAVD.²⁴

Es conveniente que estos informes se remitan de forma reservada.

3.2.2. ¿Qué tiene que hacer el juez o la jueza una vez reciba el atestado?

a) Tiene que comprobar si el atestado contiene el informe mencionado y si ofrece la información suficiente para hacer la valoración del riesgo en que se encuentra la víctima y adoptar las medidas de protección adecuadas.

b) En caso negativo, debe oficiarlo al cuerpo policial para que elabore o complete el informe con las variables que se han indicado antes.

c) O bien, debe oficiarlo a la OAVD, siempre que la víctima sea atendida o haya sido atendida por una entidad. La OAVD debe emitir un informe que recoja la información descrita más arriba.

d) A la vista del atestado y de los informes complementarios, tiene que dictar una interlocutoria individualizada y debidamente motivada, que adopte medidas de protección adecuadas a la situación de riesgo detectada.²⁵ Las medidas que se pueden acordar son:

d.1) Llevar a cabo la anonimización²⁶ de la víctima, es decir, la supresión en las diligencias de su nombre y apellidos y el resto de datos de identificación y localización, y la sustitución por un número o una clave.

d.2) Evitar toda referencia a la entidad o el servicio especializado de asistencia de la víctima.

²⁴ Siempre a petición del órgano judicial, que remeterá adjunta copia del informe policial y del atestado a fin de evitar la revictimización.

²⁵ Artículo 24 del EVD y artículo 12.3 de la Directiva 2011/36.

²⁶ Artículo 2 de la Ley 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales.

d.3) Evitar la identificación de la víctima en la práctica de cualquier diligencia, si es necesario, mediante distorsionadores de la voz y de la imagen.

d.4) Evitar la confrontación visual con medios apropiados como las TIC.²⁷

d.5) Tomar declaración en dependencias especialmente concebidas a tal efecto o adaptadas, y con la asistencia de técnicos con formación específica, como pueden ser los y las profesionales de los EATP.

d.6) Acordar que la declaración de la víctima se grabe y tenga valor de prueba preconstituida.

d.7) Apertura de **pieza separada** para cada una de las víctimas.

Es conveniente que el juez o la jueza se aseguren de tener una valoración del estado físico y psíquico de cada víctima, elaborada lo antes posible después de la detección y realizada conjuntamente por un servicio público de salud y por el médico o la médica forense (de guardia).

En el *Protocolo de actuación médico forense de valoración de víctimas de trata de seres humanos* del Ministerio de Justicia (año 2017), se recomienda que el informe del médico o la médica forense incluya conclusiones sobre la manera de minimizar los riesgos de victimización secundaria, especialmente si se trata de niños o niñas.

3.2.3. Modificación de la valoración del riesgo

La valoración del riesgo es susceptible de modificación de resultados de la información que vaya apareciendo en la instrucción y de la propia evolución personal de la víctima, de manera que pueda ser preciso suprimir o sustituir determinadas medidas de protección.

Si la modificación resulta procedente, será necesaria la correspondiente resolución por interlocutoria, que se verá motivada, esencialmente, en el

²⁷ Artículo 12.4 de la Directiva 2011/36, <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>.

contenido de los informes que emitidos por la OAVD (que deberá incluir la información proveniente de la entidad que asista a la víctima) y/o por el IMLCFC.

3.3. La declaración de la víctima

Tal como hemos dicho, el juez o la jueza de instrucción deben considerar la complejidad del delito y la idiosincrasia de las víctimas de TSH para decidir cuándo y cómo tienen que tomar declaración a la víctima que es testigo esencial de los hechos, aunque no tiene que ser la única prueba.

Así, la mayoría de investigaciones policiales para esta tipología delictiva empiezan con la identificación formal de una o diversas víctimas. A raíz de estas investigaciones —reactivas, preventivas o proactivas—, la víctima identificada del delito será llevada al proceso penal y ante el órgano instructor se planteará la necesidad de tomarle declaración.

3.3.1. Decisión judicial de tomar declaración como prueba preconstituida

Debemos recordar la reiterada y consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre este delito que insiste en el hecho de que esta declaración se practique con carácter de prueba preconstituida al amparo de los artículos siguientes:

Artículo 448, primer párrafo, de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim): «Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso de que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a este, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir

al acto, permitiendo a estos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes».

Artículo 777 de la LECrim: «2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes».

Podemos destacar la sentencia del TS 53/2014, de 4 de febrero: «Constituye una norma de experiencia que en los delitos de trata de seres humanos la presión sobre los testigos-víctima sometidos a la trata y explotación, es muy intensa, por lo que **el recurso a la prueba preconstituida debe ser habitual** ante la muy probable incidencia de su desaparición, huida al extranjero e incomparecencia al juicio oral, motivada ordinariamente por el temor a las eventuales consecuencias de una declaración contra sus victimarios».

Existen numerosas sentencias²⁸ que dan apoyo a la práctica de esta diligencia como prueba anticipada para que, en la fase del juicio oral y si se cumplen las condiciones exigidas por el artículo 730 de la LECrim, el órgano de enjuiciamiento pueda, a petición de la Fiscalía o de las otras partes, reproducir la diligencia sumarial realizada y otorgarle valor probatorio.

3.3.2. Resolución motivada

En todo caso, la decisión de tomar declaración a la víctima de TSH como prueba preconstituida tiene que estar acordada en una resolución en forma de interlocutoria en la que se analicen las circunstancias concretas del caso y personales de la víctima —de conformidad con la evaluación del riesgo— a efectos de la aplicación de los artículos transcritos más arriba.

²⁸ STS 167/2017 de 15 de marzo, 132/2018 de 20 de marzo, 554/2019 de 13 de noviembre y 554/2019 de 19 de noviembre. STSJC 34/2018 de 16 de abril y 123/2019 de 18 de octubre.

3.3.3. Momento de practicar la prueba preconstituida

Hay que evitar fórmulas estereotipadas que impliquen precipitar el tiempo de una declaración, que, como se ha visto, tiene componentes específicos e importantes que tienen que ser observados por el órgano instructor como garante procesal tanto de la investigación como de la protección de las víctimas. Tiene que ser una decisión meditada de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada caso.

A la hora de fijar temporalmente la declaración, es imprescindible tener en cuenta los factores siguientes:

1. Estado psicofísico de la víctima: se tiene que comprobar el estado de la víctima para saber si presenta condiciones para poder declarar. Con esta finalidad, para obtener esta información el órgano judicial se puede dirigir a la OAVD (que estará coordinada con la entidad social que la asista) o a la unidad de investigación policial correspondiente.

2. Periodo de restablecimiento y reflexión y derecho de retorno en el caso de las víctimas extranjeras. Así lo reconoce no solo la ley, sino también la jurisprudencia:²⁹ «Un interrogatorio practicado demasiado pronto puede resultar infructuoso debido al estado de shock de la víctima, lo que se transforma en el derecho a un periodo de restablecimiento y reflexión».

2.1. Cabe recordar que la víctima tiene el derecho de disponer de un periodo de restablecimiento y reflexión, previsto en el artículo 59 bis de la LO 4/00 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.³⁰

2.2. Cuando la víctima opta por el retorno asistido, es preciso evitar practicar precipitadamente su declaración sin garantizar el principio de contradicción. Es recomendable esperar y practicar la diligencia una vez la

²⁹ STS 147/2020 de 14 de mayo.

³⁰ *Ut supra* A.5, páginas 10 y 11.

víctima ha llegado a su país de origen con los mecanismos de cooperación judicial internacional y garantizando el principio de contradicción.

3. Es necesario valorar la conveniencia de esperar, para la práctica de la declaración preconstituida de la víctima, a que tenga lugar la personación jurídica efectiva de todos los investigados que razonablemente se prevé que estén en el caso. Se pretende evitar reiteradas declaraciones³¹ de la víctima cada vez que se persone un nuevo investigado respecto al cual el juzgado de instrucción tiene que ofrecer la garantía de contradicción, el derecho a interrogar.

3.3.4. Forma de realizar la prueba preconstituida

La ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (L.O. 8/2021 de 4 de junio) ha introducido el nuevo artículo 449 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece la forma de practicar la prueba preconstituida, que dispone lo siguiente:

«Cuando, en los casos legalmente previstos, la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida, la misma deberá desarrollarse de conformidad con los requisitos establecidos en este artículo.

La autoridad judicial garantizará el principio de contradicción en la práctica de la declaración. La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

La autoridad judicial asegurará la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, de forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual. Se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia,

³¹ Artículo 12.4 de la Directiva 2011/36: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>.

que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida.

Para la valoración de la prueba preconstituida obtenida conforme a lo previsto en los párrafos anteriores, se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2.»

Debemos partir de la base de que la prueba preconstituida es una parte del juicio oral y, por lo tanto, se tiene que practicar con las mismas garantías que el resto de pruebas que se practican en el juicio oral. De ahí que celebremos la incorporación del artículo 449 bis en la LECrim que establece los requisitos obligatorios para su práctica.

De hecho, se tiene que priorizar la condición de medio probatorio —que puede determinar el dictado de una sentencia condenatoria— antes de su naturaleza de diligencia de investigación.

Al considerarlo un medio probatorio tenemos que poner el acento en sus requisitos y ser especialmente cuidadosos en la ponderación de los derechos fundamentales en juego, específicamente el derecho de defensa del investigado. Por estos motivos pasamos a enumerar estos elementos imprescindibles para que la declaración en la instrucción tenga el valor de prueba para el juicio oral:

a) **Imparcialidad**

De la misma manera que se practica en el juicio oral, el testigo tiene que prestar juramento o promesa de decir la verdad y el juez o la jueza tendrá que preguntarle sobre las generales de la ley. A continuación, tiene que dar la palabra a las partes a fin de que interroguen al testigo, **absteniéndose** de liderar este interrogatorio, aunque tiene la posibilidad, una vez finalizadas las preguntas de las partes, de intervenir haciendo preguntas al testigo «para depurar los hechos sobre los cuales declare», tal como dispone el artículo 708 de la LECrim.

b) **Contradicción**

El órgano judicial tiene que garantizar la posibilidad de intervenir de todas las partes en la diligencia. A este efecto, será preciso citar al Ministerio Fiscal, las acusaciones, las defensas, incluida la citación personal de cada uno de los investigados tal como prevé expresamente los artículos 448.1 y 449 bis de la LECrim y se desprende del artículo 777.2 de la misma norma cuando exige «que se asegure en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes».

b.1. Presencia del investigado o la investigada

Nuestro sistema judicial es muy exigente respecto a la presencia del acusado en el juicio oral —obligatoria cuando la pena excede los dos años de prisión—, obligatoria cuando la pena excede los dos años de prisión, que es la referencia en esta materia—. Por lo tanto, **la regla general tiene que ser la presencia y la posibilidad de intervención del investigado en la declaración**³² y, por lo tanto, es preciso exigir al órgano instructor un esfuerzo razonable para garantizar la asistencia del investigado a esta declaración, un esfuerzo para su localización y/o su citación.

Otra cuestión es admitir la existencia de supuestos en los que se mantendría la validez de la prueba aunque el investigado no hubiera estado presente, tal como ha reconocido el Tribunal Supremo en algunas resoluciones³³ y recoge expresamente el nuevo artículo 499 bis cuando dice que «la ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituída».

En todo caso, la validez de la prueba tiene que ser resuelta por el órgano de enjuiciamiento, como dispone el nuevo art. 703 bis de la LECrim: «En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituída no

³² STEDH Lucà contra Italia.

³³ STS 1002/2016, 19/01/2017: «Prueba preconstituída (FJ 3): La incorporación tardía de uno de los letrados a la diligencia de la declaración de la víctima, constituida como prueba preconstituída, no invalida su práctica si ello no es achacable al órgano judicial. Además, hubo otros letrados presentes y se ofreció al que llegó tarde la posibilidad de repreguntar o profundizar en aspectos concretos si así lo estimaba oportuno. Tampoco invalida la prueba practicada el hecho de que el acusado cambiase de abogado. De hecho, la STS considera que, de acuerdo con la doctrina del TEDH, la ausencia de contradicción carece de trascendencia si es imputable en exclusiva a las partes pasivas».

reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes» (introducido por la L.O. 8/2021).

b.2. Presencia del letrado o la letrada

Es **indispensable** la presencia del letrado o la letrada de cada persona investigada en la prueba preconstituida, ya que, de hecho, desde la óptica del principio de contradicción, se trata de practicar la prueba en idénticas condiciones que en el juicio oral. Por lo tanto, la ausencia del letrado o la letrada impide la práctica de la prueba, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias en las que pueda incurrir en caso de estar debidamente citado.

En consecuencia, tenemos que partir de la nulidad de la diligencia practicada sin la presencia del abogado o la abogada y no podrá tener *a posteriori* ningún valor probatorio.

Ahora bien, el nuevo art. 449 bis, si bien parte de la presencia del letrado o letrada de la persona investigada como indispensable, establece que: «En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto».

Por lo tanto, abre la posibilidad de nombrar un/a abogado/a de oficio para suplir la incomparecencia del defensor de la persona investigada. En todo caso, creemos que el uso de esta posibilidad debe estar limitado a los casos en los que se constate una voluntad dilatoria o obstaculizadora del proceso por parte del/de la letrado/a que lleve la defensa de las personas investigadas.

Además, habrá que analizar si la nueva redacción es compatible con la jurisprudencia antes mencionada, ya que —STS 1002/2016— el Tribunal Supremo validó la prueba cuando el letrado fue citado debidamente pero no compareció por voluntad propia, aunque el caso específico analizado en esta sentencia era una situación de retraso en la incorporación del letrado a la práctica de la prueba.

b.3. Presencia tardía de las personas investigadas

En el caso de que se haya llevado a cabo la declaración testifical como prueba preconstituida sin la presencia de alguno de los investigados ni de sus defensas, porque se encuentran en paradero desconocido o en extranjero, o porque se haya localizado con posterioridad o todavía no haya adquirido la condición de investigado, será oportuno, en aplicación del art. 449 bis y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo respecto al principio de contradicción, que, con el pleno traslado de lo que se ha llevado a cabo, el órgano judicial proporcione a la nueva defensa la oportunidad de interrogar practicando, si procede, una ampliación de la prueba preconstituida en la que la defensa pueda preguntar, en el ejercicio de su derecho a interrogar, todas aquellas cuestiones que le interesen.

b.4. Presencia de la Fiscalía

Según el artículo 11.1 del Protocolo marco de la víctima del tráfico de personas,³⁴ «el secretario judicial cuidará especialmente que los representantes del Ministerio Fiscal sean debidamente citados con la antelación suficiente a las declaraciones de detenidos, imputados y testigos que se señalen durante la instrucción de los procedimientos penales por delito de trata de seres humanos».

c) Grabación

De acuerdo con lo dispuesto en la LECrim, la declaración tiene que ser grabada en soporte audiovisual. Así está previsto en el nuevo artículo 449 bis («La autoridad judicial asegurará la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, de forma inmediata, comprobar la calidad de la grabación audiovisual»), en el artículo 777.2 («Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y

³⁴

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/va/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/marco/home.htm>

de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes») y el artículo 433.5.

La grabación debe tener una calidad óptima de imagen y sonido, para que tanto las partes como el tribunal que tengan que valorar la prueba puedan examinar detalladamente el contenido de lo que manifiesta la víctima y su lenguaje no verbal. El nuevo art. 449 bis establece obligatoriamente que el LAJ compruebe la calidad de la grabación, tal cómo hemos transcrito.

Junto con la grabación, es preciso que el LAJ levante acta según se recoge en el nuevo art. 449 bis: «Se acompañará acta sucinta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida».

d) Medidas de protección específicas de la prueba

Como hemos dicho anteriormente, es preciso adoptar las medidas de protección, atendiendo a la situación de la víctima después de hacer un análisis individualizado de sus circunstancias personales.

Las medidas que se tienen que adoptar son las previstas en la Directiva y en el EVD:

d.1. Se debe evitar la confrontación visual con los investigados, mediante la utilización de salas adaptadas a fin de evitar la victimización secundaria, que mantengan adecuadas condiciones ambientales, de discreción, de seguridad, de comodidad y de tranquilidad (artículos 19.2 del EVD y 23.2.a de la Directiva 2012/29/UE).³⁵

Esta medida de protección conviene cumplirla haciendo la declaración en la sala Gesell (que normalmente utilizamos en caso de exploraciones a menores) o bien en una sala diferente respecto al lugar donde se encuentren las partes, y hay que utilizar medios audiovisuales. Consideramos que se tiene que abandonar el uso de biombos o mamparas porque son medios obsoletos que

³⁵ <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

no garantizan suficientemente las finalidades de protección legalmente establecidas.

Será preciso garantizar que las entradas y salidas de la sede judicial se lleven a cabo por accesos diferentes para las víctimas y para las personas investigadas.

d.2. Debe tenerse especial cuidado en el señalamiento de las declaraciones en caso de concurrencia de diversas víctimas.

En caso de que haya diversas víctimas, hay que citarlas de forma separada.

Debe tenerse en cuenta que normalmente la entidad y la extensión de los hechos objeto de investigación comportan una duración de la declaración superior a lo que suele ser habitual. Por este motivo, es preciso dejar un espacio temporal suficiente entre cada una de las declaraciones para evitar largas esperas de las víctimas en las dependencias judiciales.

d.3. En caso de que en la interlocutoria de valoración del riesgo se haya determinado la aplicación de la LO 19/1994 de protección de testigos, la declaración de la víctima se llevará a cabo con distorsión de voz y de imagen, ya existente en el sistema ARCONTE, para evitar que la víctima sea identificada.

Ahora bien, es preciso recordar que se tiene que garantizar la grabación de su declaración sin esa distorsión de voz y de imagen en el caso de su reproducción en el juicio oral, dado que el tribunal debe tener acceso a la grabación sin estas cautelas.

Por lo tanto, será necesario utilizar **dos sistemas de grabaciones paralelos**: el de ARCONTE, con distorsión de voz y de imagen, y otro, al cual tendrá acceso el órgano judicial y el Ministerio Fiscal, que no puede estar a disposición del resto de las partes. Esta grabación tiene que estar debidamente custodiada por el letrado de la Administración de justicia (LAJ) tanto durante la fase de instrucción como en la fase de enjuiciamiento.

El LAJ del tribunal de enjuiciamiento tiene que comprobar que la grabación tenga la calidad de imagen y sonido necesaria para que pueda ser reproducida de forma adecuada.

d.4. La víctima tiene derecho a ser acompañada por una persona de su elección y confianza, tal como dispone el artículo 433.3 de la LECrim y el artículo 4 del EVD.

Este derecho adquiere una especial significación en las investigaciones de tráfico de personas dada la situación personal, de inseguridad o de indefensión de la víctima, sobre todo si el delito se ha prolongado en el tiempo. Desde esta óptica, es recomendable que la víctima esté acompañada de algún profesional o persona de confianza (de los servicios especializados, por ejemplo, o bien algún profesional de las OAVD o de otros servicios) que, sin intervenir en ningún momento, pueda aportarle sensación de seguridad y apoyo en el momento de la declaración.

d.5. Control del interrogatorio de las partes

El juez o la jueza de instrucción tiene el deber de controlar de forma efectiva y material la admisión de las preguntas de las partes a la práctica de la diligencia. Estas preguntas se tienen que ajustar a la finalidad de protección victimológica, y se tienen que evitar preguntas que afecten tanto a la dignidad de la persona que declara como a planes de intimidad faltos de relación con el objeto del proceso (artículos 25.2 del EVD y 23.3.c de la Directiva 2012/29/UE).

e) Intervención de expertos

A pesar de que los artículos 449 ter de la LECrim y 26 del EVD solo prevén la intervención de expertos en la declaración de víctimas menores de edad o personas con un cierto grado de discapacidad necesitadas de especial protección, consideramos que, sobre todo en los supuestos de víctimas con un alto grado de vulnerabilidad y con una mayor afectación psíquica derivada de la explotación sufrida, en la toma de declaración de la víctima tienen que intervenir técnicos o profesionales en psicología adscritos a los EATP, dado que aportan la pericia necesaria para entender cómo funciona la memoria

traumática. De hecho, el artículo 23.2.b de la Directiva 2012/29/UE recoge la intervención de expertos en casos de víctimas con necesidades especiales de protección.

El art. 449 ter establece que los equipos psicosociales «apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad».

Comprender cómo funciona la memoria traumática es esencial para no restar credibilidad a las declaraciones. Es en este contexto cuando la declaración guiada por profesionales en psicología y la validación del relato parcial por otros agentes implicados en la investigación pueden ser útiles en este proceso, fomentando una gestión integral de las víctimas de TSH, ya que en estas declaraciones suele aparecer nueva información imprescindible para validar, contextualizar, interpretar y ordenar las informaciones proporcionadas por las víctimas.

La intervención de expertos facilita que la víctima pueda declarar en unas condiciones de estabilidad emocional y serenidad que permitan que la información aportada por el testigo sea más fiable o de más calidad. Cabe recordar que las víctimas de TSH a menudo sufren miedos, vergüenza, y tienen condicionantes culturales y una gran desconfianza hacia el sistema policial y judicial. Así lo recoge expresamente el art. (449 ter cuando indica que la intervención de los expertos tiene como objetivo «la mejora en el trato del menor o discapacitado y el rendimiento de la prueba».

Además, la intervención de expertos de los EATP permitiría que los propios profesionales, en cumplimiento del EVD, hicieran la valoración pericial de los daños el mismo día, cosa que evitaría nuevas intervenciones, que podrían comportar la victimización secundaria. Así lo dispone el art. 449 ter cuando dice: «La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor».

La intervención de expertos en la declaración debe respetar lo dispuesto en el art. 449 ter en cuanto a la forma: «las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo».

f) **Asistencia de intérpretes**

A partir del derecho de la víctima a entender y ser entendida que proclama tanto la Directiva 2012/29/UE como el EVD, cuando la víctima no entiende ni la lengua catalana ni la castellana hay que ser especialmente cuidadosos a la hora de hacer intervenir a intérpretes o traductores con calidad suficiente para garantizar que la declaración que hace la víctima sea traducida con la máxima fiabilidad posible. Es importante **controlar la total imparcialidad del intérprete**, dado que se han detectado casos en los que las organizaciones criminales han introducido a personas en el proceso como intérpretes.

g) **Caso específico de víctimas menores de 14 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección**

Como hemos dicho, la Ley 8/2021 ha introducido el art. 449 ter que establece la obligatoriedad de practicar la exploración como prueba preconstituida en caso de que el testigo sea menor de 14 años o persona con discapacidad necesitada de especial protección en los procesos en los que se investigue, entre otros, un delito de tráfico de seres humanos.

Por lo tanto, independientemente de lo que hemos aconsejado antes en relación a la intervención de expertos, cuando algunas de las víctimas sean menores o personas con discapacidad o bien sin ser víctimas hayan sido testigos de los hechos investigados, habrá que hacer la exploración como prueba preconstituida y según lo que dispone el art. 449 bis antes mencionado.

El artículo 449 ter introduce otras obligaciones:

g.1) Garantías de accesibilidad y apoyo necesarios

g.2) Evitación de la confrontación visual:

«Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico».

g.3) Exploración con expertos: como ya hemos analizado antes.

3.4. El objetivo de evitar que todo el peso de la investigación recaiga en la declaración de la víctima

3.4.1. La necesidad de otras diligencias de instrucción

La Directiva 2011/36/UE establece en su artículo 9.1 lo siguiente: «Los Estados miembros tienen que velar por que la investigación o persecución de los delitos a que se refieren los artículos 2 y 3 no dependa de la deposición o denuncia de la víctima, y que el procedimiento penal pueda seguir su curso, aunque la víctima retire su declaración». En el mismo sentido, el artículo 27 del Convenio de Varsovia dice: «Las partes tienen que comprobar que las investigaciones o las acciones judiciales relativas a los delitos tipificados de acuerdo con el presente convenio no estén subordinadas a la declaración o a la acusación procedente de una víctima, al menos cuando el delito haya sido cometido, en su totalidad o en parte, en su territorio».

Aunque con la preconstitución de la declaración de la víctima en la fase de instrucción se pueda facilitar la valoración de esta declaración como prueba en el juicio oral, la experiencia ha mostrado que es necesario evitar que todo el peso de la investigación y de la acusación recaiga en la declaración de la víctima o acabe dependiendo exclusivamente de esta declaración.

Así, hay que llevar a cabo medidas de instrucción para obtener otros medios de prueba útiles a fin de establecer la existencia del delito de tráfico de seres humanos, también en el caso de que la víctima desaparezca, se niegue a denunciar, se retracte o proporcione una declaración inconsistente.³⁶

³⁶ STS 1047/2006

Se tienen que mencionar dos factores que ayuden a entender esta necesidad:

- a) Por un lado, la especial «fragilidad» de la víctima, entendida no solamente como su fragilidad emocional a causa de la experiencia traumática a la cual ha estado sometida, sino también como la fragilidad de la coherencia de su declaración, ya que las amenazas, las presiones, el miedo a represalias o la propia desconfianza que el sistema judicial puede causarle puede generar una infinidad de situaciones procesales que aconsejan que el delito no solo se sostenga por su declaración.
- b) Por otro lado, la naturaleza transnacional del delito de tráfico de personas, lo que requerirá que algunas de las medidas de instrucción que se tienen que llevar a cabo tengan que buscar asistencia internacional en determinados casos.

3.4.2. Averiguación patrimonial de las personas investigadas

El delito de TSH es, después del tráfico ilegal de drogas y armas, la tercera actividad criminal más rentable del mundo. Por ello, es imprescindible que desde el inicio de la investigación se acuerden medidas para acreditar el beneficio ilícito obtenido por los traficantes, no solamente como elemento de corroboración periférica del delito, sino también para garantizar posibles responsabilidades civiles, las consecuencias accesorias que se deriven del delito o la ejecución de posibles sanciones pecuniarias. Es preciso determinar la estructura económica y financiera de los autores del delito, con diligencias de eficaz averiguación patrimonial y la adopción de medidas cautelares dirigidas a garantizar la confiscación (comiso) de bienes y de embargos preventivos desde el inicio de la investigación, a fin de evitar que los bienes desaparezcan, se escondan o se transmitan a terceros.

Puede ser muy útil oficiarlo a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA), que se puede encargar de la localización, la recuperación, la conservación, la administración y la realización de bienes, instrumentos y beneficios del delito encontrados en España o fuera de España, cumplimentando a este efecto el formulario establecido en la página web del

Ministerio de Justicia, recogido en el siguiente enlace:

<https://www.mjusticia.gob.es/en/areas-tematicas/oficina-recuperacion-gestion>.

No podemos obviar la trascendencia que recibe esta cuestión en la Directiva 2011/36/UE. Su artículo 7 dice: «Los Estados miembros tienen que adoptar las medidas necesarias para que sus autoridades competentes puedan embargar y decomisar los instrumentos y productos de las infracciones a las que se refieren los artículos 2 y 3».

Es necesario superar la inercia histórica de abandono que, en la praxis forense, tiene lugar respecto a la pieza separada de responsabilidad civil y, concretamente, en el acuerdo de medidas cautelares dirigidas a asegurar estas responsabilidades. Una vía adecuada para afrontar este reto es la Directiva 2014/42, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

3.4.3. Prueba pericial psiquiátrica/psicológica forense de las víctimas

a) Objeto de la pericia

De forma sintetizada se puede decir que el objeto de este informe pericial es la elaboración de una valoración integral, física y psíquica, de la víctima del delito de TSH, incluida la determinación del nivel de vulnerabilidad que presente y de su capacidad para prestar consentimiento respecto de los hechos que son objeto de investigación.

Se dispone de una descripción objetivada, desde el ámbito científico y médico, de los efectos de la victimización causada por el delito de TSH en la salud. Se han evidenciado unos elevados índices de morbilidad asociados en las víctimas, así como de mortalidad.

Concretamente, en relación con la salud mental, se han objetivado daños causados directamente por las vivencias de violencia, coacción, humillación y tratos degradantes que se asocian habitualmente con la explotación que

supone el objetivo prioritario del delito. Estos daños pueden provocar, con una alta incidencia, trastornos psiquiátricos.³⁷

Por lo tanto, el oficio de la pericial tiene que incluir:

- Presencia de lesiones físicas, con descripción de secuelas.
- Presencia de afectaciones psíquicas causadas por la situación de explotación sufrida (o de las acciones dirigidas a la explotación), así como de secuelas que se deriven. Además, el informe puede tener utilidad para otras finalidades, relacionadas con el objetivo de evitar la victimización secundaria:³⁸
- Concreción de factores de riesgo de la víctima.
- Determinación del nivel de vulnerabilidad psicológica y biológica.
- Detección de afectaciones en la capacidad para declarar, incluidas aquellas relativas a la capacidad para describir o transmitir sus propias vivencias (puede ser necesaria para poder interpretar correctamente el contenido de la declaración, o de las declaraciones, de la víctima).

b) El informe pericial en la fase de enjuiciamiento

Este informe pericial puede ser llevado a la fase de enjuiciamiento como prueba de cargo. Así, la existencia de un grado relevante de vulnerabilidad forma parte de los elementos objetivos del tipo (en las formas de comisión del artículo 177 bis 1 del Código Penal). Igualmente, la presencia de daños físicos o psíquicos en la víctima, con la correspondiente valoración de causalidad, puede tener incidencia si se valora como *indicio de cargo* y, también, con vista a determinar la responsabilidad civil derivada del delito.

³⁷ Metodológicamente, se dispone de instrumento específico: la entrevista de salud mental del protocolo de valoración psiquiátrica para descartar psicopatología en mujeres víctimas de TEH, puesto a punto en el marco del proyecto Psychological Health Impact of THB for sexual exploitation on female victims (PHIT). Esta entrevista recoge datos sociodemográficos básicos, antecedentes psiquiátricos familiares y personales, uso de sustancias y de alcohol, y determinadas subescalas de la Entrevista Neuropsiquiátrica Internacional (MINI; concretamente las de episodio depresivo mayor, riesgo de suicidio, trastorno de angustia, trastorno por estrés postraumático y trastorno de ansiedad generalizada) y la subescala de somatizaciones del Cuestionario de Salud General de Goldberg (GHQ-28).

³⁸ *Protocolo de actuación médico forense de valoración de víctimas de trata de seres humanos* del Ministerio de Justicia (año 2017).

Esto significa que, desde el punto de vista de las exigencias de contradicción, para permitir la plena valoración de la prueba resultante (aunque la prueba puede reproducirse en el juicio oral), es recomendable facilitar la intervención de la defensa de cada persona investigada en la práctica de la prueba, mediante la participación de un perito de parte, si lo solicita expresamente y de forma previa. En todo caso, esto no tiene que dar lugar a más de una exploración, por razones de evitar victimización secundaria.

c) Recomendaciones para solicitar el informe pericial

- El oficio tiene que explicitar, como regla general, el alcance integral de la evaluación pericial, sin perjuicio de que se solicite alguna valoración específica o concreta.
- Debe procurarse **un solo informe** y, si es posible, una sola exploración, con el motivo de evitar victimización secundaria. Tanto el IMLCFC como el EATP pueden elaborar este informe, pero aunque tienen unos enfoques y una terminología diferentes (el EATP lleva a cabo una evaluación social y psicológica, no médica), se recomienda que se lleve a cabo un análisis previo de cuáles son las necesidades de asesoramiento judicial de cada caso, de manera que esto haga que se traduzca en una concreción del objeto de la pericial, a fin de **dirigir el oficio al IMLCFC o bien al EATP**.
- Puede ser útil oficiarlo previamente a la OAVD para conocer con detalle el estado psicofísico de la víctima, a los efectos de fijar el mejor momento para enviar el oficio y programar la exploración, sobre todo si es previo a la práctica de la diligencia de declaración judicial.
- Es aconsejable que hagan el informe dos profesionales, uno de los cuales tiene que ser especialista en psicología, y que estas dos personas dispongan de formación especializada en este tipo de víctima.
- Es importante que el oficio que solicita la pericial vaya acompañado de los informes de valoración del riesgo que se hayan formalizado, de la información clínica disponible (se puede solicitar a la entidad que asiste

a la víctima o de la OAVD, o bien informes médicos que constan en la causa) y, si ya se ha practicado, de la declaración judicial.

3.4.4. Aportación de informes administrativos o laborales

Si se trata de trabajo forzado o explotación laboral, es relevante que los informes de los servicios de Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del organismo autonómico competente se incorporen a la causa.

Asimismo, en el caso de explotación sexual, en que se hayan llevado a cabo inspecciones administrativas en los prostíbulos o locales donde se desarrollaba la actividad de prostitución, sería conveniente su incorporación al expediente.

También sería pertinente incorporar la aportación de informes periciales de expertos en materias relacionadas con el tráfico de seres humanos (por ejemplo, rituales de vudú, protección internacional o determinación de minoría de edad, entre otros) para complementar la información recogida.

3.4.5. Auxilio internacional para obtener datos relativos a las circunstancias familiares y las condiciones de vida de la víctima de TSH extranjera en su país de origen

La mayoría de las víctimas de TSH suelen ser personas extranjeras (mayoritariamente mujeres y niños y niñas) que describen en su declaración una situación de vulnerabilidad en su país de origen, con unas circunstancias que a menudo son explotadas por los traficantes para engañarlas o abusar de ellas y causar la determinación de abandonar su país y el desarraigo de su entorno protector. El tipo penal se configura situando estas circunstancias como elementos de los medios comisivos del delito en el artículo 177 bis 1 del Código Penal.

De acuerdo con la necesidad de que la declaración de la víctima como prueba de cargo tenga elementos de corroboración objetiva o periférica, a los que se refieren, habitualmente, las víctimas en su declaración, sería conveniente solicitar ayuda internacional para obtener datos relativos a las circunstancias familiares y sociales de las víctimas a fin de comprobar esta información documentalmente. Tiene que ser un documento expedido, si es posible, por un

organismo público, que detalle el contexto social, cultural y económico de la víctima, ya que puede demostrar objetivamente su situación de vulnerabilidad.

Ahora bien, cuando las víctimas sean solicitantes de ayuda internacional o bien cuando ya la tengan reconocida, no es oportuno dirigirse a las autoridades de su país. En estos casos sería necesario instar al OAVD a la realización de un informe basado en información del país de origen, como los que se utilizan en el ámbito del asilo.

3.4.6. Auxilio internacional para diligencias relativas a la fase de captación

El juez o la jueza de instrucción puede solicitar a la policía la emisión de informes relacionados con la fase de captación o transporte de las víctimas de TSH. La policía puede emplear con esta finalidad herramientas de cooperación policial mediante el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO).³⁹

3.4.7. Macrocausas

Normalmente, las causas abiertas por la investigación de delitos de TSH son complejas por la multiplicidad de personas investigadas y de víctimas. Nos remitimos a la documentación que consta en el CENDOJ sobre las especialidades en la instrucción de las macrocausas.⁴⁰

En relación con las víctimas se tiene que prever que tal vez por el nombre o por cuestiones de seguridad entre ellas es preciso dispersarlas entre diferentes recursos de atención especializados, lo que puede comportar su derivación a diferentes comunidades autónomas. Esto se debe tener en cuenta de cara a la gestión durante todo el proceso.

³⁹

<https://administracion.gob.es/pagFront/espanaAdmon/directorioOrganigramas/fichaUnidadOrganica.htm?idUnidOrganica=33681#.YKTGyY4zZPY>

⁴⁰ Pablo Rafael Ruz. «Principales problemas de los macroprocesos desde la perspectiva del juez de instrucción. Propuestas de reforma». *Cuadernos Digitales de Formación*. CGPJ, vol. 14, año 2016.

3.5. Cómo gestionar la exención de responsabilidad del apartado 11 del artículo 177 bis

Es necesario que en la fase de instrucción se tenga en cuenta la cláusula de renuncia a la responsabilidad penal contenida en el artículo 177a párrafo 11 del CP, que se clasifica principalmente por la doctrina como una **excusa absolutoria**.

La Directiva 2011/36/UE lo prevé expresamente en el artículo 8: «Los Estados miembros tienen que adoptar, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de tráfico de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos previstos en el artículo 2».

Los **casos más comunes** de exención de responsabilidad son los siguientes:

- a) Víctimas que, en el contexto de la explotación sufrida, colaboran en la captación de otras víctimas o son responsables de la explotación de otras víctimas, o están obligadas a comerciar con drogas (por ejemplo, en explotación sexual, facilitar el consumo de drogas a los clientes) o a cometer robos en la vía pública para conseguir el pago de la deuda a la que están sometidas.
- b) Víctimas en casos de tráfico con finalidad de actividades delictivas. En caso de que la víctima haya recibido una imputación en un procedimiento penal, si ha sido explotada en la comisión de actos delictivos (venta de drogas, robos y hurtos, mendicidad...), la determinación de esta condición de víctima tiene que conducir necesariamente al sobreseimiento para ella en instrucción por delitos finales en los que haya sido utilizada.
- c) Les falsedades documentales cometidas por la víctima durante la secuencia migratoria que forma parte del tráfico en numerosas ocasiones.

Momentos procesales en que se puede considerar:

- a) Cuando el estado procesal de los casos seguidos por el delito de tráfico y por los delitos cometidos por posibles víctimas en el contexto de esta situación lo permita, el procedimiento **se tiene que acumular y someter a un único procedimiento**, a fin de no romper la continuidad del caso, siempre que sea oportuno para el esclarecimiento de los hechos y para la determinación de responsabilidades, salvo que —como señala la LECrim en el artículo 17— se trate de una complejidad excesiva o comporte un retraso para el proceso.
- b) Si no es posible acumular diligencias previas, se puede alegar, en el procedimiento por el delito secundario, la suspensión de la tramitación por prejudicialidad penal, por la litispendencia de un proceso de TSH que puede ser decisivo en el enjuiciamiento del delito secundario, una suspensión que se tiene que mantener hasta que el procedimiento del delito de TSH se complete por decisión definitiva.
- c) En el caso de la tramitación de diligencias urgentes, se tiene que entender que las diligencias no son suficientes y es preciso transformar el procedimiento a diligencias previas para practicar todas las que sean necesarias para aclarar los hechos, aportando los testigos necesarios del caso que fue seguido por el delito de TSH.
- d) Si se plantea ante el órgano de enjuiciamiento, en el momento del inicio del juicio oral por la infracción secundaria, que quien es acusado puede haber sido víctima «judicializada» de TSH, y que existe un procedimiento previo por este delito, se puede articular la suspensión del juicio en virtud del artículo 786.2 de la LECrim (procedimiento abreviado) o de acuerdo con el artículo 746.6 de la LECrim (procedimiento ordinario), de manera que se puede acordar una instrucción complementaria.
- e) Cuando ya se haya dictado una o diversas sentencias finales contra una persona que más adelante resulte ser víctima de TSH, por delitos cometidos durante el periodo de explotación sufrido y en las

circunstancias establecidas en el punto 11 del artículo 177 bis del CP, o que constituyen la misma explotación, existen dos posibilidades jurídicas válidas:

- Ir al procedimiento de revisión de sentencias firmes (artículo 954 de la LECrim, interpretación expansiva del precepto).
- A fin de salvaguardar los derechos de la víctima y no agravar la situación sufrida, también se podría utilizar la figura del indulto, que se tendría que proponer, incluso por iniciativa propia, si se conoce la circunstancia descrita, por el órgano judicial que dictó la condena contra la víctima, a pesar de que el indulto nos sitúa fuera del ámbito jurisdiccional y dentro del ámbito de la oportunidad política, y no ofrece ninguna garantía de concesión.

4. CUESTIONES DE LA FASE DE ENJUICIAMIENTO

Hemos destacado la importancia de llevar a cabo una investigación de los delitos de TSH teniendo en consideración esencialmente la situación de la víctima, el tiempo que esta necesita de reflexión y restablecimiento, es decir, valorando el riesgo en el que se encuentra y su vulnerabilidad.

Las cuestiones que consideramos que es imprescindible que se tengan en cuenta en la fase de enjuiciamiento son similares a las contenidas en la fase de instrucción y requieren decisiones motivadas del órgano de enjuiciamiento, que será siempre la audiencia provincial dadas las penas previstas en el artículo 177 bis del CP.

En este apartado trataremos en exclusiva aquellos aspectos vinculados a la declaración de la víctima-testigo del delito de TSH, sin mencionar el resto de pruebas que las partes pueden —y deben— proponer para el acto de juicio oral para evitar que la prueba de cargo se limite a la declaración de la víctima de TSH, como hemos dicho anteriormente.

4.1. Evaluación individualizada y decisión sobre la necesidad de adoptar medidas de protección

En cualquier tipo de procedimiento (ordinario o abreviado), una vez el tribunal reciba las actuaciones, tanto si es en la fase intermedia del sumario como en la fase de juicio oral del abreviado, tiene que llevar a cabo en primer lugar una **evaluación individualizada** de la víctima a fin de establecer la necesidad de adoptar medidas de protección en esta fase procedimental, ya sea acordando otras nuevas o modificando o sustituyendo las adoptadas en la fase de instrucción.

Este deber se establece de forma expresa en los artículos 23 y 25 del Estatuto de la víctima del delito y el artículo 12 de la Directiva 2011/36/UE.

Hay que tener en cuenta que la ley presume que las víctimas de esta tipología delictiva tienen necesidades especiales de protección, unas necesidades que aumentan cuando se trata de víctimas menores de edad.

Además, es preciso recordar que la situación de la víctima de TSH puede haber variado por el tiempo transcurrido y/o por la intervención de las entidades de asistencia o de profesionales de psicología o psiquiatría. Así, su situación no es una imagen fija, por lo que las medidas de protección adoptadas al inicio de la investigación o durante la instrucción de la causa pueden no ser ya necesarias, o bien puede ser que hayan aparecido otras necesidades que requieran una respuesta adecuada.

Por lo tanto, una vez recibida la causa en el tribunal, el magistrado o magistrada ponente tiene que llevar a cabo esta evaluación individualizada (artículo 24.1.b del EVD y artículo 4.1 de la LO19/94), preservando en todo caso su imparcialidad.

Con esta finalidad, proponemos que se solicite de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, un **informe integral y actualizado** sobre la situación de la víctima o las víctimas a la OAVD —que actuará coordinadamente con la entidad de asistencia que esté atendiendo a la víctima— que permita decidir las medidas concretas que se tienen que adoptar o mantener en caso de que ya haya algunas adoptadas en la fase de instrucción.

Esta evaluación tiene que tener en cuenta especialmente lo siguiente:

- a) Las características personales de la víctima, su situación, sus necesidades inmediatas. En esta tipología de casos existen factores específicos de vulnerabilidad: no tienen apoyo familiar, ni red social, a menudo desconocen el idioma y/o nuestra cultura, la mayoría son personas extranjeras en situación irregular, algunas son menores, no tienen documentación ni dinero, no tienen trabajo ni lugar donde vivir.
- b) La naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados, y especialmente las necesidades de protección si al margen del delito de tráfico de seres humanos, o de organización criminal, se dan otros, como pueden ser detenciones ilegales, coacciones, agresiones sexuales, abortos, amenazas, que obviamente incrementarán la victimización.

- c) Las circunstancias del delito, en particular si son delitos violentos y si la víctima ha sufrido amenazas personales y a su familia.

Este informe se tiene que remitir al órgano judicial o fiscal que lo haya solicitado previamente y debe tener un carácter reservado.

Aconsejamos que se abra pieza separada para preservar la información.

Para disponer del informe, la oficina judicial remitirá oficio a las OAVD en un plazo de 2-3 meses antes del señalamiento del juicio oral.

Una vez recibidos los informes, el tribunal tiene que dictar interlocutoria motivada con la cual se adopten las medidas de protección concretas y se detallen los elementos que se han tenido en consideración para llegar a la decisión.

En caso de testigo protegido se tienen que valorar las circunstancias concurrentes y en caso de necesidad se tiene que garantizar su anonimato durante la fase de juicio oral.⁴¹

4.2. Presencia de la víctima en el pleno o uso de la prueba preconstituida

Las partes, al proponer los medios de prueba para el acto de juicio oral, pueden solicitar la declaración de la víctima en el pleno o bien la reproducción de la grabación de su declaración en fase de instrucción como prueba preconstituida al amparo de los artículos 703 bis, 730, 449 bis y 449 ter de la LECrim.

Además, en esta tipología delictiva, como reconoce el TS en diversas resoluciones, la presión sobre los testigos-víctimas sometidos a TSH es tan intensa que a menudo desaparecen movidos por el miedo a las represalias contra ellos o sus familiares en el país de origen. Por lo tanto, no resulta infrecuente que estos testigos no comparezcan a las sesiones del juicio oral a

⁴¹ STS 395/2009 (Roj: STS 2189/2009). Véase el anexo de jurisprudencia.

pesar de estar citados, o bien que ni tan solo puedan ser citados o no dispongan de medios suficientes para poder asistir a él.

En todo caso, aconsejamos abrir una vía de audiencia a las partes para anticiparse a los problemas que puedan surgir en relación con estos testigos y escuchar a las partes antes de decidir sobre la presencia de la víctima en el pleno o bien el uso de la grabación como prueba preconstituida.

En este trámite de audiencia:

- a) Se tiene que citar a todas las partes: el Ministerio Fiscal, el letrado o la letrada de la acusación particular y/o popular y los letrados o letradas de las defensas de los acusados.
- b) Es preciso disponer del informe integral y actualizado sobre la situación de la víctima emitido por la OAVD en coordinación con las entidades asistenciales (ya utilizado para resolver sobre las medidas de protección), que como hemos dicho tiene que constar en la pieza separada.

Al margen de la situación de la víctima, tal como prevé el art. 449 bis consideramos necesario que el letrado o la letrada de la Administración de justicia certifique que la grabación de la declaración de la víctima en la fase de instrucción tiene la suficiente calidad de sonido y de imagen para que la prueba sea valorada de forma adecuada por el tribunal.

Una vez escuchadas las partes y teniendo en consideración el informe incorporado y la certificación del LAJ, el tribunal tiene que decidir si acuerda la admisión de la prueba testifical de la víctima en el pleno o si la considera improcedente (de acuerdo con los marcados rasgos de vulnerabilidad o bien de imposible práctica (víctima no localizada o bien en una situación que evidencie que psicológicamente no es aconsejable su intervención en el acto del juicio oral).

Según la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2021, la norma en caso de testigos menores de edad o personas con discapacidad debe ser evitar que

vuelvan a declarar en el juicio oral (449 ter, 703 bis, 730.2 y 777 y 788.2 Lecrim).

4.3. Medidas de protección durante el juicio oral

En caso de que el tribunal haya decidido la admisión de la declaración testifical de la víctima o las víctimas de TSH y tomando en consideración las medidas de protección ya adoptadas en la resolución antes mencionada, habrá que diferenciar diversos supuestos dependiendo de si la víctima vive en la ciudad sede del tribunal o en sus alrededores, o bien si reside en otro lugares, ya sea en otra provincia o en el extranjero.

4.3.1. Limitación de publicidad y de la actividad informativa de los medios de comunicación

A pesar de que la regla general que prevé la LECrim en el artículo 680 respecto a la publicidad de las sesiones, en el enjuiciamiento de los delitos de TSH el tribunal puede acordar, según lo dispuesto en el artículo 25 del EVD, lo siguiente:

- a) Celebración del juicio a puerta cerrada total o parcial. El tribunal tiene que decidir si tiene que excluir la publicidad de todo el juicio o bien solo en los momentos en que declaren las víctimas y se emitan los informes que hagan referencia a ella como salvaguarda de su identidad e intimidad.
- b) Prohibición de divulgación o información relativa a la identidad de la víctima o datos que puedan llevar a su identificación (artículo 22 del EVD).
- c) Prohibición de divulgación o información relativa a otros testigos, peritos u otros intervinientes en el juicio oral.
- d) Prohibición de obtención y divulgación de imágenes de la víctima y las personas acompañantes o de otras personas que intervengan.

Estas decisiones suponen una limitación a la actividad informativa de los medios de comunicación, una limitación expresamente prevista en el artículo

25.2 del EVD y en el artículo 682 de la LECrim, que dispone que «el juez o tribunal, con la audiencia previa de las partes, podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible a fin de preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los otros intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a estas o a sus familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otra forma, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso».

De conformidad con estos preceptos, es necesario que el tribunal se pronuncie de forma expresa y motivada sobre la limitación de la publicidad después de la audiencia de las partes.

4.3.2. En el caso de que la víctima resida en la ciudad sede del tribunal o en sus alrededores y se haya previsto que comparezca ante el tribunal

- a) **Puede haber acompañamiento de la víctima.** De acuerdo con lo que dispone el artículo 21.c del EVD, la víctima puede asistir al pleno acompañada de una persona de su confianza. En el caso de víctimas de TSH resulta especialmente adecuado que se haga una preparación para el acompañamiento a juicio por parte de la OAVD y disponer del Servicio de Acompañamiento a la Víctima del Delito (SAVD) el día del juicio, si procede, o bien de miembros de la asociación de asistencia a las víctimas a las que la víctima está vinculada.
- b) **Es preciso evitar el contacto visual entre la víctima o víctimas y las personas acusadas.** Este es uno de los derechos fundamentales de la víctima reiterado por las directivas mencionadas a lo largo de este trabajo y en el EVD.

Para garantizar este derecho, la oficina judicial en coordinación con la OAVD tiene que adoptar las medidas adecuadas para que la entrada en la sede judicial se haga de una manera y en un horario diferentes de los de las personas acusadas y el resto de testigos y peritos. También se tiene que garantizar que la espera antes de la declaración tenga lugar en una sala

especialmente reservada para víctimas como la que existe en la Audiencia Provincial de Barcelona u otras sedes judiciales.

Hay que tener en cuenta que las salas de vistas pueden no estar adecuadas para garantizar este objetivo y que las mamparas, como hemos dicho más arriba, son sistemas obsoletos y no sirven para conseguir que la víctima declare sin la asunción de riesgos y sobre todo con la serenidad necesaria.

En el caso de salas de vistas que no dispongan de espacios adecuados para evitar el contacto visual, consideramos necesario acordar que la declaración se haga según lo dispuesto en el artículo 325 o bien en el artículo 731 bis. Ambos preceptos (uno en sede de procedimiento ordinario y el otro en sede de abreviado) establecen la posibilidad que «la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

También se prevé esta opción en el artículo 25.2 a y b del Estatuto de la víctima del delito. Así pues, será preciso adoptar las medidas técnicas que sean necesarias para que la víctima sea escuchada sin estar presente en la sala de vistas, con medios tecnológicos que garanticen la calidad de imagen y sonido necesaria y su adecuada grabación para ulteriores instancias.

En el caso de que la víctima tenga la consideración de testigo protegido, se tienen que adoptar las medidas necesarias para la distorsión de la imagen y el sonido, a fin de evitar su reconocimiento.

4.3.3. En el caso de víctimas que residan en otros lugares dentro del Estado español

En estos casos, es **obligado** el uso del sistema de videoconferencia o un sistema similar a los que se han comentado anteriormente.

A pesar de ello, es preciso adoptar las medidas necesarias para que la declaración se lleve a cabo desde dependencias judiciales u oficiales donde se

pueda identificar de forma fehaciente a la víctima y donde se garantice que esta puede declarar sin ningún tipo de presión, coacción o amenaza.

4.3.4. En el caso de víctimas que han regresado a su país de origen, pero que se encuentran localizadas y en disposición de prestar declaración

En este supuesto, se tiene que preparar la declaración mediante el sistema de videoconferencia desde su país de origen, utilizando con esta finalidad, si se encuentra en un otro Estado europeo, las herramientas de cooperación internacional previstas en el prontuario y más concretamente la videoconferencia desde sede judicial u oficial, adoptando las medidas necesarias para garantizar la correcta identificación del testigo y su declaración sin ningún tipo de coacción.

4.3.5. En el caso de víctimas con estatus de testigo protegido

En esta tipología delictiva, es frecuente la necesidad de proteger a la víctima-testigo al amparo de lo previsto en la Ley 19/1994 de protección de testigos.

Como hemos dicho más arriba, en el momento del enjuiciamiento, el tribunal tiene que valorar el mantenimiento o no de las medidas de protección adoptadas según lo dispuesto en el artículo 4.1 de esta ley.

A pesar de todo, también es preciso recordar lo que dispone de forma taxativa su artículo 4.3: «**Si cualquiera de las partes solicita motivadamente** en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, la declaración o el informe de los cuales se estima que es pertinente, el juez o tribunal que tiene que entender la causa, en el mismo acto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, tiene que **facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos**, respetando las restantes garantías reconocidas a estos en esta ley».

A pesar del contenido de la ley, en determinados casos y de forma excepcional, la jurisprudencia ha admitido la negativa del tribunal a revelar la identidad de las víctimas,⁴² si bien existen otras que abiertamente consideran

⁴² STS 395/2009, 384/2016 del 5 de mayo, 686/2016 del 26 de julio

que el mantenimiento del anonimato del testigo conculca el derecho de defensa.⁴³

En todo caso, se pueden tener en cuenta dos posibilidades: a) escuchar a la víctima que es testigo protegido antes de decidir si se levanta el anonimato, y b) tanto si se estima la pretensión de revelación de la identidad del testigo protegido como si no, se puede acordar, en trámite de cuestiones previas, abrir un plazo para que la defensa proponga medios de prueba (sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia del 30 de marzo de 2016, Roj: SAP V 1222/2016).

Cuando haya testigos protegidos y se haya decidido el uso de la prueba preconstituida mediante el uso de la grabación, se tiene que utilizar la versión en que la imagen y la voz de la víctima estén distorsionadas, sin perjuicio de que el tribunal tenga a su disposición la grabación original sin distorsiones.

⁴³ STS 715/2018 del 16 de enero de 2019

5. REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA EN CASO DE SENTENCIA CONDENATORIA

Toda víctima de un delito tiene derecho a la reparación del daño tal como prevé la LECrim y el CP, que establecen la responsabilidad civil derivada del delito como un pronunciamiento obligatorio en la sentencia siempre que, obviamente, esta sea condenatoria.

Con todo, hay que tener en cuenta algunas cuestiones específicas en esta tipología delictiva:

- a) Las personas que son objeto de TSH son sometidas a abusos físicos, mentales, económicos y a menudo sexuales. Esta explotación puede dar lugar a sufrimiento físico y de salud, traumas emocionales y pérdida de medios de subsistencia. Teniendo en cuenta que el delito de tráfico de seres humanos es una grave violación de derechos humanos que atenta directamente contra la dignidad de las personas, no es inusual que la naturaleza de las lesiones y las posibles secuelas sean equiparables a las de tortura, actos inhumanos o degradantes.
- b) El hecho de percibir una indemnización suficiente abonada por los traficantes tiene un carácter restaurativo indudable y ayuda a las víctimas en su proceso de recuperación.
- c) Es preciso ajustarse a los procesos de recuperación —a menudo muy complejos y lentos— y llevar a cabo una mejor determinación de los daños y de las secuelas a largo plazo.
- d) La reparación de daños y perjuicios tanto materiales como morales tiene que incluir los perjuicios directos a la víctima y los indirectos sufridos por familiares o terceros.
- e) La indemnización de los daños tiene que incluir los directamente producidos por el delito, pero también las ganancias o beneficios dejados de obtener como consecuencia del ilícito penal (lucro cesante) siempre que resulten acreditados. El lucro cesante es especialmente importante en los casos de explotación laboral o sexual, ya que es el beneficio obtenido por los traficantes.

- f) Se deben incluir en la indemnización los gastos generados (pasados y presentes) y previsibles (futuros).
- g) El daño moral está implícito en esta tipología delictiva y su cuantificación tiene que estar directamente relacionada con los hechos declarados probados.

5.1. Indemnizaciones

Para fijar las indemnizaciones a las víctimas de TSH, las sentencias del Tribunal Supremo recogen los siguientes parámetros, sin afán de exhaustividad:

- a) Tiempo de explotación
- b) Condiciones de vida y/o trabajo
- c) Cantidades cobradas por los servicios sexuales en caso de TSH con fines de explotación sexual
- d) Periodo de tiempo para obtener esta cantidad cada día
- e) Importes que se quedaba el traficante
- f) Condiciones de vida y sufrimiento durante el traslado

En todo caso, resulta imprescindible una valoración pericial integral, tal como hemos indicado en las cuestiones de la fase de instrucción.

5.2. Decomiso de bienes, efectos y ganancias del delito

Es preciso recordar que el CP, en su artículo 127 bis y siguientes, regula el decomiso de bienes, efectos y ganancias de la persona condenada por un delito de TSH salvo que se acredite su origen lícito. Esta regulación fue introducida como implementación de la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y productos del delito en la Unión Europea.

La posibilidad de decomiso de bienes se extiende —de forma excepcional y solo a los supuestos específicamente establecidos en el artículo 127 ter del CP— también a los casos de archivos provisionales anticipados o en casos de sentencias absolutorias por exención de responsabilidad criminal o extinción de esta.

5.3. Necesidad de acordar medidas cautelares civiles para garantizar la cobertura de las responsabilidades civiles

Como hemos dicho más arriba, entre las diligencias imprescindibles durante la fase de instrucción se encuentran las investigaciones patrimoniales tendentes a intervenir las ganancias derivadas del delito y embargar todos aquellos bienes que directa o indirectamente se puedan vincular al delito.

Así se prevé también en el artículo 127 octies del CP, que establece la confiscación o embargo de bienes, instrumentos y ganancias desde las primeras diligencias.

5.4. Indemnizaciones extrajudiciales: ayudas públicas

Cabe recordar la existencia de la Ley 35/1995 de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual⁴⁴ y el Decreto 80/2015, de 26 de mayo, de indemnizaciones y ayudas para mujeres víctimas de violencia machista.⁴⁵

Dado que los casos de insolvencia total o parcial de los responsables del delito de TSH no son infrecuentes, recomendamos incluir en la sentencia una relación detallada de las secuelas, basada en los informes periciales forenses, ya que este detalle facilitaría el acceso a la obtención de ayudas para reparar a las víctimas por parte de la Administración.

5.5. Reparación simbólica

El contenido del derecho a la reparación está fuertemente vinculado a la idea de reparación económica del daño, a la indemnización del perjuicio causado a la víctima del delito. Esto ha llevado tanto al establecimiento de la obligación legal de indemnizar a la víctima por parte del victimario como, si esta falta, al diseño de sistemas públicos de indemnización para las víctimas de delitos violentos y, de forma más reciente, a la dotación de fondos procedentes de bienes decomisados a fin de resarcir a las víctimas de determinados delitos

⁴⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-26714>

⁴⁵ <https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/d/2015/05/26/80>

como tercera vía indemnizatoria. Sin embargo, este constituye solo un de los aspectos de la reparación, la económica.

A pesar de ello, la reparación del daño y la compensación económica que comporta la responsabilidad civil derivada del delito o el resarcimiento económico con cargo a diversos fondos no agotan el derecho de la víctima a ser reparada. Las medidas de reparación integral tienen que incluir como mínimo los tres componentes establecidos por el Código Penal: la restitución (artículo 111 del CP), la reparación del daño (artículo 112 del CP) y la indemnización de perjuicios (artículo 113 del CP).

Partiendo de una comprensión integral del derecho a la reparación, esta también incluye una dimensión inmaterial, que admite diversas formas de concreción, entre las que existen diferentes manifestaciones de satisfacción moral en el propio proceso penal o la intervención de la víctima y el victimario en un proceso de justicia restaurativa cuando ello sea posible y adecuado, unos aspectos, estos, que integrarían lo que se ha identificado como aspecto moral de la reparación. En definitiva, la reparación entendida en sentido integral se tiene que identificar no solo con la económica, sino también con la moral.

Hay aspectos que es preciso tener en cuenta en esta segunda vertiente de la reparación que podrían probarse en el caso del delito de tráfico de seres humanos. Podrían estar relacionados con lo siguiente:

- Respecto a la reparación con cargo al victimario, con eventual y voluntario reconocimiento de los hechos por su parte en el marco de un programa restaurativo, pero también con la asunción del compromiso por parte de este de intervenir en programas penitenciarios específicos orientados a prevenir su reincidencia victimizando a otras personas como mecanismos para favorecer el disfrute de beneficios penitenciarios.
- Como formas de reparación moral con cargo a recursos públicos, se podría valorar el acceso preferente de las víctimas de tráfico de seres humanos a determinados programas sociales —como programas de

ocupación, de formación profesional o de acceso a vivienda pública— y el acceso a tratamientos médicos específicos y de larga duración (tanto físicos como psicológicos).

- Se podría llevar a cabo la cancelación de posibles antecedentes penales y/o policiales en relación con delitos o faltas cometidas en el marco de la situación de TSH.
- Finalmente, una última forma de manifestación de la vertiente moral de la reparación, en este caso respecto a las condiciones de residencia, tendría que ver con el hecho de que materialmente el reconocimiento de una situación de residencia legal no se articulara nunca como contraprestación para la colaboración de la víctima con la Administración de justicia, sino exclusivamente por razones humanitarias, sin vincular la estancia legal a la obtención de un permiso de trabajo.

6. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

6.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

SENTENCIA RANTSEV CONTRA CHIPRE Y RUSIA, del 7 de enero de 2010

Queremos destacar los párrafos siguientes:

En relación con la óptica victimológica: «El Tribunal observa que el Protocolo de Palermo y el Convenio Anti-Trata hacen referencia a la necesidad de un enfoque comprensivo para combatir la trata que incluye medidas para revertir la trata y proteger a las víctimas, además de medidas para castigar a los tratantes (apartados 49 y 163 supra). En las provisiones de estos dos instrumentos, queda claro que los Estados contratantes, incluyendo a casi todos los Estados miembros del Consejo de Europa, han coincidido en apreciar que solo una combinación de medidas que aborden los tres aspectos, puede resultar eficaz en la lucha contra la trata».

Respecto al deber de cooperación de los estados: «el Tribunal reitera que la trata es un problema que no suele confinarse a un ámbito doméstico. Cuando una persona es objeto de la trata entre un Estado y otro, el delito pudo ocurrir en el Estado de Origen, en cualquier Estado de tránsito y en el Estado de destino. Las pruebas relevantes y los testigos pueden estar ubicados en todos los Estados [...] Además de la obligación de llevar a cabo una investigación interna sobre los hechos ocurridos en sus propios territorios, los Estados miembros están también sujetos, en delitos de trata transfronterizos, a la obligación de cooperar eficientemente con las autoridades relevantes del otro Estado involucrado, en la investigación de hechos que ocurrieron fuera de sus territorios».

En cuanto a las obligaciones de los estados en la identificación o detección de las víctimas: «El Tribunal, por tanto, concluye que dichas deficiencias, en circunstancias que hacían surgir una sospecha creíble de que la señorita Rantseva podía estar siendo objeto de trata o de explotación, tuvieron como resultado el fracaso de las autoridades chipriotas para adoptar medidas para proteger a la señorita Rantseva. Por tanto, se ha producido la violación del artículo 4 también en este aspecto».

SENTENCIA CHOWDURY Y OTROS CONTRA GRECIA, de 30 de marzo de 2017

Destacamos el párrafo siguiente: «el artículo 4 del Convenio impone obligaciones procedimentales para la investigación de potenciales casos de trata de seres humanos. Las autoridades deben actuar de oficio tan pronto hayan tenido conocimiento de un caso; la obligación de investigar no debe depender de la denuncia formal formulada por la víctima o familiares (ver Rantsev, antes citado, § 232; Dink contra Turquía, números 2668/07,6102/08,30079/08,7072/09 y 7124/09, § 76, 14 de septiembre de 2010, y Paul y Audrey Edwards contra el Reino Unido, nº 46477/99, § 69, TEDH 2002II). Para que la investigación sea efectiva debe ser independiente de aquellos implicados en los hechos, y debe ser capaz de llevar a la identificación y castigo de los responsables, sin que sea una obligación de resultado, sino de medios. El requisito de celeridad y tiempo razonable es implícito a todos los casos, pero cuando sea posible alejar al afectado de la situación de riesgo, la investigación debe realizarse sin demora. La víctima o sus familiares deben intervenir en el procedimiento en la medida que sea necesaria para salvaguardar su o sus legítimos intereses (véase, *mutatis mutandis*, Paul y Audrey Edwards, citado anteriormente, §70-7.)».

SENTENCIA L. E. CONTRA GRECIA, de 21 de enero de 2016

Consideramos necesario reiterar la doctrina del tribunal respecto a las obligaciones de los estados en cuanto a la identificación y la detección de las víctimas de TSH: «Para que, en un asunto dado se dé la obligación positiva de tomar medidas concretas, debe demostrarse que las autoridades del Estado tenían o deberían haber tenido conocimiento de las circunstancias que pudieran hacer sospechar de manera razonable que un individuo estaba sometido o se encontraba en riesgo real e inmediato, de ser sometido a la trata o a la explotación en el sentido del artículo 3a) del protocolo de Palermo y 4a) del Convenio anti-trata del Consejo de Europa. Si tal es el caso y el Gobierno no toma medidas, dentro de sus posibilidades de evitar dicha situación o riesgo al individuo, se produce una violación del artículo 4 del Convenio (véase, Rantsev (PROV 2010, 2659), precitado, ap. 286 y, *mutatis*

mutandis, Giuliani y Gaggio, precitado, ap. 246; Osman, precitado, apds. 116-117)».

6.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Es interesante tener presente la sentencia de 29 de julio de 2019 porque ofrece una doctrina general, aunque lo hace en relación con diferentes aspectos concretos, de la posición de la víctima en el proceso penal (aplicación concreta de la Directiva 2012/29/UE).

6.3. Tribunal Supremo

a) Sobre la determinación de la edad de las víctimas

Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en 2013 y en 2014 (STS 453/2014, del 23 de septiembre 2014, recurso de casación 1382/2013 y STS 3817/2014, del 24 de septiembre 2014 (recurso de casación 280/2013), sustentada por los informes y las recomendaciones del defensor del pueblo.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas condenó a España en 2019 entre otros argumentos porque declaró a dos menores no acompañados como adultos a pesar de que disponía de documentos que acreditaban que eran menores. El Comité declaró: «Los estados deberían abstenerse de recurrir a métodos médicos basados en el análisis óseo y el examen de los dientes, que pueden ser inexactos, tienen amplios márgenes de error y también pueden ser traumáticos y generar procesos judiciales innecesarios». En 2021, España fue condenada nuevamente por vulnerar los derechos de los niños no acompañados que llegaban a nuestro país al someterlos a procedimientos de determinación de edad y se prohibió el desnudo integral y los exámenes físicos de los genitales porque infringen su dignidad, privacidad e integridad.⁴⁶

Jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2020 que incorpora la doctrina del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En particular, hay

⁴⁶ Fundación Raíces: <http://www.fundacionraices.org/?p=3159>

que tener en cuenta que después de esta sentencia se ha establecido como jurisprudencia que: 1) Si un menor extranjero proporciona una partida de nacimiento habrá que entender que no estará indocumentado, y de los documentos que el menor aporte (como una carta nacional de identidad, certificado de la oficina consular y/o pasaporte) resultará acreditada su identidad y edad; 2) el valor probatorio de la edad inferior resultante de la documentación oficial emitida por las autoridades competentes de los países de origen tiene que prevalecer sobre las dudas planteadas por la Fiscalía en cuanto a la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades emisoras y que no presenta signos de manipulación; 3) la declaración de la mayoría de edad al entrar en el territorio español no es un dato decisivo para la fiabilidad de la documentación; 4) el criterio del aspecto físico de los adolescentes no es determinante, «porque no en todos los casos la apariencia física de los adolescentes revela inequívocamente su minoría de edad»; 5) la negativa a someterse a pruebas no se puede considerar como un criterio decisivo para sospechar la mayoría de edad.⁴⁷

b) Sobre la descripción de los elementos típicos del delito de TSH y sus fases

STS 214/2017 (Roj: STS 1229/2017), para una descripción panorámica, y **STS 298/2015 (Roj: STS 2070/2015)**, que hace referencia a la explotación:

«Que la explotación sexual de una tercera persona puede realizarse en provecho propio es innegable. Así se desprende del significado gramatical del vocablo explotar. Son perfectamente imaginables supuestos de explotación sexual en los que el tratante esclavice a su víctima anulando su capacidad de determinación sexual. Pero forma también parte del concepto de explotación el carácter abusivo, reiterado, del aprovechamiento que el tratante aspira a obtener de la víctima».

⁴⁷ <http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2020/06/STS-307-2020-Determinacion-de-edad-oposicion-cese-tutela-11.pdf>

STS 146/2020 (Roj: STS 1935/2020), relativa a la situación de superioridad, necesidad y vulnerabilidad:

«Por lo que al abuso de una situación de superioridad se refiere, supone aprovecharse de la correlativa situación de inferioridad que se da en el sujeto pasivo. Esta situación de superioridad podrá darse de múltiples formas (jerárquica, docente, laboral, dependencia económica, convivencia doméstica, parentesco, amistad o vecindad), excluyéndose la situación de superioridad que se genera por la minoría de edad o incapacidad de la víctima, pues vienen configuradas como causas de agravación de la pena.

Se añade para un sector doctrinal que comprende tanto las situaciones de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, como la inferioridad de la víctima generada por una pluralidad de causas. Tales métodos abusivos exigen el aprovechamiento de una posición de dominio del autor sobre el sujeto pasivo derivada de una situación de desigualdad, necesidad objetiva o fragilidad personal, que favorece la trata porque la víctima está más fácilmente expuesta a las conductas posteriores de explotación personal, o, conforme establece el art. 2.2 de la citada Directiva 2011, la persona en cuestión no tiene “otra alternativa”».

STS 565/2020 (Roj: STS 3750/2020):

«Se trata de un delito de intención o propósito de alguna de las finalidades expresadas en su apartado 1º, lo cual significa que basta aquel para su consumación sin que sea necesario realizar las conductas de explotación descritas que podrán dar lugar en su caso a otros tipos delictivos, lo que expresamente prevé el legislador en la regla concursal que incorpora en el apartado 9.º del artículo 177 bis».

- c) Sobre la decisión de preconstituir la diligencia de declaración de la víctima en la fase de instrucción.

STS 53/2014 (Roj: STS 487/2014):

«Constituye una regla de experiencia que en los delitos de trata de seres humanos la presión sobre los testigos-víctima sometidos a la trata y

explotación, es muy intensa, por lo que el recurso a la prueba preconstituida debe ser habitual ante la muy probable incidencia de su desaparición, huida al extranjero e incomparecencia al juicio oral, motivada ordinariamente por el temor a las eventuales consecuencias de una declaración contra sus victimarios».

d) Sobre el momento y forma de practicar la diligencia de declaración preconstituida de la víctima

d.1) El factor temporal en la declaración

STS 146/2020 (Roj: STS 1935/2020):

d.2) La ausencia del letrado o la letrada de la persona investigada en la diligencia preconstituida

STS 686/2016 (Roj: STS 3920/2016):

«La versión exculpatória de Saturnino (tuvo relaciones sexuales con la testigo a instancia de esta y la denuncia obedece a despecho) reclamaba un interrogatorio directo y propio a la testigo, que ni efectuó ni tuvo oportunidad de hacer. La esperable ocasión se esfumó en el acto del juicio oral ante las alegaciones de la testigo y la decisión del órgano judicial de exonerarla del deber de declarar. Ese déficit es trascendental pues la prueba es basilar. No se compensa suficientemente ni con el visionado de la declaración ni con un testimonio de referencia. La ausencia de una oportunidad para interrogar a la testigo de cargo, no aparece equilibrada por el resto de elementos de prueba y las circunstancias concretas de esa declaración. *In casu* no es valorable sin padecimiento del derecho de defensa. La falta de contradicción no es atribuible a indiligencia de esta parte. El recurrente se vio privado de toda posibilidad de dirigir preguntas a la testigo por razones ajenas a él. Es verdad que en el momento en que se produjo esa declaración (21 de febrero de 2014) este recurrente no tenía la condición de imputado en las diligencias judiciales en que se acordó la preconstitución probatoria (en esa línea argumenta la sentencia de la Audiencia). Pero no podemos taparnos los ojos ante una evidente falta de coordinación judicial. El recurrente había sido detenido por

el Juzgado que incoó diligencias a raíz de la denuncia de la testigo protegida varios días antes (14 de febrero) y había prestado declaración a presencia judicial el 17 de febrero de 2014 en el seno de tal procedimiento luego unido a este (folios 1343 y ss)».

STS 136/2021 (Roj: STS 559/2021), F. J. 3r 4:

«La ausencia del letrado de uno de los imputados, por causas no imputables a los mismos, impide que la prueba testifical se configure como preconstituida, pero no determina la nulidad de la declaración del testigo, aunque puede afectar a su valoración [...] puede concluirse que al practicar la declaración de la NUM000 no se vulneró ningún derecho del recurrente; que esa declaración no es la única prueba de cargo y que, además, su contenido incriminatorio viene corroborado por otros elementos probatorios, todo lo cual permite su valoración, aunque no haya existido respecto de la misma una plena contradicción al no haber sido posible para la defensa proceder a su interrogatorio directo».

STS 1002/2016 (Roj: STS 101/2017):

«La incorporación tardía de uno de los letrados a la diligencia de la declaración de la víctima, constituida como prueba preconstituida, no invalida su práctica si ello no es achacable al órgano judicial. Además, hubo otros letrados presentes y se ofreció al que llegó tarde la posibilidad de repreguntar o profundizar en aspectos concretos si así lo estimaba oportuno. Tampoco invalida la prueba practicada el hecho de que el acusado cambiase de abogado. De hecho, la STS considera que, de acuerdo con la doctrina del TEDH, la ausencia de contradicción carece de trascendencia si es imputable en exclusiva a las partes pasivas».

d.3) La ausencia del investigado en la diligencia preconstituida

STS 686/2016 (Roj: STS 3920/2016):

«La incapacidad del defecto concretado en la ausencia de los imputados en la preconstitución probatoria para anular su valor no solo está respaldada por la jurisprudencia que se acaba de evocar, sino que además en este caso se

hace más clara si atendemos a otras circunstancias particulares.

- La ausencia de los imputados era medida exigida por la condición de testigo protegido de la víctima.
- Además [...] la actitud de los dos imputados no fue ajena a esa ausencia [...].
- Hubo, una efectiva contradicción materializada en la muy activa intervención de la dirección letrada de los imputados (abogado expresamente designado y que las venía asistiendo: folios 44 y 53) que lejos de ser una mera coartada (un convidado de piedra) para dotar formalmente de validez al acto, se convirtió en contrapunto eficaz del interrogatorio de la acusación».

e) Sobre el testigo protegido

e.1) Distinción entre testigo anónimo y testigo oculto

STS 422/2020 (Roj: STS 2636/2020):

«En aquellos casos en que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de “oculto” (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos —tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado— resulten respetados, tienen que entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución».

e.2) Sobre el artículo 4.3 de la Ley 19/1994

STS 395/2009 (Roj: STS 2189/2009):

«La lectura contrastada de los distintos apartados que integran el art. 4 de la repetida Ley 19/1994, impide interpretar el número 3 —que obliga a desvelar la identidad de los testigos—, en absoluta desconexión con el número 1 —que permite a la Sala mantener las medidas protectoras acordadas durante la instrucción—. Habría sido deseable un mayor rigor técnico en la redacción de

la LO 19/1994, excluyendo esa aparente contradicción. Pese a todo, el deber de revelar el nombre y apellidos de los testigos no es, en modo alguno, de carácter absoluto. El propio art. 4.3, subordina su alcance a que la solicitud que en tal sentido incorporan las partes en su escrito de conclusiones provisionales se haga motivadamente, estando también sujeta al normal juicio de pertinencia».

f) Sobre el uso de la prueba preconstituida en el juicio oral o la aplicación del artículo 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal

STS 53/2014 (Roj: STS 487/2014):

«Concorre el requisito material, dada la imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral de la declaración de la testigo, al encontrarse en ignorado paradero, tratándose de una ciudadana extranjera que había abandonado el territorio español, no siendo posible su localización. Consta en las actuaciones que la testigo se marchó a su país de origen con fecha 23 de noviembre de 2012, con billete de retorno para el 10 de diciembre de 2012, pero no regresó, resultando fallidas todas las gestiones realizadas para averiguar su paradero y ponerse en contacto con ella, por lo que no resultó posible obtener su comparecencia al juicio señalado para el 24 de enero de 2013».

STS 686/2016 (Roj: STS 3920/2016):

«[...] el estado de angustia o miedo justificado se pueden presentar como base suficiente para dispensar del deber de declarar y dar entrada a declaraciones anticipadas como sustitutivo. Hay razones sobradas para concluir que no estábamos ante un miedo simulado o exagerado. Es real y está documentada la “extraña” retirada de la denuncia en Rumanía unos días antes que la testigo explica como consecuencia de las presiones de los procesados; en los folios 219 y siguientes del rollo consta la denuncia formulada ante el Juzgado por la testigo relatando las presiones y amenazas sufridas con datos que son corroborados por el Inspector de Policía en comunicación con autoridades de Rumanía, que confirman la probable realidad de los hechos apuntados por la testigo. En la declaración en el juicio oral el Inspector de Policía, según exponen la sentencia, ofreció datos

significativos al respecto confirmando lo alegado por la víctima».

STS 132/2018 (Roj: STS 1011/2018):

«Aquí todos los testigos han declarado en presencia de los letrados de los acusados. Esas declaraciones han sido valoradas como material probatorio a través de su visionado o lectura en el juicio por las razones expuestas (paradero desconocido). La confrontación con la jurisprudencia europea supera holgadamente el listón de las garantías exigibles».

g) Sobre el «testigo premiado»

STS 214/2017 (Roj: STS 1229/2017):

«El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Resultaría manifiestamente contradictorio con este objetivo que la propia posibilidad de obtener los beneficios legales que tutelan a las víctimas se transmutase en una causa de invalidez probatoria de sus declaraciones inculpatorias».

STS 565/2020 (Roj: STS 3750/2020):

«La concesión a la víctima de un estatuto de legalidad administrativa no es una invitación a la mendacidad, ni debe generar dudas sobre la credibilidad del testimonio».

h) Sobre la distinción del delito de TSH y el delito de inmigración ilegal o clandestina del artículo 318 bis del Código Penal

STS 214/2017 (Roj: STS 1229/2017) y STS 298/2015 (Roj: STS 2070/2015)

i) Sobre el concurso real de delitos cuando se afecta a una pluralidad de víctimas

Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del TS, de 31 de mayo de 2016

STS 306/2020 (Roj: STS 2836/2020):

«Se trata, por tanto, de bienes jurídicos cuyo rango axiológico impide la subsunción que reivindica el recurrente. Habrá tantos delitos —en concurso real— como víctimas. La cosificación de una persona, su trágica degradación a la condición de objeto despojado de toda dignidad, no puede ser valorada en términos difusos. El bien jurídico protegido adquiere pleno sentido en su genuina individualidad. Las formas de explotación que describe el art. 177 bis.1º del CP, cuando se proyectan sobre varias personas, no se limitan a causar un daño plural, afectan, por el contrario, a la mismidad de todas y cada una de las víctimas».

- j) Sobre el concurso medial entre el delito de TSH y los delitos de inducción a la prostitución y prostitución coactiva de los artículos 187 y 188 del Código Penal

STS 53/2014 (Roj: STS 487/2014):

«Es claro que existe una conexión típica entre ambos tipos delictivos, delito medio y delito fin, así como una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas, la de traer a España a la menor para explotarla sexualmente, y la de su explotación posterior. También es claro que el dolo de los sujetos activos ha abarcado la comisión de ambos delitos, al actuar siguiendo un plan preordenado. Y, por último, es clara la necesidad del delito medio, para poder cometer el delito fin, pues no sería posible la explotación de la prostitución de la menor en España, sin su previo traslado a nuestro país con dicha finalidad, que es la conducta que integra el delito de trata de seres humanos. Concurren, por ello, en el supuesto actual, los requisitos propios del concurso medial».

- k) Sobre la reparación del daño mediante indemnización económica

STS 214/2017 (Roj: 1229/2017):

«El Ministerio Fiscal interesa una indemnización de 80.000 euros, para una de las víctimas, que no ha renunciado a ser indemnizada. Cantidad que el Tribunal sentenciador considera razonable en atención a la gravedad de los delitos cometidos, la entidad del atentado a los bienes jurídicos más

relevantes de la víctima, el tiempo en que ha estado sometida a explotación sexual, la penosidad de su situación durante el traslado por África, y también una vez llegada a España, por lo que tiene que estimarse acertada la indemnización concedida, máxime cuando el daño causado es difícilmente compensable con dinero».

