

# **NUEVOS TEMAS EN LA INVESTIGACIÓN SOBRE REFUGIADOS**

**Informe de investigación No. 206**

## **Trata con fines de explotación sexual: Protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo**

**Tyler Marie Christensen**

E-mail: [tylermarie79@gmail.com](mailto:tylermarie79@gmail.com)

Abril de 2011



**UNHCR  
ACNUR**

La Agencia de la ONU para los Refugiados  
Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas

**Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas**  
**Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados**  
**P.O. Box 2500, 1211 Ginebra 2**  
**Suiza**

**E-mail: [hqpd00@unhcr.org](mailto:hqpd00@unhcr.org)**

**Sitio web: [www.acnur.org](http://www.acnur.org)**

Traducción realizada por la Unidad Legal Regional del Bureau del ACNUR.

Estos informes proporcionan un medio para que personal del ACNUR, consultores, pasantes y asociados, así como investigadores externos, publiquen los resultados preliminares de sus investigaciones sobre temas relacionados con los refugiados. Los informes no representan la opinión oficial del ACNUR. También están disponibles en la sección 'publicaciones' en <[www.acnur.org](http://www.acnur.org)>.

ISSN 1020-74

## Introducción

Es extremadamente difícil evaluar el alcance de la trata de personas a nivel mundial debido a la naturaleza clandestina de este crimen. La Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (ONUDD) estima que hay, como mínimo, 2,5 millones de víctimas de trata de personas en un determinado momento.<sup>1</sup> Según la ONUDD, aproximadamente el 79 por ciento del total de la trata de personas tiene el propósito de explotación sexual, mientras que la OIT estima que el 98 por ciento de las personas objeto de trata con fines de explotación sexual son mujeres y niñas.<sup>2</sup>

Las mujeres son víctimas de la trata por muchas razones. En primer lugar, ellas intentan encontrar trabajo en países ricos y les prometen empleos de camareras o niñeras y posteriormente, cuando llegan al país de destino, son forzadas a involucrarse en situaciones de explotación sexual.<sup>3</sup> Es indudable que la desigualdad y las desventajas económicas son factores que hacen que las personas se vuelvan vulnerables a la trata.<sup>4</sup> Un factor igualmente importante es la posibilidad de conseguir grandes ganancias de la explotación de personas y el riesgo relativamente bajo de tener que rendir cuentas por estos crímenes.<sup>5</sup>

La OIT estima que las ganancias ilícitas totales del trabajo forzoso son de casi USD 32 billones anuales, de los cuales se estima que el 67 por ciento se deriva de la industria del sexo.<sup>6</sup> El Departamento de Estado de los EE.UU. ha reunido estadísticas sobre el número total de procesos y condenas relacionados con la trata en todo el mundo. En 2008 se produjeron 5.212 procesos y 3.427 condenas, cifras relativamente insignificantes.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito, sitio web, Preguntas frecuentes, disponible en inglés en: [www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/faqs.html](http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/faqs.html).

<sup>2</sup> Organización Internacional del Trabajo, DEMOS UNA OPORTUNIDAD A LAS NIÑAS - LUCRAR CONTRA EL TRABAJO INFANTIL: UNA CLAVE PARA EL FUTURO, (2009).

<sup>3</sup> Departamento de Estado de los EE.UU., Informe sobre trata de personas, 8 (junio de 2009), [en adelante, *Informe TDP EE.UU.*], p. 8-9. En el contexto de la trata, la designación de país de origen, tránsito y/o destino se utiliza para explicar la relación entre la víctima y un país específico.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, sitio web del Proyecto Polaris, disponible en inglés en: [www.polarisproject.org](http://www.polarisproject.org); Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias*, 56ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Doc. ONU. E/CN.4/2000/68, párr. 54, (29 de febrero de 2000), [en adelante, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer*], párr. 57; Informe TDP EE.UU., supra nota 3, p. 36

<sup>5</sup> Proyecto Polaris, supra nota 4

<sup>6</sup> Organización Internacional del Trabajo, *El costo de la coacción, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, (Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª Reunión de 2009, Informe I (B)), párr. 145.

<sup>7</sup> Informe TDP EE.UU., supra nota 3, p. 47.

Con frecuencia se cuestiona por qué las víctimas de trata no intentan escapar de las situaciones de explotación en las que se encuentran. Esto se debe a que los tratantes usan múltiples métodos para manipular y controlar a sus víctimas, incluyendo:<sup>8</sup>

- El engaño, incluyendo ofertas de empleo en el extranjero que resultan en prostitución forzada, o falacias sobre las posibles sanciones legales que recibiría la víctima por parte de las autoridades de inmigración si se enterarán de su presencia en el país;
- El uso de la violencia o la amenaza de violencia contra la víctima o los familiares de la víctima, así como penas de encarcelamiento y/o aislamiento;
- El uso de la servidumbre por deudas, por ejemplo, cobrándole a la víctima el transporte, la alimentación y los gastos de alojamiento, así como el cobro de intereses exorbitantes en dinero, supuestamente adeudados a los tratantes; y
- El uso de creencias religiosas o culturales, incluyendo la brujería y el vudú, para mantener el control sobre la víctima.

Un caso reciente que involucraba la prostitución forzada de mujeres jóvenes y niñas de Guatemala en Los Ángeles ilustra cómo los tratantes combinan estos métodos con el fin de garantizar el control de sus víctimas:

Las pruebas demostraron que los acusados intimidaron y controlaron a sus víctimas mediante la amenaza de golpearlas y asesinar a sus seres queridos en Guatemala si intentaban escapar. Algunos acusados también recurrieron a brujos que amenazaban a las niñas con maldiciones contra ellas y sus familias si intentaban escapar. Al menos dos de los acusados retuvieron a las víctimas encerrándolas bajo llave en la noche y atrancando puertas y ventanas. Los acusados también usaron las deudas, el abuso verbal y la manipulación psicológica para reforzar su control sobre las víctimas. Las tácticas incluían controles estrictos de los horarios de trabajo de las víctimas y ominosos comentarios acerca de las consecuencias que sufrieron los familiares de otras víctimas que intentaron escapar.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito, MANUAL SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS PARA PROFESIONALES DE LA JUSTICIA PENAL, Módulo 4 (2009), [en adelante, *Manual ONUDD*].

<sup>9</sup> Departamento de Justicia de los EE.UU., *Cinco condenados por obligar a niñas y mujeres de Guatemala a trabajar como prostitutas en Los Ángeles*, comunicado de prensa (18 de agosto de 2009), disponible en inglés en: [www.justice.gov/opa/pr/2009/August/09-crt-812.html](http://www.justice.gov/opa/pr/2009/August/09-crt-812.html).

## Obstáculos para la identificación

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo sobre trata), que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención DOT de la ONU) entró en vigor el 25 de diciembre 2005.<sup>10</sup> De acuerdo con el Protocolo:

Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;<sup>11</sup>

Una debilidad primordial del Protocolo sobre la trata es que no ofrece suficientes mecanismos de protección para las víctimas. Esta debilidad se ve agravada por numerosos factores, como:

- La confusión que rodea las respectivas definiciones de trata y tráfico, así como la superposición existente entre los dos fenómenos, especialmente cuando el individuo comienza siendo un migrante voluntario que busca mejores oportunidades en otro país, pero se convierte en víctima de trata durante el tránsito o al llegar al país de destino,<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, AG Res. 55/25, Sesión 55ª, Anexo II. Doc. ONU A/RES/55/25 (2001), [en lo sucesivo, *Protocolo sobre trata*]; Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la ONU, AG. Sesión 55ª. Anexo 1, Tema 105 del programa, Doc. ONU. A/55/383, 2225 UNTS. 275 (2000), [en adelante, *Convención DOT de la ONU*]. Actualmente hay 133 miembros del Protocolo sobre trata, ver, Colección de Tratados de las Naciones Unidas, disponible en inglés en:

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en)

<sup>11</sup> Protocolo sobre trata, supra nota 10, art. 3

<sup>12</sup> Organización Internacional para las Migraciones, MANUAL DE ASISTENCIA DIRECTA A LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE LA OIM, (2007), [en adelante, *Manual de la OIM*], p. 22; Gallagher, Anne, *Derechos humanos y los nuevos Protocolos de la ONU sobre trata y tráfico de migrantes: Un análisis preliminar*, 23 Hum. Rts. Q. 975 (2001), p. 1001, citando al Comité Ad Hoc para la elaboración de una convención contra la delincuencia transnacional organizada, Nota de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Organización Internacional para las Migraciones sobre los proyectos de los protocolos sobre tráfico de migrantes y trata de personas, Doc. ONU. A/AC.254/27, párr. 2; Saito, Kaori, *Protección internacional de las víctimas de trata y quienes temen ser víctimas de trata*, Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados, Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas, Informe de investigación No. 149 (2007), p. 5.

- La naturaleza intensiva de los plazos y recursos del proceso de investigación requeridos para determinar si una persona ha sido objeto de trata, así como la tendencia de los funcionarios de migración de identificar a los individuos como migrantes traficados y no como víctimas de trata, ya que las responsabilidades de los Estados con el primer grupo son menores;
- La suposición errónea de que las víctimas de trata pueden haber consentido su explotación, sobre todo cuando están involucradas en trabajo sexual y otras actividades que enfrentan la desaprobación general de la sociedad;
- La capacitación inadecuada que reciben los oficiales de policía y de migración con respecto a la identificación y protección de las víctimas de trata, aunada al silencio del Protocolo sobre trata en relación a las obligaciones de los Estados en esta área;
- La falta de comprensión de que la conducta defensiva, taciturna y errática de estas personas puede ser consecuencia del trauma que han sufrido o del temor a las represalias que pueden tomar quienes las han convertido en víctimas de trata; y
- La frecuencia con la cual la identificación inadecuada de las víctimas de trata conduce a la deportación o detención inmediatas, en ocasiones sin el debido proceso y sin asistencia legal.

### **Asilo como protección**

Suponiendo que un individuo no es víctima de los obstáculos para la identificación discutidos previamente y que ha sido identificado debidamente como víctima de trata, se hace necesario examinar las opciones de protección a su alcance. En muchas situaciones la mejor opción para las víctimas de trata puede ser que retornen, de la manera más rápida y segura posible, a su país de origen o de residencia permanente.

El Protocolo sobre trata establece que en caso de repatriación de una víctima de trata al Estado del que la víctima es nacional o tiene derecho de residencia permanente, el Estado de origen deberá tener “debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona es una víctima de la trata, y preferentemente de forma voluntaria”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Protocolo sobre trata, supra nota 10, art. 8 (2).

El Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal de la ONUDD señala que es necesario que los profesionales lleven a cabo una evaluación de riesgo antes de repatriar a las víctimas de trata con el fin de garantizar su seguridad.<sup>14</sup> Entre los factores a considerar están los tipos de servicios de apoyo y protección física para las víctimas de trata, la presencia de factores sociales, culturales o religiosos que pueden hacer que la repatriación sea peligrosa y el riesgo de que la persona vuelva a ser objeto de trata.<sup>15</sup> Cuando el retorno no se puede llevar a cabo de manera segura, deben considerarse otras opciones de protección.

Son importantes fuentes de protección de las víctimas de trata la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de 1951) y su Protocolo. Si bien no todas las víctimas de trata calificarán como refugiadas con derecho a la protección, es importante tener en cuenta la relación entre la condición de refugiado y la trata de seres humanos, y el potencial de protección que el marco jurídico de los refugiados puede ofrecer a las víctimas.

La Convención de 1951 requiere que se cumplan tres condiciones para que un individuo sea considerado un refugiado: (1) encontrarse fuera de su país de origen, (2) tener un fundado temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y (3) que no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país. El siguiente análisis cuestiona si las mujeres que han sido objeto de trata con fines de explotación sexual pueden calificar para la condición de refugiado sobre la base de estos criterios y de qué manera lo harían.

El requisito de que el individuo se encuentre fuera de su país de nacionalidad o residencia habitual a fin de obtener el estatuto de refugiado es relativamente claro. Esto evidentemente significa que las personas que son objeto de trata dentro de las fronteras de su país no serían elegibles para solicitar la condición de refugiado. El temor de persecución no necesariamente es el factor inicial de la salida de la víctima de su país de origen; en virtud de la Convención de 1951, es suficiente demostrar que el temor fundado de persecución comenzó después de la salida.

Para tener derecho a la condición de refugiado, una víctima de trata también debe cumplir con el requisito de “temor fundado de persecución”, evaluado a la luz de los elementos subjetivos y objetivos. Los tribunales de los EE.UU. han determinado que el temor subjetivo de un solicitante adquiere relevancia sólo después de la presentación de pruebas objetivas “suficientes para sugerir un riesgo de persecución.”<sup>16</sup> Además, los tribunales de los EE.UU. han interpretado que el componente objetivo exige “una demostración, mediante presentación de prueba creíble, directa y específica, de hechos que apoyarían un temor *razonable* de que el peticionario enfrenta persecución.”<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Manual de la ONUDD, supra nota 8, Módulo 5, p. 11

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> *Rodríguez Rivera contra INS*, 848 F.2d 998 (1988), p. 1002

<sup>17</sup> Ídem.

La aportación de pruebas puede resultar extremadamente difícil para las víctimas de trata. Si una víctima escapa de sus tratantes o es descubierta por agentes de policía o de migración, raramente tiene en su poder documentos de identidad válidos, ya que la confiscación de esos documentos es una herramienta de control usada con frecuencia por los tratantes.<sup>18</sup> Por otra parte, una víctima de trata con fines de explotación sexual con frecuencia se siente avergonzada por su terrible experiencia o sufre el trauma de la violencia sexual y/o física a la que ha sido sometida.<sup>19</sup> La víctima también puede temer las represalias de los tratantes, ya sea contra ella misma o contra su familia.<sup>20</sup>

Esto hace que sea muy difícil obtener la información necesaria para determinar si la víctima ha sufrido persecución.<sup>21</sup> El Memorandum de los Estados Unidos sobre las Consideraciones para los funcionarios encargados de examinar solicitudes de asilo de mujeres (Directrices sobre género de los EE.UU.) alerta a los funcionarios que el “[c]omportamiento cuestionable [de las solicitantes] puede ser producto del trauma y no de la falta de credibilidad”, y que esto se debe tomar en consideración cuando se trata de mujeres víctimas de violencia sexual para evitar determinaciones inexactas sobre la credibilidad.<sup>22</sup>

Es interesante observar, como lo revela el análisis de Stephen Knight sobre 93 decisiones inéditas de los jueces de inmigración de los Estados y de la Junta de Apelaciones de Inmigración (BIA, por su sigla en inglés), que con frecuencia el rechazo de las solicitudes de asilo basadas en el secuestro, la violación y la trata de personas no se debe a la falta de credibilidad del solicitante.<sup>23</sup> En esos casos no es claro si la credibilidad sería tomada en cuenta si quien examina la solicitud no pudiera basarse en otros factores para negarla.

Al examinar si una persona tiene un temor fundado de persecución, se debe determinar que los actos denunciados alcancen un nivel de gravedad que constituya persecución. Es casi indiscutible que las amenazas a la vida y a la libertad y otras graves violaciones de los derechos humanos

---

<sup>18</sup> Manual de la OIM, supra nota 12, p. 29

<sup>19</sup> ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata*, HCR/GIP/06/07, (7 de abril de 2006), [en adelante, *Directrices sobre trata del ACNUR*], párr., 48.

<sup>20</sup> Ídem.

<sup>21</sup> ACNUR, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/02/01 (7 de mayo de 2002) [en adelante, *Directrices sobre género del ACNUR*], párr. 35.

<sup>22</sup> Oficina de Ciudadanía y Servicios Migratorios de los EE.UU., *Consideraciones para los funcionarios encargados de examinar solicitudes de asilo de mujeres*, 26 de mayo de 1995, disponible en inglés en: [www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b31e7.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b31e7.html), [consultado el 31 de octubre de 2009], [en adelante, *Directrices de género de los EE.UU.*], p. 7.

<sup>23</sup> Knight, Stephen, *Asilo por trata de personas: El incumplimiento de la protección*, Immigration Briefings (julio de 2007), disponible en inglés en: [http://cgrs.uchastings.edu/documents/cgrs/advisories/Knight\\_%20ImmigBriefings\\_Trafficking\\_Asym.pdf](http://cgrs.uchastings.edu/documents/cgrs/advisories/Knight_%20ImmigBriefings_Trafficking_Asym.pdf), p. 6.



alcanzan el nivel de persecución.<sup>24</sup> La BIA de los Estados Unidos determinó que “las amenazas a la vida, la reclusión, la tortura y las restricciones económicas tan graves que constituyan una amenaza a la vida o la libertad” equivaldrán a persecución a efectos de determinar la condición de refugiado.<sup>25</sup> Por otra parte, el Manual del ACNUR establece que puede ser necesario examinar los actos denunciados de manera acumulativa para determinar si alcanzan el nivel de persecución, cuando cada acto por sí solo sería insuficiente para determinar la persecución.<sup>26</sup>

Las Directrices sobre trata del ACNUR explican que existen varias formas de explotación que son inherentes a la experiencia de la trata y que constituyen graves violaciones de los derechos humanos hasta alcanzar el nivel de persecución.<sup>27</sup> Por ejemplo, “el rapto, el encarcelamiento, la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada... golpizas, [y] la privación de alimentos o de tratamiento médico”<sup>28</sup> son formas de explotación que frecuentemente se presentan en situaciones de trata con fines de explotación sexual.

Además, las Directrices sobre trata explican que incluso un incidente aislado de trata podría dar lugar a persecución cuando la víctima “continúa experimentando efectos psicológicos traumáticos que harían que el regreso a su país de origen sea intolerable.”<sup>29</sup> Las víctimas de explotación sexual son especialmente susceptibles al “ostracismo, la discriminación o el castigo por parte de la familia o la comunidad local o, en algunos casos, por las propias autoridades” cuando regresan a sus comunidades.<sup>30</sup> Otros incidentes que pueden dar lugar a un temor de futura persecución pueden incluir la amenaza de ser objeto de trata nuevamente o las represalias que implican un perjuicio grave o violaciones de los derechos humanos de parte de los tratantes si la víctima retorna a su país de origen.<sup>31</sup>

La posición de los Estados Unidos sobre el uso de la violencia sexual como herramienta de persecución, tras un análisis más detallado, suscita cierta preocupación. Las Directrices de género de los EE.UU. afirman que: “El abuso sexual grave no difiere analíticamente de las golpizas, la tortura u otras formas de violencia física que comúnmente constituyen persecución.”<sup>32</sup> Sin embargo, la frase siguiente hace una velada presunción de que la violencia sexual difiere de otras formas de violencia física al examinar si ésta equivale a persecución. Las Directrices señalan que: “La aparición de violencia sexual en una solicitud no debe conducir a que el examinador *concluya*

---

<sup>24</sup> Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, MANUAL DE PROCEDIMIENTOS Y CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CONDICIÓN DE REFUGIADO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN DE 1951 Y EL PROTOCOLO DE 1967 SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, Doc. ONU. HCR/IP/4/SPA/REV.1 (2ª ed. 1992), [en adelante, *Manual del ACNUR*], párr. 51

<sup>25</sup> *Caso Acosta*, 19 I. & N., Dec. 221 (BIA 1985), p. 222.

<sup>26</sup> Manual del ACNUR, supra nota 24, párr. 53.

<sup>27</sup> Directrices sobre trata del ACNUR, supra nota 19, párr. 15.

<sup>28</sup> Ídem.

<sup>29</sup> Ídem, párr. 16.

<sup>30</sup> Ídem, párr. 18.

<sup>31</sup> Ídem, párr. 17.

<sup>32</sup> Directrices de género, EE.UU., supra nota 22, p. 9

*automáticamente* que la solicitud es un caso de *mero daño personal*.<sup>33</sup> Esta declaración sugiere que, si bien los examinadores pueden instintivamente considerar la violencia sexual como un delito de carácter personal distinto de otras formas de violencia física, este no siempre será el caso.

A pesar de estas directrices un tanto contradictorias, los tribunales federales de los Estados Unidos han reconocido, ocasionalmente, la violencia sexual como una forma de persecución. Por ejemplo, en un caso de violación colectiva contra una mujer haitiana en represalia por sus actividades políticas, las violaciones fueron consideradas como persecución en virtud de la Ley de Refugiados (Refugee Act) de los Estados Unidos.<sup>34</sup> Por el contrario, en un caso sobre una mujer polaca de 45 años que fue violentamente agredida sexualmente, hostigada y amenazada repetidamente por el jefe de la policía secreta polaca e interrogada repetidamente por la policía secreta, el Tribunal concluyó que “tales daños o amenazas que se derivan de una disputa personal de esta naturaleza, incluso si fueron llevadas a cabo por un individuo de alta posición gubernamental, no son motivo de asilo.”<sup>35</sup> El Tribunal expuso además que “el daño o la amenaza de daño basada únicamente en la atracción sexual no constituye “persecución” en virtud de la Ley [de Refugiados]”<sup>36</sup>

Las decisiones de la BIA de los Estados Unidos y los jueces de inmigración han sido igualmente preocupantes. En un caso que involucra a una víctima albanesa de 15 años que fue violada, secuestrada y amenazada con ser objeto de trata por un tratante local, el juez concluyó que el tratante no era más que un “pretendiente despechado” y que sus acciones hacia la víctima eran meros actos delictivos contra la persona que no alcanzaban el nivel de persecución.<sup>37</sup> Según el juez, no había pruebas objetivas suficientes de que el tratante fuera un criminal o que hubiere cometido previamente actos como los imputados en el caso.<sup>38</sup>

En otro caso relacionado con una mujer tailandesa que habían sido obligada a prostituirse en los Estados Unidos bajo amenazas de muerte y de violencia física, la BIA determinó que el temor de la víctima se basaba en la deuda pendiente en la que había incurrido por haber sido traficada a los Estados Unidos y debido a la conducta penal internacional y no porque enfrentara persecución en caso de ser repatriada.<sup>39</sup> La BIA explicó que las amenazas que la familia de la víctima había recibido en Tailandia se debían a la exigencia de los traficantes del reembolso de la deuda adquirida y no porque quisieran encontrar a la víctima y causarle daño.<sup>40</sup>

---

<sup>33</sup> Ídem. [Cursiva agregada].

<sup>34</sup> *Asunto D-V-*, 21 I. & N. Dec.77 (BIA 1993), p. 79

<sup>35</sup> *Klawitter contra INS*, 970 F. 2d 149 (1992), p. 152

<sup>36</sup> Ídem.

<sup>37</sup> Knight, *supra* nota 23, p. 6, citando el *Caso Anon*, 119-120 (Nueva York, NY, Tribunal de Inmigración, 4 de febrero de 2004).

<sup>38</sup> Ídem.

<sup>39</sup> Ídem, p. 7, citando el *Caso P-H-*, 13 (Houston, TX, Tribunal de Inmigración, 4 de marzo de 2004).

<sup>40</sup> Ídem, citando el *Caso P-H-*, p. 2.

Estos casos se decidieron con base en un análisis complejo de la interrelación de los elementos incluidos en la definición de refugiado; sin embargo, las decisiones de las cortes y los tribunales de inmigración, así como las Directrices de género de los EE.UU., sugieren una vacilación en el reconocimiento de la violencia sexual como un instrumento real de persecución en el contexto de la trata. Esta indecisión es desconcertante, teniendo en cuenta los enfoques sobre la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual del Protocolo sobre la trata y de la Ley de Protección de las Víctimas de la Trata de Personas de los EE.UU. (TVPA, por su sigla en inglés).<sup>41</sup> El énfasis en la trata con fines de explotación sexual en estos documentos y el reconocimiento de que este es un delito extremadamente horrendo no parece coherente con las interpretaciones empleadas por quienes determinan la condición de refugiado en los Estados Unidos.

### **Pertenencia a un determinado grupo social**

Suponiendo que se ha determinado que los actos involucrados en la trata con fines de explotación sexual constituyen persecución, se debe evaluar si la persecución o la amenaza de persecución se debe a uno de los cinco motivos de la Convención de 1951: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, u opinión política. Si bien es posible que las mujeres víctimas de trata sean perseguidas a causa de su raza, religión, nacionalidad u opinión política, así como por cualquier combinación de estos motivos, la pertenencia a un determinado grupo social, con frecuencia, se ajustará mejor a los casos de mujeres que no pueden fácilmente alegar persecución con base en uno de los otros cuatro motivos. También es posible que uno o más de los motivos enumerados puedan tenerse en cuenta en la solicitud basada en la pertenencia a un determinado grupo social. Los debates en torno a la pertenencia a un determinado grupo social y, más concretamente, a la persecución de género son de primordial importancia para las mujeres que solicitan asilo en relación con la trata con fines de explotación sexual.

La categoría de “pertenencia a un determinado grupo social” ha sido fuente de una diversidad de interpretaciones por parte de juristas y estudiosos de todo el mundo, dando como resultado la inexistencia de una norma clara y viable que pueda usarse en las determinaciones de la condición de refugiado. No hay una explicación del término contenido en la Convención de 1951 y casi no existe ninguna discusión en los *trabajos preparatorios* sobre el motivo de la aprobación de esta quinta categoría dentro de la definición de refugiado.<sup>42</sup> El Manual del ACNUR no proporciona mucha ayuda para descifrar los parámetros de esta categoría; este afirma:

---

<sup>41</sup> 22 USC § 7101 (b).

<sup>42</sup> Goodwin-Gill, Guy S. & McAdam, Jane, *LOS REFUGIADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL*, 201 (3<sup>a</sup> ed. 2007), p. 74, citando el ONU DOC. A/CONF.2/SR.3, 19 de noviembre 1951, párr. 14: “La falta de un debate de fondo sobre el tema sugiere que los ejemplos contemporáneos sobre ese tipo de persecución pueden haber estado en la mente de los redactores como resultado de la ‘reestructuración’ de la sociedad que entonces se estaba llevando a cabo en los Estados socialistas y la especial atención que estaba reservada a los propietarios de tierras, los miembros

77. Un “determinado grupo social” suele comprender personas de antecedentes, costumbres o condición social similares. Los temores alegados por una persona de ser perseguida por este motivo puede muchas veces coincidir con sus temores de serlo también por otros, por ejemplo, su raza, su religión o su nacionalidad.

78. La pertenencia a ese determinado grupo social puede ser la causa fundamental de la persecución porque no se confía en la lealtad del grupo a los poderes públicos o porque se considera que las opiniones políticas, los antecedentes o la actividad económica de sus miembros, o la existencia misma del grupo social como tal, son un obstáculo a la política gubernamental.

79. Generalmente, el mero hecho de pertenecer a determinado grupo social no será suficiente para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Sin embargo, en ciertas circunstancias especiales, la mera pertenencia puede ser causa bastante para temer la persecución.

La orientación proporcionada por el Manual del ACNUR deja un amplio margen a los examinadores nacionales en la interpretación de las solicitudes de asilo relacionadas con la persecución por motivo de pertenencia a determinado grupo social. Se afirma que “una interpretación sensata del término debe ser sensible a las víctimas de persecución, pero sin expandir tanto el alcance de la Convención de 1951 que imponga a los Estados obligaciones que no han asumido.”<sup>43</sup> La dificultad de lograr este equilibrio se ilustra a través de las decisiones nacionales que interpretan el significado de pertenencia a un determinado grupo social.

En los Estados Unidos, la decisión de la BIA en el *Caso Acosta* ofreció una interpretación inspiradora sobre la pertenencia a un determinado grupo social, que ha sido citada por juristas en numerosas jurisdicciones nacionales.<sup>44</sup> El caso se refiere al miembro de una cooperativa de taxis que operaba en San Salvador, El Salvador, quien se convirtió en blanco de amenazas y violencia física por parte de las guerrillas antigubernamentales.<sup>45</sup> La BIA aplicó el principio *ejusdem generis*, que significa “del mismo género”, para interpretar la pertenencia a un determinado grupo social, según la raza, la religión, la nacionalidad y la opinión política.<sup>46</sup> Al explicar el contenido inherente a cada una de las cuatro categorías, declaró: “Cada uno de estos motivos describe la persecución dirigida a una característica inmutable: una característica que está más allá del poder

---

de la clase capitalista, los negociantes independientes, la clase media y sus familias”; Aleinikoff, Alexander, *Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de ‘pertenencia a un determinado grupo social’*, PROTECCIÓN DE REFUGIADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, Eds. Erika Feller, Volker Türk & Nicholson Frances, Cambridge University Press (2003), p. 266, citando ONU DOC.. A/CONF.2/SR.3, 19 de noviembre 1951, párr. 14.

<sup>43</sup> Aleinikoff, supra nota 42, p. 291

<sup>44</sup> Acosta, 19 I. & N. diciembre 211 (BIA 1985).

<sup>45</sup> Ídem, p. 217.

<sup>46</sup> Ídem, p. 233.

de una persona cambiarla o que es tan fundamental para la identidad individual o la conciencia que no debería estar obligado a cambiarla.”<sup>47</sup> El BIA pasó a aplicar esta interpretación a la pertenencia a un determinado grupo social:

[I]nterpretamos la frase ‘persecución por motivos de pertenencia a un determinado grupo social’ en el sentido de la persecución que se dirige hacia una persona que es miembro de un grupo de individuos, todos los cuales comparten una característica común e inmutable. La característica común podría ser innata como el sexo, el color o los lazos de parentesco, o en algunas circunstancias puede ser una experiencia pasada compartida, como un anterior rol de liderazgo militar o la tenencia de tierras. El tipo particular de características del grupo que calificarían bajo esta construcción queda por determinarse en cada caso. Sin embargo, cualquiera sea la característica común que define al grupo, debe ser una característica común que los miembros del grupo no puedan cambiar, o que no se les debería pedir que cambien porque es fundamental para sus conciencias o identidades individuales. Sólo cuando esto sucede, el simple hecho de la pertenencia al grupo puede ser comparable a los otros cuatro motivos de persecución bajo la Ley, es decir, algo que está más allá del poder de una persona cambiar o que es tan fundamental para su identidad o su conciencia que no se le debería requerir que cambie.<sup>48</sup>

Varias jurisdicciones se han basado en la interpretación dada por la BIA de los Estados Unidos en *Acosta*. Por ejemplo, la Corte Suprema de Canadá trató de encontrar el equilibrio entre la garantía de la protección de los derechos humanos y el respeto del principio de no discriminación,<sup>49</sup> aunque limitando la obligación del Estado de ofrecer protección a las personas que huyen de sus países de origen.<sup>50</sup> En apoyo de estos esfuerzos, la Corte estuvo de acuerdo con la interpretación adoptada por la BIA en *Acosta* y también identificó tres categorías posibles que estarían dentro de los límites del determinado grupo social:

- (1) Grupos definidos por una característica innata o inmutable;
- (2) Grupos cuyos miembros se asocian voluntariamente por razones tan fundamentales para su dignidad humana que no deben ser forzados a abandonar tal asociación; y
- (3) Grupos asociados por un anterior estatus voluntario, inalterable debido a su permanencia histórica.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Ídem

<sup>48</sup> Ídem, pp 233-34.

<sup>49</sup> *Canadá (Fiscal General) contra Ward*, 2 S.C.R. 689 (1993), párr. 78

<sup>50</sup> Ídem, párr. 77.

<sup>51</sup> Ídem, párr. 78.

La Corte indicó que la primera categoría incluye a personas que enfrentan persecución con base en “el género, el origen lingüístico y la orientación sexual”, y que el segundo grupo puede, por ejemplo, contener a las personas perseguidas por su papel como defensores de los derechos humanos.<sup>52</sup>

El Reino Unido ha adoptado una posición similar en el caso *Islam y ex parte Shah* donde la Cámara de los Loes aplicó el razonamiento de la BIA en *Acosta* en la aplicación de la categoría de determinado grupo social.<sup>53</sup> El razonamiento empleado por la Cámara de los Loes de reconocer a las mujeres en Pakistán como un determinado grupo social se analiza detalladamente más adelante.

El Tribunal Supremo de Australia adoptó un enfoque ligeramente diferente. El Tribunal destacó tres principios que deben ser identificados antes de que un individuo pueda ser considerado como un miembro de un determinado grupo social. En primer lugar, el grupo debe ser “identificable por una característica o atributo común a todos los miembros del grupo,” además “la característica o atributo... no puede ser el temor común de persecución,” y finalmente, “la posesión de tal característica o atributo debe distinguir al grupo de la sociedad en general.”<sup>54</sup> El Tribunal se apartó de los casos de los Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido cuando indicó que no es necesario que una característica sea innata o inmutable para definir al grupo.<sup>55</sup>

La Corte Federal de Australia adoptó un punto de vista extremadamente amplio sobre la pertenencia a un determinado grupo social en el marco de la Convención de 1951. Explicó que esta categoría “debe ser aplicada cada vez que se encuentre que la persecución se dirige contra un grupo o sector de la sociedad no necesariamente perseguidos por motivos raciales, religiosos, nacionales o políticos.”<sup>56</sup> Este es el tipo de interpretación “escoba” de determinado grupo social rechazada por la Corte Suprema de Canadá en *Ward*, ya que, según la Corte, haría que la enumeración de las cinco categorías específicas sea superflua.<sup>57</sup>

En 2002, el ACNUR publicó las Directrices sobre la aplicación de la pertenencia a un determinado grupo social en el contexto de la Convención de 1951 (Directrices sobre DGS del

---

<sup>52</sup> Ídem

<sup>53</sup> *Islam (A.P.) contra el Secretario de Estado del Ministerio del Interior; R. contra Tribunal de Apelación sobre Inmigración y Otro, ex parte Shah (A.P.)*, sesión 1998-1999, Reino Unido: Cámara de los Loes, 25 de marzo de 1999, 2 AC 629, disponible en inglés en: [www.unhcr.org/refworld/docid/3dec8abe4.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dec8abe4.html), pp 6-7

<sup>54</sup> *Solicitante S contra el Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos*, [2004] HCA 25, Australia: Tribunal Superior, 27 de mayo de 2004, disponible en inglés en: [www.unhcr.org/refworld/docid/4110e81d4.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/4110e81d4.html), párr. 36.

<sup>55</sup> *Solicitante A y Otro contra el Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos*, 190 CLR 225 (1997), p. 307.

<sup>56</sup> *VXAJ contra el Ministro de Inmigración y Otro*, [2006] FMCA 234 (20 de abril de 2006), párr. 15

<sup>57</sup> *Ward*, 2 S.C.R. 689 (1993), párr. 68.

ACNUR).<sup>58</sup> Las Directrices reconocen las interpretaciones adoptadas en las jurisdicciones nacionales, teniendo en cuenta la existencia de dos enfoques específicos: las “características protegidas” y el enfoque de “percepción social”.<sup>59</sup> Las jurisdicciones que utilizan el enfoque de las características protegidas analizan “si un grupo está unido por una característica inmutable o por una característica tan fundamental para la dignidad humana que nadie debería estar en la obligación de renunciar a ésta.”<sup>60</sup> Este enfoque más restrictivo se nota en las decisiones en Canadá y los Estados Unidos.

Las Directrices incluyen las tres categorías indicadas en la citada decisión *Ward* como método para la identificación de grupos dentro del enfoque de las características protegidas.<sup>61</sup> En contraste, el enfoque de la percepción social “examina si un grupo comparte o no una característica común que los convierta en un grupo conocido o que los distinga del resto de la sociedad en general”.<sup>62</sup> En la práctica, este enfoque puede ser más inclusivo porque tiene la posibilidad de incluir a los grupos definidos por características que no cumplirían los requisitos comprendidos en el enfoque de las características protegidas.<sup>63</sup> En una decisión de la Corte Suprema de Australia, Justice McHugh proporcionó un valioso ejemplo del enfoque de la percepción social, afirmando:

Si bien la conducta persecutoria no puede definir al grupo social, las acciones de los perseguidores pueden servir para identificar o incluso para crear a un determinado grupo social en la sociedad. Los hombres zurdos no son un grupo social determinado. Pero si fueran perseguidos por ser zurdos, sin duda se volverían rápidamente reconocibles en su sociedad como un determinado grupo social. Su persecución por ser zurdos crearía la percepción pública de que son un grupo social determinado. Pero sería al atributo de ser zurdo y no los actos persecutorios lo que los identificaría como un determinado grupo social.<sup>64</sup>

Este ejemplo identifica un problema recurrente en las decisiones sobre la condición de refugiado basadas en la categoría de determinado grupo social. Si bien es cierto que un grupo social no puede definirse sólo por el hecho de que los miembros del grupo sufran persecución, o por un temor común de ser perseguidos,<sup>65</sup> parece que quienes resuelven las solicitudes de asilo tienen la

---

<sup>58</sup> ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967* HCR/GIP/02/02 (7 de mayo 2002), [en adelante, *Directrices sobre DGS del ACNUR*].

<sup>59</sup> Ídem, párr. 6.

<sup>60</sup> Ídem.

<sup>61</sup> Ídem.

<sup>62</sup> Ídem, párr. 7.

<sup>63</sup> Ídem, párr. 9.

<sup>64</sup> *Solicitante A y Otro*, 190 CLR 225 (1997), p. 264; ver también, *Directrices sobre DGS del ACNUR*, supra nota 58, párr. 14; *Islam y Shah*, [1999] 2 AC 629, p. 645.

<sup>65</sup> *Directrices sobre DGS del ACNUR*, supra nota 58, párr. 14.

tendencia a confundir las características necesarias para constituir un determinado grupo social y los requisitos para configurar un temor fundado de persecución, negando el reconocimiento de determinados grupos sociales. Como aclaró la Corte anteriormente, aunque la persecución puede hacer que un grupo sea percibido como un determinado grupo social en la sociedad, es la característica de ser zurdo, no los actos de persecución, la que define al determinado grupo social. Por otra parte, no es necesario que todos los miembros del grupo tengan un temor fundado de persecución<sup>66</sup>, basta con que la característica que une el grupo sirva como un objetivo de persecución.<sup>67</sup>

Las Directrices del ACNUR intentan proporcionar una definición única del determinado grupo social, que unifique las “características protegidas” y la “percepción social”. Las Directrices establecen que:

[U]n determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humano.<sup>68</sup>

Se explicó, además, que el sexo es una característica que entra en el ámbito del determinado grupo social y que las mujeres son un “claro ejemplo de un subconjunto social definido por características innatas e inmutables, y quienes con frecuencia son tratadas de manera diferente a los hombres.”<sup>69</sup> Es innegable que en algunos países las mujeres son objeto de persecución debido al simple hecho de ser mujeres, y el ACNUR, así como muchas jurisdicciones nacionales, ha reconocido este hecho con respecto a las determinaciones de la condición de refugiado bajo la Convención de 1951.

### **Género como un determinado grupo social**

El ACNUR reconoce que el sexo califica como una característica definitoria de un determinado grupo social, tanto en las Directrices sobre DGS discutidas anteriormente, como en las Directrices sobre la persecución por motivos de género en el contexto de la Convención de 1951 (Directrices sobre género del ACNUR).<sup>70</sup> Las Directrices sobre género del ACNUR expresan dos importantes

---

<sup>66</sup> Ídem, párr. 17: “Ciertos miembros del grupo pueden no estar en riesgo si, por ejemplo, ocultan su característica común, los hostigadores no los conocen o ellos cooperan con el hostigador”.

<sup>67</sup> Ver, Aleinikoff, supra nota 42, p. 289: “[L]a definición de la clase debe describir a un grupo que se distingue en la sociedad cuando la característica común del grupo refleja la *razón* de la persecución. Esto es muy diferente a decir que una clase definida sólo debe incluir a personas que puedan ser objeto de persecución.” Ver también Directrices sobre DGS del ACNUR, supra nota 58, párr. 17.

<sup>68</sup> ACNUR, Directrices sobre DGS, supra nota 58, párr. 11.

<sup>69</sup> Ídem, párr. 12.

<sup>70</sup> ACNUR, Directrices sobre género, supra nota 21.



puntos preliminares: en primer lugar, la distinción entre el sexo, una determinación biológica y el género, una construcción social o cultural de “la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades” determinada por el sexo,<sup>71</sup> y en segundo lugar, el contexto histórico en el que fue escrita la Convención de 1951 y a través del cual ha sido interpretada centrándose en la “experiencia masculina”, dejando las solicitudes relacionadas con el género por mucho tiempo en las sombras.<sup>72</sup> Estos puntos son relevantes para desafiar las ideas preconcebidas acerca de quién es un refugiado y la naturaleza de la experiencia de los refugiados a fin de reconocer las solicitudes relacionadas con la persecución de género.

A pesar de la clara distinción entre género y sexo, las jurisdicciones nacionales a menudo usan los términos “género” y “sexo” de manera intercambiable, lo que hace aún más difícil evaluar los requisitos de la definición de las solicitudes relacionadas con el género. Con respecto a la segunda cuestión, las jurisdicciones nacionales se han esforzado por formular normas aplicables a las solicitudes relacionadas con el género, en respuesta a los desarrollos relativamente recientes del derecho internacional, reconociendo que las mujeres tienen experiencias únicas y específicas y que las leyes deben reflejar estas diferencias. Las Directrices sobre género del ACNUR son explícitas al concluir que las solicitudes relacionadas con el género están incluidas en la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951,<sup>73</sup> pero la voluntad de las jurisdicciones nacionales de prestar atención a esta sugerencia sigue siendo incierta.

Es prometedor que las jurisdicciones nacionales estén determinando con más frecuencia que las mujeres enfrentan problemas particulares en el contexto de los refugiados, y que esto sea visible mediante la promulgación de directrices de género aplicables al proceso de determinación de la condición de refugiado. La Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá emitió directrices actualizadas sobre la persecución por motivos de género en 1996. Las directrices establecen que “[e]l género es una característica innata y, por tanto, las mujeres pueden formar un determinado grupo social dentro de la definición de refugiado de la Convención.”<sup>74</sup> Además, es posible reconocer sub-grupos más particularizados dentro de esta categoría que combina el género con otras características, por ejemplo, “edad, raza, estado civil y situación económica”<sup>75</sup>

Las directrices emitidas por el Gobierno de Australia son menos concluyentes que las directrices de Canadá; sin embargo, tratan de reconocer el género como un “factor importante” en la identificación de un determinado grupo social. Las directrices reconocen las conclusiones del Tribunal de Revisión sobre Refugiados de Australia sobre que, a pesar de la amplitud de la

---

<sup>71</sup> Ídem, párr. 3.

<sup>72</sup> Ídem, párr. 5.

<sup>73</sup> Ídem, párr. 6.

<sup>74</sup> Junta de Inmigración y Refugiados de Canadá, *Directriz 4: Mujeres solicitantes de asilo que temen persecución por motivos de género*, (13 de noviembre de 1996), disponible en inglés en:

[www.irb-cisr.gc.ca/Eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/women.aspx](http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/women.aspx).

<sup>75</sup> Ídem.

categoría, “las mujeres tienen características inmutables y comparten características sociales comunes que pueden hacerlas reconocibles como grupo y que pueden atraer la persecución.”<sup>76</sup>

El Reino Unido publicó unas directrices en el año 2000 que establecen que ciertas características, como “género, edad, raza, estado civil, familia y lazos de parentesco, orientación sexual, situación económica y pertenencia a una tribu o clan”, pueden identificar determinados grupos sociales donde las características son “innatas o inmutables... o características que una mujer no debería estar obligada a cambiar.”<sup>77</sup> El contexto cultural y social, además de la percepción de los funcionarios estatales y de los responsables de la persecución, es relevante en la determinación de si estas características son innatas o inmutables.<sup>78</sup> El caso *Islam y Shah*, resuelto antes de la promulgación de las directrices, reconoció a la mujer en Pakistán como un determinado grupo social, aplicando el razonamiento de la BIA de los Estados Unidos en *Acosta*, porque las mujeres en Pakistán son “discriminadas y como grupo no están protegidas por el Estado.”<sup>79</sup> La Cámara de los Lores cita el ejemplo del Tribunal Supremo de Australia sobre los hombres zurdos para sostener que este reconocimiento no viola el principio de que el grupo en cuestión debe existir independientemente de la persecución.<sup>80</sup>

Aplicando esta teoría al presente caso, se podría argumentar que la discriminación contra las mujeres en Pakistán y la falta de protección ofrecida por el Estado hacen que las mujeres sean reconocidas como un grupo social determinado por la sociedad, pero es la característica de ser mujer la que define al grupo. Posteriormente, se explicó que el hecho de que algunas mujeres en Pakistán puedan evitar la persecución y obtener protección del Estado no afecta la determinación de que las mujeres en Pakistán son un determinado grupo social; simplemente significa que estas mujeres en particular no tendrán el temor fundado de persecución, necesario para la determinación positiva de la condición de refugiado.<sup>81</sup>

En el caso *K y Fornah*, la Cámara de los Lores examinó el preámbulo de la Convención de 1951, concluyendo que la afirmación: “los seres humanos, sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales”,<sup>82</sup> indica la intención de reconocer sólo “la persecución que

---

<sup>76</sup> Ministerio de Inmigración y Asuntos Multiculturales de Australia, *Refugiados y solicitantes de visa humanitaria: Directrices sobre cuestiones de género para quienes toman decisiones* (julio de 1996), disponible en inglés en: [http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/guidelines\\_aust.pdf](http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/guidelines_aust.pdf), p. 22.

<sup>77</sup> Tribunal de Apelación de Inmigración del Reino Unido, *Directrices sobre asilo y género* (noviembre de 2000), disponible en inglés en:

[http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/gender\\_guidelines/UK\\_guidelines.pdf](http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/gender_guidelines/UK_guidelines.pdf). [En adelante, Directrices de género del RU], § 3.39.

<sup>78</sup> Ídem.

<sup>79</sup> *Islam y Shah*, [1999] 2 AC 629, p. 644.

<sup>80</sup> Ídem, p. 645.

<sup>81</sup> Ídem, p. 644.

<sup>82</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de la ONU, 189 UNTS 150 (28 de julio de 1951), [en adelante, Convención de 1951].

se basa en la discriminación”<sup>83</sup>. Si la discriminación es la desigualdad de trato a personas en situación similar, entonces está claro que los individuos de una determinada sociedad que son objeto de persecución por uno de los cinco motivos enumerados en la Convención de 1951 son objeto de discriminación. El caso *Fornah* se refiere a una niña de Sierra Leona que había huido de la mutilación genital femenina (MGF) forzada. Si bien se demostró que no había pruebas de discriminación generalizada contra las mujeres en Sierra Leona, también se determinó que sólo las mujeres que no se habían sometido a la MGF eran “menospreciadas” dentro de las tribus que practicaban la MGF.<sup>84</sup> No se afirmó explícitamente que la situación de inferioridad general de las mujeres en Sierra Leona fuera un factor necesario en la búsqueda de un determinado grupo social basado en género.

*Moldavia*, un reciente caso resuelto por el Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido, amplió la noción de discriminación expuesta en los casos anteriores con respecto a las solicitudes relacionadas con la persecución de género.<sup>85</sup> El caso se refiere a la trata de una nacional de Moldavia en el Reino Unido con el propósito de explotación sexual.<sup>86</sup> La víctima previamente proporcionó pruebas que resultaron en el procesamiento y la condena del individuo responsable de su explotación en el R.U.<sup>87</sup> En el presente caso, la víctima solicitó asilo basada en su temor de que, si fuera devuelta a Moldavia, enfrentaría la persecución del perpetrador, quien había sido liberado de prisión, y/o de la familia o los socios de él.<sup>88</sup> El Tribunal compulsó copias a las autoridades competentes del Reino Unido en relación a la pertenencia a un determinado grupo social y concluyó que “cuando la certificación del determinado grupo social se ha originado en el sentido *amplio* del género o cuando cualquiera de las características que restringen el grupo están basadas en el género, entonces se debe demostrar que existe la discriminación por motivos de género (es decir, la discriminación en el sentido más amplio).”<sup>89</sup>

El Tribunal pasó a explicar que no es necesario demostrar la discriminación generalizada en los casos de reconocimiento de la familia como determinado grupo social porque la familia ya existe en la sociedad como un determinado grupo social, independientemente de las acciones persecutorias.<sup>90</sup> Además, si en estos casos es necesaria la demostración de la discriminación, esta puede ser establecida en conexión con los temidos actos futuros de persecución sin que se produzca una definición circular basada únicamente en la persecución temida.<sup>91</sup> El énfasis del

---

<sup>83</sup> *K contra Secretario de Estado del Ministerio del Interior; Fornah contra Secretario de Estado del Ministerio del Interior*, [2007] 1 A.C. 412, p. 430

<sup>84</sup> *Ídem*, p. 455.

<sup>85</sup> *SB (Moldavia) contra el Secretario de Estado del Ministerio del Interior*, CG [2008] UKAIT 00002, (26 de noviembre de 2007).

<sup>86</sup> *Ídem*, párr. 2.

<sup>87</sup> *Ídem*.

<sup>88</sup> *Ídem*.

<sup>89</sup> *Ídem*, párr. 53 (b). [Cursiva agregada].

<sup>90</sup> *Ídem*, párr. 53 (a) y (c).

<sup>91</sup> *Ídem*

Tribunal sobre el requisito de discriminación general en situaciones de persecución basada en el género no parece estar en consonancia con las interpretaciones presentadas por el ACNUR.

El Manual del ACNUR explica que en muchas sociedades existen actos de discriminación que no alcanzan el nivel necesario para constituir persecución.<sup>92</sup> Sólo en determinadas situaciones la discriminación constituirá persecución, por ejemplo, cuando las medidas discriminatorias “limitaran gravemente [el] derecho a ganarse la vida, a practicar... religión o a tener acceso a los servicios de enseñanza normalmente asequibles.”<sup>93</sup> La discriminación también puede equivaler a persecución cuando genera en la persona sentimientos subjetivos de “desconfianza e inseguridad” con respecto a su existencia futura, o cuando los efectos acumulativos de la discriminación pueden verse como inherentes a la naturaleza de la persecución.<sup>94</sup> Las Directrices sobre género del ACNUR incluyen el análisis anterior y el análisis de las formas de discriminación del Estado cuando éste no cumple con la obligación de brindar protección en determinadas circunstancias, por ejemplo, en situaciones de violencia doméstica o abusos motivados por la orientación sexual.<sup>95</sup> El ACNUR analiza la discriminación en el contexto de la evaluación del temor fundado de persecución de una persona, en concreto, determinando si los actos de discriminación equivalen a persecución a efectos de la determinación de la condición de refugiado.

El uso repetido del término “amplia” para describir la categoría de género indica la aparente preocupación del Tribunal del Reino Unido por una interpretación demasiado inclusiva del género como un determinado grupo social. Al tratar de emplear una interpretación más limitada de esta categoría, el Tribunal parece confundir los requisitos de un temor fundado de persecución y la pertenencia a un determinado grupo social en la interpretación de la definición de refugiado. La discriminación es un posible método de persecución según el ACNUR; no es una característica que defina a un determinado grupo social. Si bien, la discriminación puede sustentar el alegato de persecución de un individuo, no se requiere demostrar los patrones generales de discriminación con respecto a las categorías de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas y, por tanto, no se debe exigir que los individuos justifiquen su pertenencia a un determinado grupo social.

Por otra parte, el Tribunal explica que el requisito de discriminación sólo se aplica a los grupos sociales *basados* en el género y no a los grupos sociales definidos por otras características. Los casos del Reino Unido muestran una desconcertante evolución con respecto a la discriminación y los determinados grupos sociales definidos por el género. Esto evidencia la creación de una carga adicional para las víctimas de persecución por género que solicitan asilo en el Reino Unido, que no deben afrontar las víctimas que alegan persecución por alguna de las otras razones de protección.

---

<sup>92</sup> Manual del ACNUR, supra nota 24, párr. 54.

<sup>93</sup> Ídem

<sup>94</sup> Ídem, párr. 55.

<sup>95</sup> Directrices de género del ACNUR, supra nota 21, párrs. 14 y 15

En 1995 los Estados Unidos emitieron las Directrices de género mencionadas anteriormente. Las Directrices proporcionan poca ayuda a quienes examinan las solicitudes de asilo en la determinación de si el género puede definir adecuadamente un determinado grupo social, ya sea solo o en conexión con otras características. En este sentido, las Directrices destacan las interpretaciones divergentes entre los tribunales federales de los Estados Unidos,<sup>96</sup> llamando la atención, en particular, sobre la decisión de la BIA que considera que el sexo es una característica que potencialmente puede definir un determinado grupo social<sup>97</sup>, así como el breve pronunciamiento del Comité Ejecutivo del ACNUR acerca de que las mujeres podía ser consideradas como un determinado grupo social cuando ellas han “transgredido las costumbres sociales de la sociedad en que vivían.”<sup>98</sup>

Más recientemente, la BIA abordó la cuestión de la persecución relacionada con el género en el Asunto *Kasinga*, sobre la mutilación genital femenina (MGF).<sup>99</sup> El BIA determinó que el determinado grupo social de la solicitante era “mujeres jóvenes de la tribu Tchamba-Kunsuntu que no se han sometido a la MGF, como se practica en esa tribu, y se oponen a tal práctica.”<sup>100</sup> Fue necesario aplicar el razonamiento planteado por la BIA en *Acosta* a las características representadas por los miembros de este grupo para convalidarlo dentro de la definición de refugiado. Al aplicar este razonamiento, la Junta explicó que las características de ser una mujer joven, no afectada por la práctica de la MGF y miembro de la tribu en cuestión eran todas características inmutables que sustentaban el reconocimiento de la pertenencia de la solicitante al determinado grupo social.<sup>101</sup> Este caso fue un paso crucial en la legislación sobre refugiados de los Estados Unidos, reconociendo explícitamente el género como una característica definitoria de los determinados grupos sociales.

Varios Estados mantienen reservas sobre la inclusión del género como un motivo de persecución en virtud de la Convención de 1951. Las Directrices de género del ACNUR han respondido a estos opositores, quienes temen que la inclusión del género como un determinado grupo social diera lugar a una afluencia masiva de solicitudes de asilo. Las Directrices explican que esta interpretación de la Convención de 1951 no significa que todas las mujeres serían merecedoras del estatuto de refugiado, sino que deberán demostrar que tienen fundados temores de ser perseguidas por uno o más motivos de la Convención.<sup>102</sup> Por otra parte, la cantidad jamás debe ser un factor

---

<sup>96</sup> Por ejemplo, el Tribunal del Segundo Circuito en *Gómez* se negó a reconocer el género por sí sólo como caracterización de la pertenencia a un determinado grupo social, en contraste con el Tribunal del Tercer Circuito en *Fatin*, que reconoció a las mujeres iraníes como miembros de un determinado grupo social. *Gómez contra INS*, 947 F.2d 660 (2º Cir. 1991), párr. 664; *Fatin contra INS*, 12 F.3d 1233 (3º Cir. 1993), párr. 1240.

<sup>97</sup> *Acosta*, 19 I. y N. Dec. 211 (BIA 1985), p. 233.

<sup>98</sup> Directrices de género de los EE.UU., supra nota 22, p. 14, citando las Conclusiones del Comité Ejecutivo, No. 39 (k) (36ª reunión, 1985).

<sup>99</sup> *Asunto Kasinga*, 21 I. y N. Dec. 357 (BIA 1996).

<sup>100</sup> *Ídem*, p. 318

<sup>101</sup> *Ídem*, p. 393

<sup>102</sup> ACNUR, Directrices de género, supra nota 21, párr. 4

para desestimar el reconocimiento de las mujeres como determinado grupo social, ya que las otras cuatro categorías no tienen ninguna limitación por la potencial dimensión del grupo.<sup>103</sup>

Tanto las directrices de Canadá como las del Reino Unido abordan este particular tema de interés, relevante en la discusión sobre el género como un determinado grupo social, demostrando la debilidad del argumento de quienes se oponen a la inclusión del género basándose en el exceso de solicitudes. Utilizando el mismo lenguaje, las directrices afirman: “El hecho de que el determinado grupo social se componga de gran parte de la población femenina del país en cuestión es *irrelevante*... – la raza, religión, nacionalidad y opinión política son también características compartidas por un gran número de personas.”

A pesar de la existencia de directrices que desafían la percibida amenaza de abrir las puertas a las mujeres solicitantes, este miedo es omnipresente en las decisiones sobre inmigración en los Estados Unidos. Por ejemplo, un tribunal federal de apelaciones verbalizó este temor de manera explícita en el caso de una joven albanesa que argüía el temor de ser secuestrada y forzada a prostituirse.<sup>104</sup> La solicitante alegó el reconocimiento de categorías más amplias de grupo social, incluyendo el género, apoyándose en otra decisión de la corte federal de apelaciones que reconoció a las mujeres somalíes como un determinado grupo social.<sup>105</sup> La Corte respondió a este argumento: “No necesariamente estamos de acuerdo con la decisión del Noveno Circuito de que prácticamente todas las mujeres de Somalia tienen derecho al asilo en los Estados Unidos”.<sup>106</sup>

Esta afirmación ilustra el entendimiento y aplicación erróneos de los requisitos relativos a la condición de refugiado por parte de la Corte. Cada individuo que solicita la condición de refugiado debe demostrar que es perseguido por razón de su género, además de las características adicionales de la definición, y que el Estado no puede o no quiere proporcionar la protección contra esa persecución.<sup>107</sup> El propósito de la Convención de 1951 es la protección de las personas que huyen de la persecución. Este propósito se ve socavado por argumentos superfluos sobre que el reconocimiento del género como una característica seleccionada como objetivo por los agentes de persecución daría lugar a una avalancha de solicitudes de asilo de mujeres. Esto es comparable a decir que la raza no debe aceptarse como motivo de persecución porque todas las minorías raciales tendrían derecho a la condición de refugiado. Este argumento niega el reconocimiento de los obstáculos adicionales que un individuo debe superar en el contexto de la definición de la Convención de refugiados de 1951.

### **Determinado grupo social y el contexto de la trata**

---

<sup>103</sup> Ídem, párr. 31.

<sup>104</sup> *Rreshpja contra González*, 420 F.3d 551 (6° Cir. 2005), párr. 555

<sup>105</sup> Id., Citando a *Mohammed contra González*, 400 F.3d 785 (9° Cir. 2005), párr. 797.

<sup>106</sup> *Rreshpja* 420 F.3d 551, párr. 555

<sup>107</sup> Convención de 1951, supra nota 82, art. 1(A)(2).

En el contexto de la trata de mujeres con fines de explotación sexual, la categoría de pertenencia a un determinado grupo es a menudo la única opción disponible para las víctimas que buscan protección contra la persecución relacionada con la trata. Como se explicó anteriormente, existen situaciones donde alguna de las otras cuatro categorías es tenida en cuenta en el análisis, sin embargo, es probable que el sexo de la víctima sea una característica crucial para los agentes de persecución en la comisión de este delito.

Las Directrices sobre trata del ACNUR abordan la aplicación de la pertenencia a un determinado grupo social de las víctimas de trata. Además del análisis sobre la inclusión del género como un determinado grupo social, discutido anteriormente, las Directrices proporcionan ejemplos de los subgrupos de mujeres, por ejemplo, “mujeres solteras, mujeres viudas, mujeres divorciadas, [y] mujeres analfabetas”, que son importantes en el contexto de la trata.<sup>108</sup> También se podría considerar que las mujeres que han sido objeto de trata con fines de explotación sexual constituyen un “grupo social con base en la característica inmutable, común e histórica de haber sido víctimas de trata.”<sup>109</sup>

Se puede encontrar sustento adicional a este supuesto en las Directrices sobre determinado grupo social del ACNUR y la decisión de la Corte Suprema de Canadá en *Ward*, reconociendo que la experiencia pasada puede considerarse una característica de un determinado grupo social, cuando la característica es inalterable.<sup>110</sup> Las víctimas pueden ser percibidas como un grupo específico por la sociedad fundándose en el hecho de haber sido víctimas de trata, identificándolas como objetivos de persecución.<sup>111</sup>

Como se dijo anteriormente, no es posible definir un grupo social basándose exclusivamente en la persecución temida o sufrida por sus miembros; sin embargo, las Directrices sobre trata exponen que el hecho histórico de la trata constituye una característica definitoria del grupo social, distinta del temor de persecución que se manifiesta a través del “ostracismo, el castigo, las represalias o el convertirse nuevamente en víctima de trata.”<sup>112</sup> A la luz de las sugerencias del ACNUR sobre la inclusión de las víctimas de trata de personas como miembros de un determinado grupo social, el examen de las decisiones de las jurisdicciones nacionales sobre este tema proporciona información valiosa sobre el tratamiento de las víctimas de trata en la práctica de los Estados.

*Moldavia*, discutido anteriormente, aborda de lleno la aplicación de determinado grupo social a las víctimas de trata.<sup>113</sup> Para llegar a la determinación de si la víctima en este caso específico cumple los requisitos de pertenencia a un determinado grupo social, el Tribunal evita el género

---

<sup>108</sup> Directrices sobre trata del ACNUR, supra nota 19, párr. 38

<sup>109</sup> Ídem, párr. 39.

<sup>110</sup> Directrices sobre DGS del ACNUR, supra nota 58, párr. 6; *Ward*, 2 S.C.R. 689, párr. 78

<sup>111</sup> Directrices sobre trata del ACNUR, supra nota 19, párr. 39

<sup>112</sup> Ídem

<sup>113</sup> *Moldavia*, [2008] UKAIT 00002.

por completo. Establece que al definir el determinado grupo social para incluir a las “ex víctimas de trata” y a las “ex víctimas de trata con fines de explotación sexual”, es posible evitar el requisito de probar la discriminación generalizada contra las mujeres.<sup>114</sup> El énfasis recae en la característica compartida inmutable de haber sido víctima de trata para cumplir los requisitos de la definición de pertenencia a un determinado grupo social.<sup>115</sup>

Esta es una opción muy restringida para las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual. Aunque potencialmente incluye a aquellas víctimas que han sido objeto de trata en el pasado, no brinda protección a las mujeres y las niñas que han sido amenazadas con la trata o temen ser víctimas de trata, puesto que efectivamente aún no han sido sometidas a la trata. Presumiblemente, aquellas mujeres tendrían que aportar la prueba de la discriminación generalizada de género en su país de origen antes de que se considere que constituyen un determinado grupo social a efectos de la protección de los refugiados.

El Tribunal Federal de Australia también ha abordado la aplicación de la pertenencia a un determinado grupo social a las víctimas de trata con fines de explotación sexual.<sup>116</sup> Este caso se refiere a una mujer de Tailandia que fue engañada para que viajara a Australia a trabajar en la prostitución.<sup>117</sup> A su llegada, la víctima fue encerrada en un pequeño apartamento con otras mujeres y fue forzada a trabajar en un prostíbulo como esclava sexual.<sup>118</sup> Fue encontrada gracias a un allanamiento al prostíbulo llevado a cabo por la policía y más tarde colaboró en el juicio contra sus tratantes en Australia.<sup>119</sup>

La víctima solicitó la revisión de una decisión que rechazaba la visa de protección y el Tribunal abordó la cuestión de la pertenencia a un determinado grupo social con respecto a las mujeres víctimas de trata en virtud de la Convención de 1951.<sup>120</sup> El Tribunal no cuestionó la decisión del tribunal de menor instancia que afirmaba que las trabajadoras del sexo en Tailandia constituyen un determinado grupo social, en tanto que ser trabajadora del sexo es una característica que define al grupo y lo distingue del resto de la sociedad.<sup>121</sup> Sin embargo, el análisis aportado por el Tribunal no proporcionó información significativa sobre cómo esta categoría podría ser aplicable en otras jurisdicciones.

Los jueces de inmigración en los Estados Unidos han luchado con la interpretación del determinado grupo social con respecto a las víctimas de trata. Ellos han tratado de interpretar esta categoría de conformidad con la norma señalada en *Acosta*, mientras, contemporáneamente,

---

<sup>114</sup> Ídem, párrs. 54-55.

<sup>115</sup> Ídem

<sup>116</sup> VXAJ, [2006] FMCA 234.

<sup>117</sup> Ídem, párr. 4.

<sup>118</sup> Ídem

<sup>119</sup> Ídem, párr. 5.

<sup>120</sup> Ídem, párrs. 6 y 11.

<sup>121</sup> Ídem, párr. 25.



trazan límites a las obligaciones de protección de los Estados Unidos. Los siguientes son ejemplos de determinados grupos sociales, tanto aceptados como rechazados por los tribunales de inmigración en los Estados Unidos.<sup>122</sup> En un caso, el juez aceptó el grupo “esclavas sexuales de países extranjeros quienes son traídas a los EE.UU. de manera fraudulenta y forzadas bajo amenaza de muerte a participar en actividades sexuales.”<sup>123</sup> Si bien este grupo es definido parcialmente por la persecución temida, también se define por la característica histórica inmutable de haber sido objeto de trata con fines de explotación sexual. En un caso similar, el juez de inmigración rechazó la categoría de mujeres del país de origen de una víctima “obligadas a prostituirse por la mafia quienes escaparon de la esclavitud sexual”.<sup>124</sup> Este grupo social incluía tres características inmutables: el género, la nacionalidad y la experiencia histórica de ser sometida a la explotación sexual.

Otro juez de inmigración de los Estados Unidos determinó que una “mujer que se opuso a la prostitución, pero fue obligada a participar en contra de su voluntad” era miembro de un determinado grupo social.<sup>125</sup> Una vez más este grupo está parcialmente definido por la persecución sufrida, pero también por el género y una característica que podría decirse es fundamental para su conciencia y, por tanto, no deberían estar obligada a cambiar. Por el contrario, un juez rechazó el grupo “jóvenes albanesas que no entran voluntariamente en la prostitución.”<sup>126</sup> El juez declaró que no era un “grupo cohesionado, homogéneo al cual pueda aplicarse el término ‘determinado grupo social’.”<sup>127</sup> A pesar de que este grupo se define más estrictamente que el grupo aceptado anteriormente, fue rechazado por exceso de amplitud.<sup>128</sup>

El requisito de cohesión o voluntariedad de la asociación ha sido explícitamente rechazado por el ACNUR, así como por algunas jurisdicciones nacionales.<sup>129</sup> Los anteriores casos revelan las

---

<sup>122</sup> Debido a las cuestiones relativas a la confidencialidad de la víctima, es difícil obtener publicaciones de las decisiones de inmigración. La mayoría de los casos discutidos en la siguiente sección se toman las decisiones inéditas y el análisis para los propósitos del presente documento se limita a la información proporcionada por Stephen Knight en su artículo de *Asilo por trata de personas: El incumplimiento de la protección*, supra nota 23. Los números de caso del CGRS se refieren al sistema de codificación interna del Centro de Estudios de Género y Refugiados, en línea en inglés: <http://cgrs.uchastings.edu/law/>.

<sup>123</sup> Knight, supra nota 23, p. 7, citando el caso *P-H-*, A # redactada, 13 (Houston, TX, la Corte de Inmigración, 4 de marzo de 2004) (CGRS Caso # 3695).

<sup>124</sup> Ídem, p. 9, citando el caso *Anon.*, A # edición, 5 (Seattle, WA, Corte de Inmigración, 7 de febrero de 2000) (CGRS Caso # 275).

<sup>125</sup> Ídem, p. 14, citando el caso *J-M-*, A # edición, 15 (San Pedro, CA, Corte de Inmigración, 3 de diciembre de 1996) (CGRS Caso # 364).

<sup>126</sup> Ídem, p. 10, citando el caso *H-H-*, A # edición, 7 (Chicago IL, la Corte de Inmigración, 29 de mayo de 2003) (CGRS Caso # 2506).

<sup>127</sup> ídem

<sup>128</sup> Ídem

<sup>129</sup> ACNUR, Directrices de género, supra nota 21, párr. 31; Ver también *Hernández-Montiel contra INS*, 225 F.3d 1084 (9° Cir. 2000), párr. 1093, modificando su participación anterior en *Sánchez-Trujillo* en el sentido de que se requiere una asociación voluntaria entre los miembros de un determinado grupo social. La Corte declaró: “Sostenemos que un ‘determinado grupo social’ está unido por una asociación voluntaria, incluyendo una asociación anterior, o por una característica innata que es tan fundamental para la identidad o conciencia de sus miembros que no se puede ni se debe pedir que la cambien.”; *Sánchez Trujillo contra INS*, 801 F.2d 1571 (9° Cir. 1986), párr. 1576: “Una preocupación central es la existencia de una relación asociativa voluntaria entre los supuestos miembros, la cual

inconsistencias en las decisiones relativas a los determinados grupos sociales en los casos de trata. La falta de decisiones a nivel de apelación, así como la confusión de los elementos de la definición contenida en la Convención de 1951 que se observan en las decisiones actuales, no han permitido proporcionar a los jueces de inmigración la orientación suficiente para determinar la aplicabilidad de la categoría de determinado grupo social a las víctimas de trata.

### **Nexo entre persecución y motivos protegidos**

Suponiendo que se ha establecido el elemento necesario de la persecución y que se cumplen los requisitos de la definición de pertenencia a un determinado grupo social, la víctima todavía tiene que demostrar que la persecución temida se debe a las características que definen la pertenencia a un determinado grupo social.<sup>130</sup> Uno de los principales problemas para las víctimas de trata que intentan incluirse en la categoría de determinado grupo social con base en la persecución por motivos de género, es establecer este nexo.<sup>131</sup> Puede verse un patrón en las decisiones de inmigración de los Estados Unidos que asumen las solicitudes de mujeres víctimas de trata como “problemas penales personales.”<sup>132</sup> En el caso, discutido anteriormente, que involucra el secuestro, violación y amenaza de trata de una adolescente de Albania, el juez de inmigración no logró encontrar una relación entre los motivos de protección y los actos de persecución, ya que eran simplemente actos penales personales dirigidos contra la víctima.<sup>133</sup>

En respuesta a la solicitud de otra joven albanesa por intento de secuestro con fines de explotación sexual, el juez de inmigración admitió que las pruebas demostraban que en Albania había un “enorme problema de trata de mujeres”, pero que el nexo necesario no fue establecido ya que probablemente había mucha gente en situación de víctimas que fueron acosadas de la misma manera que la víctima.<sup>134</sup> Como explica Stephen Knight, la existencia de un problema penal de gran escala en los casos de trata no debe afectar la determinación y además, “[e]l requisito de que ‘al menos una razón central’ del daño debe estar relacionada con uno de los cinco motivos, no significa que la existencia de otras posibles razones, como la ganancia monetaria, sea una barrera para conceder la protección<sup>135</sup>

---

confiere alguna característica común que es fundamental para su identidad como miembro de ese diferenciado grupo social.”

<sup>130</sup> Convención de 1951, supra nota 82, el artículo 1(A)(2), establece que el individuo tiene un temor fundado de persecución “por motivos de” uno de los cinco motivos protegidos.

<sup>131</sup> Knight, supra nota 23, p. 6; Musalo, Karen, *Más allá de la pertenencia: Desafiando los límites de la nacionalidad: Revisión del grupo social y el nexo en las solicitudes de asilo por motivos de género: Un fundamento para la unificación de la jurisprudencia en evolución*, 52 Paul L. Rev 777 (2003), pág. 786.

<sup>132</sup> Knight, supra nota 23, p. 6

<sup>133</sup> Ídem, citando el caso *Anon*, A # edición, 19-20 (Nueva York, NY, Corte de Inmigración, 4 de febrero 2004) (CGRS Caso # 1034).

<sup>134</sup> Ídem, p. 8, citando el caso A-L-, A # A76-868-511, 5 y 9 (Chicago, IL, Corte de Inmigración, 3 de mayo de 2001) (CGRS Caso # 562).

<sup>135</sup> Ídem, citando al Servicio de Ciudadanía e Inmigración de EE.UU. Ley de 2005, INA § 208(b)(1)(B)(i).

Las Directrices de género del Reino Unido abordan la cuestión de la violencia generalizada contra las mujeres para determinar si el daño es pertinente en el análisis. Las Directrices advierten que “[e]l hecho de que en un determinado país la violencia y/o la discriminación contra la mujer sean endémicas y/o social y culturalmente aceptadas es *irrelevante* al momento de determinar si las formas específicas de daño por género equivalen a ‘daños graves’.”<sup>136</sup>

Este principio se aplica también para el establecimiento del nexo entre la persecución y un motivo protegido; por ejemplo, la evidencia de crímenes a gran escala contra los miembros de una determinada religión no disminuye el hecho de que las personas de esa religión son objeto de persecución debido a que poseen una característica que los identifica como miembros de esa religión. El análisis no debe ser diferente para las víctimas de trata que alegan persecución por motivos de género. La presencia de persecución generalizada por motivos de género, ya sea perpetrada por el Estado o por particulares, cuando la protección del Estado es deficiente, sigue siendo persecución.

### **No puede o no quiere acogerse a la protección estatal**

El requisito final en el análisis de la determinación de la condición de refugiado es si la persona no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de su país de origen.<sup>137</sup> Al evaluar si una persona tiene un temor fundado de persecución en su país de origen, es necesario determinar de quién teme la persecución. La persecución puede ser perpetrada por agentes estatales y no estatales.<sup>138</sup>

Las Directrices sobre género de los EE.UU. explican que un solicitante que alegue persecución o amenazas de persecución por parte de agentes no estatales debe demostrar que el Estado no puede o no quiere proteger a sus ciudadanos de estos perpetradores.<sup>139</sup> Para evaluar si un individuo ha sido objeto de persecución por agentes no estatales, es importante determinar si el solicitante buscó o no la protección del Estado o las pruebas de que hacerlo sería infructuoso.<sup>140</sup> Esta cuestión de la persecución perpetrada por actores no estatales es especialmente relevante en el contexto de la trata.

Es útil examinar una muestra de las respuestas de los Estados, o la ausencia de respuesta, a los incidentes de trata para entender la importancia de esta cuestión en las determinaciones de la condición de refugiado concernientes a las víctimas de trata. El Fiscal General de los Estados Unidos señala que en 2008 la mayoría de las solicitudes de visas de protección por trata en los

---

<sup>136</sup> R.U., Directrices de género, supra nota 77, párr. 2A.15.

<sup>137</sup> Convención de 1951, supra nota 82

<sup>138</sup> Manual del ACNUR, supra nota 24, párr. 65; Directrices sobre trata del ACNUR, supra nota 19, párr. 21

<sup>139</sup> Directrices de género de los EE.UU., supra nota 22, p. 17.

<sup>140</sup> Ídem.

Estados Unidos provenían de víctimas de trata de México, Filipinas y Corea del Sur.<sup>141</sup> Un análisis más detallado sobre las situaciones específicas en estos países ilustra la capacidad y el interés de cada Estado de proteger a las víctimas de persecución en el contexto de la trata.

En México, a pesar del hecho de que veintidós estados dentro del sistema federal han promulgado algún tipo de legislación contra la trata de personas, las ONG informan que existe una corrupción generalizada, especialmente dentro de la policía local y los funcionarios de inmigración, quienes actúan impunemente.<sup>142</sup> El ACNUR explica que la sola existencia de una ley que prohíbe la trata, en sí misma, no es suficiente para excluir la posibilidad de persecución si no se aplica en la práctica.<sup>143</sup> Informes también indican que no es inusual que los funcionarios mexicanos acepten o exijan sobornos o servicios sexuales y disuadan a las víctimas de trata de reportar estos delitos.<sup>144</sup>

El Gobierno de México ha llevado a cabo investigaciones sobre la participación de funcionarios estatales involucrados en delincuencia organizada y corrupción, pero muchas víctimas aún temen acudir a los recursos legales o la asistencia por temor a represalias por parte de los tratantes involucrados en el crimen organizado. Esto indica que el Gobierno de México puede ser incapaz de proteger a las víctimas de trata de la persecución por parte de funcionarios estatales y no estatales.<sup>145</sup>

En Filipinas la policía y los funcionarios de inmigración a menudo son cómplices, o al menos tolerantes, con las actividades de trata.<sup>146</sup> Existe una corrupción generalizada y se denuncia que los oficiales de policía exigen pagos a los prostíbulos para ignorar las violaciones de la ley.<sup>147</sup> A pesar de los informes de que funcionarios de inmigración están activamente involucrados en la trata de personas al extranjero, no hubo procesamientos o condenas de funcionarios del Estado por delitos relacionados con la trata entre abril de 2008 y marzo de 2009.<sup>148</sup> A pesar de que Filipinas ha promulgado legislación contra la trata en 2003,<sup>149</sup> parece que el Gobierno no sólo es incapaz de proteger a las víctimas de trata, sino cómplice de la persecución relacionada con la trata.

La República de Corea, en cambio, cumple con las normas mínimas para prevenir la trata, según el Departamento de Estado de los Estados Unidos, y ha hecho grandes esfuerzos en el procesamiento de los delitos de trata con fines sexuales y en el ámbito de la protección de las

---

<sup>141</sup> Departamento de Justicia de los EE.UU., *Informe anual del Fiscal General al Congreso y evaluación de las actividades gubernamentales de los EE.UU. en la lucha contra la trata de personas* (junio de 2009), disponible en inglés en: <http://www.state.gov/g/tip/rls/reports/2009/125631.htm>. [En lo sucesivo, Informe sobre trata del Fiscal General de los EE.UU.], p. 33.

<sup>142</sup> Informe sobre TDP de los EE.UU., supra nota 3, p. 207.

<sup>143</sup> Directrices sobre trata del ACNUR, supra nota 19, párr. 23

<sup>144</sup> Informe sobre TDP de los EE.UU., supra nota 3, p. 207.

<sup>145</sup> Ídem.

<sup>146</sup> Ídem. p. 241

<sup>147</sup> Ídem.

<sup>148</sup> Ídem.

<sup>149</sup> Ídem. p. 239.

víctimas.<sup>150</sup> Estos factores hacen que un argumento de persecución basado en la falta de voluntad o la incapacidad de la República de Corea de proteger a las víctimas de trata sea poco verosímil.

La información anterior sugiere que las víctimas de trata provenientes de México y Filipinas que solicitan visas por motivos de trata en los Estados Unidos pueden argumentar la condición de refugiado con base en la incapacidad o la falta de voluntad de sus gobiernos para protegerlas de actos persecutorios relacionados con la trata, sin perjuicio de los elementos adicionales requeridos para la determinación de la condición de refugiado.

### **Marcos jurídicos alternativos**

Existen varias opciones con respecto a la protección y el reconocimiento de los derechos de las víctimas de trata además de la concesión del asilo. A veces es necesario un sistema de protección temporal o permanente para una víctima que está en riesgo de volver a ser objeto de trata o para proteger sus derechos humanos fundamentales cuando estos derechos no pueden ser garantizados mediante el retorno de la víctima a su país de origen.<sup>151</sup> Una forma particular de protección, que ha sido empleada por muchos Estados, es la emisión de visas temporales. El artículo 7 del Protocolo contra la trata afirma que cada Estado Parte “considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda”<sup>152</sup>

La debilidad de esta disposición reposa en la naturaleza sugerente de la protección como un permiso para permanecer. Compete exclusivamente a los Estados Partes determinar si darían efecto a este aspecto de la protección y, en caso afirmativo, cómo lo harían. Otras deficiencias se encuentran en las limitaciones temporales de estos métodos de protección. En contraste con la condición de refugiado que se basa en la prestación de protección a un individuo mientras esta protección sea necesaria, varios marcos de visa temporal tienen limitaciones temporales artificiales. Por ejemplo, la concesión de una visa subordinada a la colaboración con la policía en la investigación y el enjuiciamiento de los tratantes y la prescripción de la visa cuando se ha terminado el proceso o cuando la asistencia de la víctima ya no es necesaria. En esta situación, el marco de protección no se centra en la protección mientras sea necesaria, sino que se enfoca principalmente en lograr la presencia continua de la víctima para ayudar en la aprehensión de los tratantes.

El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos establece obligaciones más estrictas a los Estados Partes en la aplicación de medidas temporales con respecto al permiso de permanencia para las víctimas de trata, sin embargo, hasta el momento han ratificado el Convenio sólo un poco más de la mitad de todos los Estados miembros del Consejo

---

<sup>150</sup> Ídem. pp 176-177

<sup>151</sup> Gallagher, supra nota 12, p. 992

<sup>152</sup> Protocolo sobre trata, supra nota 10, art. 7.

de Europa y ningún Estado que no es miembro.<sup>153</sup> El Convenio exige que cada Estado miembro “preverá en su derecho interno un plazo de restablecimiento y reflexión de al menos 30 días cuando existan motivos razonables para creer que la persona interesada es una víctima”.<sup>154</sup> Se argumenta que el requisito de treinta días no es suficiente para permitir el restablecimiento de las víctimas de trata y, además, que el breve plazo probablemente disminuya la voluntad y la capacidad de la víctima de cooperar en los esfuerzos de investigación penal del Estado.<sup>155</sup>

Además, el Convenio exige que los Estados proporcionen un permiso de residencia renovable cuando las autoridades competentes consideren que su permanencia es necesaria por razón de la situación personal de la víctima o es necesaria a efectos de su cooperación en las investigaciones y actuaciones penales contra los tratantes.<sup>156</sup> Si bien esta disposición menciona la concesión de permisos para que las víctimas cooperen en asuntos penales, es importante que también exija el permiso de permanencia si la situación personal de la víctima así lo requiere, sin embargo, sería un requisito impreciso. Se argumenta que hay demasiada flexibilidad en esta disposición, permitiendo que los Estados debiliten la protección del permiso en la legislación nacional.<sup>157</sup>

Los Estados miembros también están obligados a adoptar medidas para asistir a las víctimas en el restablecimiento físico, psicológico y social, además, el Convenio establece que esta asistencia no puede estar supeditada a la voluntad o capacidad de la víctima de cooperar en el procesamiento de los tratantes.<sup>158</sup> Este componente es fundamental. Separar la asistencia y la protección a las víctimas de los esfuerzos de investigación y actuación penal del Estado garantiza un mayor énfasis en la protección de las víctimas que aquel previsto en el Protocolo sobre trata y en muchas legislaciones nacionales.

Los esfuerzos nacionales para proteger a las víctimas de trata difieren en el contenido y el alcance de la visa de protección temporal que ofrecen. Por ejemplo, el modelo australiano prevé un período de rehabilitación y reflexión de cuarenta y cinco días para las presuntas víctimas de trata, independientemente de su capacidad o voluntad de participar en la investigación y procesamiento de sus tratantes.<sup>159</sup> Sin embargo, no es claro qué tipos de asistencia están disponibles para las víctimas durante este período. El sistema australiano ofrece una visa adicional de cuarenta y cinco

---

<sup>153</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Serie de tratados del Consejo de Europa No. 197 (16 de mayo de 2005), [en adelante, Convenio del Consejo de Europa], Cuadro de firmas y ratificaciones, disponible en inglés en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=197&CM=1&DF=&CL=ENG>.

<sup>154</sup> Ídem, art. 13.

<sup>155</sup> Raffaelli, Rosa, *El enfoque europeo de la protección de las víctimas de trata: El Convenio del Consejo de Europa, la Directiva de la UE y la experiencia italiana*, 10 *German Law Journal* 205 (2009), pp 210-211

<sup>156</sup> Convenio del Consejo de Europa, supra nota 153, art. 14.

<sup>157</sup> Raffaelli, supra nota 155, p. 211.

<sup>158</sup> Convenio del Consejo de Europa, supra nota 153, art. 12

<sup>159</sup> Estrategia del Gobierno de Australia contra la trata de personas, sitio web, disponible en inglés en:

<http://www.facs.gov.au/sa/women/progserv/violence/Pages/AntiPeopleTraffickingStrategy.aspx>.

días para las personas que quieren pero no pueden participar en la investigación y procesamiento por razones médicas.<sup>160</sup> Las víctimas de trata también pueden solicitar una visa permanente para la protección de testigos si han “contribuido y cooperado estrechamente con una investigación o un procesamiento relacionados con la trata y estarían en peligro si retornan a su lugar de origen”.<sup>161</sup> Esta visa incluye a los familiares de la víctima que se encuentran en Australia y en el extranjero.<sup>162</sup>

Este requisito de contribuir con la investigación y el procesamiento es problemático. Por ejemplo, en una situación que involucre a una víctima que sufre un severo trauma, quien, por lo tanto, es incapaz de asistir en la investigación y/o el enjuiciamiento, ésta sólo tiene derecho a una visa de duración máxima de noventa días y está excluida por completo del sistema de visa permanente.<sup>163</sup> Por otra parte, la víctima debe obtener un “Certificado de protección de testigos” de la Fiscalía General con el fin de solicitar la visa, lo que plantea interrogantes sobre la objetividad de los procedimientos establecidos para la concesión de este certificado.<sup>164</sup>

Un aspecto positivo del régimen de visas de Australia es el reconocimiento de que los miembros de la familia de la víctima deben ser considerados para su inclusión. Los tratantes a menudo utilizan las amenazas contra la familia de la víctima para tenerla bajo su control<sup>165</sup> y si la víctima teme por la seguridad de su familia, es menos probable que coopere con las autoridades. Sin embargo, en caso de que las amenazas contra miembros de la familia sean serias e inminentes, este proceso de inclusión puede ser demasiado engorroso para mitigar los temores de la víctima.

Italia brinda otro ejemplo de métodos nacionales alternativos de protección para las víctimas de trata. El modelo italiano requiere la admisión a un programa de asistencia antes de poder obtener un permiso de residencia.<sup>166</sup> Para ser admitida en el programa de asistencia una persona debe estar en una situación de violencia o explotación grave y debe estar en peligro como resultado de los intentos de escapar o por declaraciones hechas a las autoridades en el marco de una investigación previa al juicio o durante el contexto de un juicio.<sup>167</sup>

Después de ser admitida al programa de asistencia existen dos métodos para obtener un permiso de residencia que es válido por un período renovable de seis meses.<sup>168</sup> El primero se suscita cuando la víctima está trabajando con las autoridades y el permiso se concede a petición del

---

<sup>160</sup> Ídem.

<sup>161</sup> Ídem.

<sup>162</sup> Ídem.

<sup>163</sup> Ídem.

<sup>164</sup> Ídem.

<sup>165</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *HERRAMIENTAS PARA LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS*, cap. 1.3 (2008), cap. 6.2.

<sup>166</sup> Raffaelli, *supra* nota 155, p. 215.

<sup>167</sup> Ídem.

<sup>168</sup> Ídem, p. 217, ver también el Informe TDP de los EE.UU., *supra* nota 3, p. 168

fiscal.<sup>169</sup> El segundo método es a través de la solicitud de una organización de servicio social que se hace cargo de la víctima a través del programa de asistencia y es independiente del ente acusador.<sup>170</sup>

Al no condicionar el permiso de residencia a la voluntad de cooperar con las autoridades, se sugiere que las víctimas presentan una mayor disposición a participar, después de un oportuno período de descanso y rehabilitación.<sup>171</sup> Este método está más centrado en las víctimas que muchos otros sistemas nacionales que condicionan la protección a la voluntad o la capacidad de colaborar con el enjuiciamiento de los tratantes. Sin embargo, las ONG denuncian que el sistema italiano a veces da lugar al rechazo de permisos de residencia de personas que se niegan a cooperar con las autoridades,<sup>172</sup> generando interrogantes sobre la adecuada aplicación de las disposiciones legales que claramente rechazan esta precondition. El sistema italiano prevé también una forma adicional de protección temporal por tres a seis meses para las víctimas de trata, que incluye la asistencia básica consistente en alimentos, vivienda y atención médica.<sup>173</sup>

Los Estados Unidos promulgaron la Ley de Protección de las Víctimas de la Trata de Personas (TVPA, por su sigla en inglés) en 2000 para hacer frente al problema mundial de la trata de personas.<sup>174</sup> El propósito de la TVPA es “luchar contra la trata de personas, una manifestación contemporánea de esclavitud, cuyas víctimas son en su mayoría mujeres y niños, para garantizar que los tratantes reciban el castigo justo y efectivo y para proteger a sus víctimas.”<sup>175</sup> La TVPA contiene dos formas de protección temporal para las víctimas de formas severas de trata de personas. Una víctima puede solicitar una visa T o recibir la autorización de “presencia continua” del Fiscal General de los Estados Unidos y el Secretario de Seguridad Nacional.<sup>176</sup> La “presencia continua” es la forma más inmediata de protección que una víctima puede recibir y, aunque la rapidez en la obtención de protección es fundamental, este es un estatuto temporal sin opción de obtener la protección permanente.<sup>177</sup>

La TVPA acuerda beneficios y servicios a las víctimas de formas severas de trata de personas, al mismo nivel de las personas a quienes se les ha reconocido la condición de refugiado en los Estados Unidos.<sup>178</sup> Estos beneficios y servicios incluyen asistencia laboral, asistencia limitada de

---

<sup>169</sup> Raffaelli, supra nota 155, p. 216.

<sup>170</sup> Ídem.

<sup>171</sup> Ídem.

<sup>172</sup> Ídem, p. 217.

<sup>173</sup> Ídem. Ver también, Informe sobre TDP de los EE.UU., supra nota 3, 168.

<sup>174</sup> Ley de Protección a las Víctimas de la Trata de Personas del 2000, Pub. L. No. 106-386, 114 Stat. 1466 (codificado como 22 USC § 7101-7110).

<sup>175</sup> 22 USC § 7101 (a).

<sup>176</sup> 22 USC § 7105 (b) (1) (E) (i) (II).

<sup>177</sup> Seltzer, Suzanne; Stewart, Christa; Thukral, Juhu; Tomatore, Suzanne, IDENTIFICACIÓN Y DEFENSA LEGAL DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS (2ª ed., 2005), disponible en inglés en:

<http://www.urbanjustice.org/pdf/publications/IDLegalAdvocacy.pdf>, p. A-3 y A-9

<sup>178</sup> 22 USC § 7105 (b) (1) (A).



atención de salud, enseñanza de idiomas y formación vocacional.<sup>179</sup> Para tener derecho a estos beneficios la persona debe haber sido sometida por medio de la fuerza, el fraude o la coerción con el propósito de realizar un acto sexual comercial o haber sido sometida a servidumbre involuntaria, servidumbre por deudas, peonaje o esclavitud.<sup>180</sup> Además, la persona debe ser menor de dieciocho años o haber recibido certificación de la Secretaria de Salud y Servicios Humanos, en consulta con el Fiscal General de los Estados Unidos y el Secretario de Seguridad Nacional.<sup>181</sup>

El propósito de la certificación es demostrar que la víctima está dispuesta a colaborar en la investigación y juicio por trata de personas o que no puede asistir a causa de un trauma físico o psicológico, y que la víctima ha solicitado la visa T y no ha sido rechazada, o se le ha concedido la “presencia continua” autorizada por el Fiscal General de los Estados Unidos y el Secretario de Seguridad Nacional.<sup>182</sup> El permiso de presencia continua se otorga a discreción del Secretario, previa solicitud de un oficial de policía quien declara que una persona es víctima o testigo potencial.<sup>183</sup> El permiso de presencia continua se otorga inicialmente por un período de un año y puede prorrogarse hasta que la presencia de la víctima se considere necesaria para el procesamiento de los tratantes.<sup>184</sup> En 2008 hubo 239 solicitudes de presencia continua provenientes de agencias de policía federal, de las cuales 225 fueron concedidas.<sup>185</sup>

Para que sea otorgada una visa T se deben cumplir los siguientes elementos: 1) la persona debe ser víctima de una “forma severa de trata de personas” como se define en la TVPA,<sup>186</sup> 2) él o ella debe estar presente físicamente en el territorio de los Estados Unidos, 3) la víctima debe haber “cumplido con cualquier petición razonable” de colaborar en la investigación o juzgamiento de los actos de trata, (o no puede hacerlo debido a un trauma físico o psicológico o tiene menos de dieciocho años) y 4) “sufriría dificultades extremas relacionadas con daños personales extraordinarios y serios si fuera expulsada.”<sup>187</sup> Quien solicita la visa T también puede solicitar la inclusión de ciertos miembros de la familia, incluyendo los familiares que el Secretario, en consulta con los agentes de policía, determine que enfrentarán represalias de los tratantes debido a que la víctima escapó o porque coopera con la fuerza pública.<sup>188</sup>

La visa T es válida por un período de no más de cuatro años,<sup>189</sup> con la posibilidad de solicitar la residencia permanente después de tres años.<sup>190</sup> El número máximo de visas T adjudicadas por año

---

<sup>179</sup> EE.UU. Departamento de Salud y Servicios Humanos, Oficina de Salud y Humanos Servicios Programa de Reasentamiento de Refugiados, disponible en inglés en: <http://www.acf.hhs.gov/programs/orr/benefits/rss.htm>.

<sup>180</sup> 22 USC § 7102 (8).

<sup>181</sup> 22 USC § 7105 (b) (1) (C) (ii).

<sup>182</sup> 22 USC § 7105 (b) (E) (i).

<sup>183</sup> 22 USC § 7105 (c) (3) (A) (i).

<sup>184</sup> 22 USC § 7105 (c) (3) (A) (ii).

<sup>185</sup> Informe sobre trata del Fiscal General de los EE.UU., supra nota 141, p. 33

<sup>186</sup> 22 USC § 7102 (8).

<sup>187</sup> 8 USC § 1101 (a) (15) (T) (i).

<sup>188</sup> 8 USC § 1101 (a) (15) (T) (ii) (III).

<sup>189</sup> 8 USC § 1184 (o) (7).

<sup>190</sup> 8 USC § 1255 (l).

es de 5.000,<sup>191</sup> sin embargo, el número de visas otorgadas está siempre muy por debajo de este límite. En 2008, había 394 solicitudes de visas T de las cuales sólo 247 fueron concedidas.<sup>192</sup> Si bien, esta es la mayor cantidad de visas otorgadas hasta la fecha, esta cifra parece extremadamente baja teniendo en cuenta que el Departamento de Estado de los Estados Unidos estima que entre 14.500 y 17.500 personas son víctimas de trata en los EE.UU. cada año<sup>193</sup>

## Protección temporal

Uno de los principales problemas planteados por los sistemas de visa temporal en la prestación de protección a las víctimas de trata es la obligación de cooperar con la policía. El Protocolo sobre la trata y la TVPA de los Estados Unidos indican que uno de los propósitos principales del marco jurídico es proporcionar protección a las víctimas de trata.<sup>194</sup> En cuanto a la naturaleza sugestiva de las disposiciones sobre protección de las víctimas que figuran en el Protocolo sobre trata,<sup>195</sup> y la conexión entre las medidas de protección y la voluntad de ayudar a la fuerza pública señalada en la TVPA,<sup>196</sup> parece que la protección de las víctimas es secundaria en relación al enjuiciamiento de los tratantes.<sup>197</sup> Muchas víctimas enfrentan reales amenazas de represalias de los tratantes, tanto individualmente como contra sus familiares, haciendo que sea difícil ayudar a la fuerza pública.<sup>198</sup> Por otra parte, después de haber experimentado el trauma de la explotación, las víctimas no están en capacidad de proporcionar la información necesaria para colaborar en los procedimientos penales. Aunque a veces hay excepciones a la obligación de cooperar por razones médicas o psicológicas, como se señala en los sistemas de Australia y Estados Unidos, puede ser difícil para una víctima obtener la documentación necesaria para probar estas excepciones.

La reducción del temor a las represalias contra los familiares es una debilidad muy grave en los sistemas de protección temporal, en particular en lo que se refiere a los requisitos de cooperación con la justicia. Si la víctima tiene un serio temor por la seguridad de su familia, esto afectará

---

<sup>191</sup> 8 USC § 1184 (o) (2).

<sup>192</sup> Informe sobre trata del Fiscal General de los EE.UU., supra nota 141, p. 35.

<sup>193</sup> Srikantiah, Jayashri, *Víctimas perfectas y sobrevivientes reales: La víctima icónica en el derecho interno sobre trata de personas*, 87 B.U.L. Rev. 157 (2007), p. 178

<sup>194</sup> 22 U.S.C. § 7101 (a); Protocolo sobre trata, supra nota 10, art. 2 (b).

<sup>195</sup> Protocolo sobre trata, supra nota 10, art. 6: (1) “Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas... (3) Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas... (5) Cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas...”. [Cursiva agregada].

<sup>196</sup> 8 USC § 1101 (a) (15) (T) (i).

<sup>197</sup> Baker, Katrina Lynne, *No olvide a la familia: Una propuesta para ampliar la protección inmediata a las familias de los sobrevivientes de la trata de personas*, 30 Fordham Int'l LJ 836 (2007), p. 858; Gallagher, supra nota 12, p. 994.

<sup>198</sup> Gallagher, Anna Marie, *Triplemente explotadas: Mujeres víctimas de las redes de trata - Estrategias para buscar protección y estatuto legal en los países de destino*, 19 Geo. Inmigr. LJ 99 (2004), 121; Srikantiah, supra nota 193, p. 181.

potencialmente su decisión de colaborar en la investigación y procesamiento de sus tratantes.<sup>199</sup> Incluso en los sistemas de los Estados Unidos y Australia, donde las víctimas pueden solicitar protección para ciertos miembros de sus familias, la imposibilidad de otorgar protección de manera oportuna y eficiente puede anular los efectos de esta opción. Por ejemplo, si en promedio una solicitud de visa tarda de cuatro a doce meses en ser procesada en los Estados Unidos, los daños inminentes que enfrentan los familiares no serán abordados por este sistema.<sup>200</sup>

El uso de programas de protección de testigos puede paliar varios problemas relacionados con las amenazas contra las víctimas y sus familiares. La Convención DOT de la ONU establece que cada Estado Parte “adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales... así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.”<sup>201</sup> Las medidas consideradas en la Convención incluyen medidas para garantizar “la protección física” incluyendo, en la medida de lo posible, la reubicación, así como métodos para prestar testimonio de modo que se proteja a las víctimas, por ejemplo, aceptando testimonios por videoconferencia.<sup>202</sup>

La ONUDD proporciona orientación sobre buenas prácticas en materia de protección a testigos.<sup>203</sup> En primer lugar, destaca la importancia de distinguir entre la asistencia de testigos y la protección a testigos. La asistencia de testigos se centra principalmente en lograr “un enjuiciamiento eficiente [evitando] la victimización secundaria o revictimización del testigo” mientras que la protección a testigos se centra en situaciones donde “la amenaza contra el testigo es tan grave que la protección y el apoyo no pueden asegurarse de otro modo.”<sup>204</sup> En situaciones relacionadas con el procesamiento de tratantes a pequeña escala, donde hay poca percepción de amenaza contra la víctima en caso de prestar testimonio, puede ser suficiente proporcionar a la víctima asistencia psicológica y práctica, protección policial y/o protección mediante los procedimientos relacionados con el juicio.<sup>205</sup> Puede ser necesario incrementar las medidas en determinadas situaciones donde la amenaza es mayor, como la reubicación temporal o reforzar la protección policial y otras medidas de seguridad.<sup>206</sup> Los casos que involucran grandes redes delictivas pueden requerir que la víctima sea admitida a un programa de protección de testigos y cambiar la identidad y la residencia de la víctima y sus familiares.

---

<sup>199</sup> Srikantiah, supra nota 193, p. 181; Baker, supra nota 197, p. 869.

<sup>200</sup> Baker, supra nota 197, p. 862.

<sup>201</sup> Convención DOT de la ONU, supra nota 10, art. 24.

<sup>202</sup> Ídem, art. 25 (2) (a) - (b).

<sup>203</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada* (2008) [en adelante, Manual de la ONUDD para protección de testigos].

<sup>204</sup> Ídem, pp 32-34.

<sup>205</sup> Ídem, p. 32.

<sup>206</sup> Ídem, pp 34-35.

La ONUDD indica que este tipo de protección puede dar lugar a consecuencias extremas para la víctima y su familia como “restricciones graves de sus libertades personales y derechos individuales fundamentales en cuanto a movimientos, comunicación y trabajo.”<sup>207</sup> Cuando es necesaria la reubicación internacional porque una persona no puede ser trasladada en condiciones seguras dentro del país donde se realizan los procedimientos penales, es posible que deba enfrentar obstáculos lingüísticos, sociales y culturales.<sup>208</sup> Aunque esta puede ser la única opción para brindar protección adecuada a algunas víctimas de trata y sus familiares, la severidad de las restricciones asociadas con los programas de protección de testigos puede generar la revictimización de una persona que ya ha sido objeto de graves violaciones de sus derechos humanos y su dignidad, por lo que debe ser considerada cuidadosamente.

Otro inconveniente en el contexto de los Estados Unidos y Australia, y las jurisdicciones que emplean métodos similares, es el carácter discrecional de la certificación de que una víctima es en realidad una víctima de trata que tiene derecho a asistencia. Cada funcionario tiene su propia idea de cuáles son las características de una víctima de trata y puede tomar determinaciones, basado en esos supuestos, mientras la víctima aún está sufriendo los efectos de su experiencia y no puede ser bastante coherente o capaz de expresar toda la dimensión de su explotación.<sup>209</sup>

Otorgar tanta discrecionalidad a la policía y los funcionarios de inmigración con respecto a la asistencia a las víctimas socava el sistema de protección. Asimismo, incluso en el contexto italiano donde la protección temporal no está condicionada solamente a la voluntad de colaborar con la justicia, existen evidencias de que, en ocasiones, se niega la protección a las víctimas si no demuestran su voluntad de cooperar con la fuerza pública.<sup>210</sup>

Finalmente, las condenas penales, por ejemplo, por delitos relacionados con la prostitución, pueden afectar el derecho de la víctima a permanecer y también a obtener la residencia permanente.<sup>211</sup> El Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos ha publicado directrices para llamar la atención sobre la no penalización de las víctimas de trata por delitos cometidos como resultado directo de haber sido objeto de trata.<sup>212</sup> La TVPA de los Estados Unidos establece que las “víctimas de formas graves de trata no deben ser indebidamente encarceladas, multadas o penalizadas exclusivamente por actos ilegales cometidos como resultado

---

<sup>207</sup> Ídem, p. 86.

<sup>208</sup> Ídem.

<sup>209</sup> Srikantiah, supra nota 193, p. 180

<sup>210</sup> Informe sobre TDP de los EE.UU., supra nota 3, p. 217

<sup>211</sup> Seltzer, Stewart, Thukral, y Tomatore, supra nota 177, p. A-5.

<sup>212</sup> Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social*, Período sustantivo de sesiones de 2002, Doc. ONU. E/2002/68/Add.1 (2002), [en adelante, Principios sobre trata del ACNUDH], Directriz 5.

directo de ser víctimas de trata, como el uso de documentos falsos, el ingreso al país sin documentos o trabajar sin documentación.<sup>213</sup>

La TVPA sugiere que la condena por delitos relacionados con la prostitución como consecuencia de ser víctimas de trata no debe afectar las posibilidades migratorias de la víctima; sin embargo, los juristas en los Estados Unidos indican que no hay garantía de que una condena no dará lugar más tarde a la negación de la residencia permanente o incluso a la negación del permiso de permanencia.<sup>214</sup> En Nueva York, la legislatura estatal ha encarado esta preocupación aprobando un proyecto de ley que eliminará las condenas por prostitución resultantes de la trata con fines de explotación sexual.<sup>215</sup> Esta es una importante evolución y, con suerte, otras jurisdicciones acogerán las sugerencias de la OACNUDH y seguirán el ejemplo de Nueva York.

## Reparación

Independientemente de si la víctima solicita protección a través del asilo, la visa temporal o su repatriación, esta debe tener acceso a los métodos de reparación por el daño que ha sufrido como consecuencia de la trata. El derecho de toda persona a una reparación por las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos se puede encontrar en varios instrumentos internacionales de los derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 6 y Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 14. La Asamblea General de la ONU ha definido a las víctimas de delitos a efectos de la reparación como: “personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.”<sup>216</sup>

Las víctimas de trata sufren graves violaciones de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales, por lo que la Convención DOT de la ONU pide a los Estados miembros establecer “procedimientos adecuados que permitan a las víctimas... obtener indemnización y restitución”<sup>217</sup> y el Protocolo sobre trata señala, además, que “[c]ada Estado Parte velará porque su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de

---

<sup>213</sup> 22 USC § 7.101 (b) (19).

<sup>214</sup> Seltzer, Stewart, Thukral, y Tomatore, supra nota 177, p. A-5.

<sup>215</sup> Proyecto sobre trabajadoras sexuales, *Asamblea del Estado de Nueva York da a víctimas de trata una segunda oportunidad*, comunicado de prensa (16 de junio de 2009), disponible en inglés en: <http://www.sexworkersproject.org/downloads/2009/20090616-swp-vacating-convictions-release.pdf>.

<sup>216</sup> Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, A.G. Res. 40/34, 96ª Reunión plenaria, Doc. ONU. A/RES/40/34 (1985), párr. 1.

<sup>217</sup> Convención DOT de la ONU, supra nota 10, art. 25 (2).

obtener indemnización por los daños sufridos.”<sup>218</sup> Con el fin de proporcionar a las víctimas un acceso adecuado a los recursos, el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos explica que deben ser considerados varios factores. Por ejemplo, los Estados deben informar a las víctimas de trata sobre sus derechos a la reparación y proporcionarles asistencia jurídica y la que sea necesaria para orientarlas en el proceso.<sup>219</sup>

Entre los componentes esenciales para garantizar el acceso a la reparación están las disposiciones para que las víctimas de trata permanezcan en condiciones de seguridad en el país en que se interponga el recurso mientras dure el procedimiento penal, civil o administrativo.<sup>220</sup> La capacidad de una víctima de trata de obtener restitución, compensación u otras formas de reparación por la violación de sus derechos es un componente fundamental de la protección. Si bien, es de cardinal importancia proteger la seguridad física de la víctima, no debe pasarse por alto la facilitación de medios para que comience a sanar y recuperarse de estas graves violaciones.

### **La condición de refugiado y otras formas de protección**

En ocasiones surgen problemas cuando una víctima de trata podría beneficiarse potencialmente tanto de la protección para refugiados como de otra forma de protección temporal o permanente, por ejemplo, una visa por motivos de trata. La tensión entre los objetivos de los entes de justicia de procesar a los perpetradores y los fines humanitarios de protección a las víctimas puede ser más evidente cuando la víctima entra primero en contacto con la policía a través de una investigación por trata de personas. Dentro de la estructura legal de los Estados Unidos, la policía podría preferir retrasar la presentación de la solicitud de la visa T cuando la información esencial para la investigación y acusación de un caso podría ser citada por la defensa, poniendo en peligro el caso.<sup>221</sup> La víctima aún puede recibir un permiso de presencia continua, concedido por la fuerza pública, que le da derecho a prestaciones sociales, laborales y de salud, pero no puede solicitar la protección subsidiaria para los familiares en situación de riesgo sin haber presentado una solicitud para la visa T.<sup>222</sup>

También existe el riesgo de que la víctima no sea informada acerca de sus opciones de solicitar protección mediante la concesión del asilo o de una visa, si entra en el sistema por una investigación penal. Además, pueden surgir problemas con los plazos para la presentación de la solicitud de asilo. En los Estados Unidos existe una excepción legal al plazo de un año para aplicar si el solicitante ha tenido un “Estatuto de protección temporal” por un “plazo razonable antes de la presentación de la solicitud de asilo.”<sup>223</sup> No está claro bajo qué circunstancias se

---

<sup>218</sup> Protocolo sobre trata, supra nota 10, art. 6 (6).

<sup>219</sup> Principios sobre trata del ACNUDH, supra nota 212, Directriz 9 (1) - (2).

<sup>220</sup> Ídem, Directriz 9 (3).

<sup>221</sup> Seltzer, Stewart, Thukral, y Tomatore, supra nota 177, A-5.

<sup>222</sup> Ídem, pp A-6 y A-7.

<sup>223</sup> 8 USC § 1208 (a) (5) (iv).

aplicaría esta excepción. Además, el solicitante tiene la carga de probar que la excepción es razonable bajo esas circunstancias.<sup>224</sup> Esta clase de excepción es valiosa para garantizar que a la víctima no se le niegue la necesaria protección del asilo en razón de su colaboración en materia penal, pero sólo puede ser aplicable en determinadas situaciones.

Probablemente, la mejor decisión para una víctima es aplicar a todas las opciones de protección disponibles para aumentar sus posibilidades de recibir una protección efectiva, aunque la posibilidad de aplicaciones múltiples y simultáneas pueda variar según la jurisdicción. Existen ventajas e inconvenientes asociados tanto con la protección que otorga la visa temporal como con la protección del asilo. Como se indica en el análisis anterior, uno de los mayores problemas con la protección de la visa es la naturaleza temporal de la protección. Aunque algunos marcos de visa temporal ofrecen la opción de solicitar la residencia permanente con posterioridad, se debe considerar la posibilidad de que la víctima recibirá protección por tiempo limitado. La condición de refugiado, por el contrario, se centra en proporcionar soluciones sostenibles a las amenazas de persecución. Esto significa que la protección no cesará a menos que la amenaza de persecución haya dejado de existir.<sup>225</sup>

El reconocimiento de la condición de refugiado también significaría que la víctima puede solicitar un estatuto permanente antes, es decir que podría empezar a trabajar para reconstruir su vida sin temor a ser obligada a trasladarse. En el marco jurídico del asilo en los Estados Unidos, una persona puede tener derecho a solicitar la residencia permanente después de un año,<sup>226</sup> mientras que en el marco del régimen de la visa T, la víctima no tiene derecho a solicitar el estatuto permanente hasta tres años después de la concesión de la visa, y sólo si la víctima habiendo cumplido con las peticiones de colaboración de la fuerza pública, “sufriría extremas dificultades” si fuera expulsada de los Estados Unidos o fuera menor de 18 años en el momento de la victimización.<sup>227</sup> Finalmente, la concesión de la protección del asilo sólo depende de la necesidad de protección de la víctima y no de su voluntad de cooperar con la fuerza pública.

Sin embargo, el análisis anterior ilustra la reticencia de los Estados a reconocer a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual como una categoría dentro de la definición de refugiado. Por lo tanto, la probabilidad de que estas mujeres obtengan la protección del asilo disminuye significativamente. Los pros y contras de la protección como refugiado y de las estructuras de visas temporales ponen de manifiesto la necesidad de asegurarse de que las víctimas de trata están adecuadamente informadas de todas las opciones disponibles para garantizar el apropiado respeto de sus derechos.

---

<sup>224</sup> 8 USC § 1208 (a) (5)

<sup>225</sup> El Manual del ACNUR establece que la cesación de la protección a los refugiados a causa del cambio en las circunstancias del país donde se temía la persecución debe interpretarse de forma restrictiva. Manual del ACNUR, supra nota 24, párrs.112 y 116; ver también la Convención de 1951, supra nota 82, art. 1C (5) - (6).

<sup>226</sup> 8 USC 1159 (b) (2).

<sup>227</sup> 8 USC § 1255 (1) (1).

## **Conclusión**

Si bien es difícil proporcionar un número exacto de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual, no hay duda de que las estimaciones son muy significativas. A la luz de la gran cantidad de víctimas y las graves violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales asociadas a este delito, es esencial garantizar que tanto los marcos legales nacionales como internacionales proporcionan suficientes medidas de protección a estas personas.

Los métodos existentes para identificar a las víctimas de la trata y referirlas a los procedimientos de protección son muy deficientes, tanto en las estructuras legales nacionales como internacionales. La falta de capacitación, directrices y protocolos para los funcionarios estatales que con más frecuencia entran en contacto con las víctimas de trata hace que la legislación sobre protección de las víctimas sea ineficaz. La ley más completa servirá de poco si los responsables de hacerla cumplir no están suficientemente informados.

En el contexto de la trata existe una tensión entre la protección de las víctimas y el procesamiento penal de los tratantes. El requisito de participación de las víctimas en materia fiscal, que se encuentra en muchos sistemas nacionales de protección temporal, como condición para la recepción de protección, es problemático. La colaboración de las víctimas para obtener las pruebas necesarias para condenar a los tratantes es, sin duda, fundamental; sin embargo, el carácter condicional de la relación entre la protección y el papel de la víctima en la investigación y el enjuiciamiento de los tratantes es desconcertante.

Poner mayor énfasis en la necesidad de aplicar la ley para llevar a los tratantes ante la justicia, sobre las necesidades de la víctima, provoca la exacerbación de las ya profundas violaciones de los derechos humanos sufridas por las víctimas de trata. Por otra parte, la conexión entre el procesamiento de los tratantes y las disposiciones para la protección de las víctimas puede resultar en la cesación de la protección de la víctima antes de que la necesidad de protección haya sido eliminada.

A diferencia de la mayoría de visas temporales por trata, el derecho de asilo se basa exclusivamente en la necesidad de protección de un individuo. Bajo la legislación de asilo, una vez que un individuo es reconocido como refugiado, la prestación de la protección terminará cuando ya no esté justificada por las circunstancias. La protección conferida a los refugiados no está condicionada a su capacidad o voluntad de colaborar con la justicia, sin embargo, esto no significa que la protección que ofrece el asilo sea suficiente para las mujeres víctimas de trata.

A pesar de que el ACNUR ha reconocido el sexo como una característica definitoria de un determinado grupo social en virtud de la Convención de 1951, además de la adopción de directrices de género por varias jurisdicciones nacionales, quienes examinan las solicitudes continúan luchando contra la idea de que las mujeres pueden constituir un determinado grupo



social a los efectos de las determinaciones de la condición de refugiado. La tesis que sostiene que la inclusión de las mujeres dentro de esta categoría haría que, de alguna manera, la condición de refugiado fuera aplicable a todas las mujeres carece de fundamento. Esto sería comparable a afirmar que la inclusión de los católicos en la categoría de la religión daría lugar a la elegibilidad de todos los católicos a la protección de refugiados.

Este argumento desconoce los elementos adicionales que un individuo debe superar para calificar como refugiado, incluyendo la demostración de un temor fundado de persecución por causa de uno de los motivos de protección y la falta de protección del Estado. Por otra parte, aunque algunas jurisdicciones han reconocido a las mujeres víctimas de trata como refugiadas, muchas decisiones no identifican el nexo necesario entre grupo social y persecución. Esto se debe a una combinación de falta de voluntad para reconocer el género como motivo de persecución y las ideas equivocadas sobre los hechos constitutivos de la persecución.

Quienes examinan las solicitudes clasifican la persecución que sufren las mujeres en el contexto de la trata como delitos contra la persona que no equivalen a persecución por razón de las características protegidas. En este sentido, es preocupante ver que se crean obstáculos adicionales para las mujeres que alegan persecución por motivos de género, los cuales no enfrentan los individuos que alegan persecución por otros motivos, por ejemplo, el requisito del Reino Unido de discriminación generalizada en los casos de persecución por motivos de género. Mientras las mujeres sigan siendo objetivo de los tratantes, sean forzadas o coaccionadas a entrar en situaciones de explotación sexual y estén sujetas a la ausencia de protección del Estado, la comunidad internacional debe asumir la responsabilidad de garantizar que los derechos humanos de estas mujeres sean protegidos.

También es fundamental abordar la relación entre la protección de los refugiados y otras formas de protección. El enfoque primordial de los funcionarios del Estado en el procesamiento penal de los tratantes tiene el efecto de canalizar a las víctimas hacia los sistemas de protección temporal, ofreciendo poca o ninguna opción de protección permanente. Por otra parte, la víctima puede no estar lo suficientemente informada sobre su posibilidad de solicitar asilo cuando su primer contacto son los funcionarios del Estado en el contexto del procesamiento penal. Esto también puede generar que la víctima no pueda cumplir los plazos requeridos para solicitar la protección del asilo. Proporcionar a las víctimas la información y los medios para obtener la protección adecuada es de vital importancia para garantizar su capacidad de tomar decisiones informadas.

El análisis anterior demuestra que son necesarios marcos jurídicos nacionales e internacionales más comprehensivos. Por otra parte, los funcionarios del Estado deben recibir una formación más amplia con respecto a los requisitos para la identificación y protección de las víctimas de trata, especialmente los funcionarios con más probabilidades de tener el primer contacto con las víctimas. Los Estados también deben adoptar un papel más activo en la provisión de orientación a quienes resuelven las solicitudes de asilo para garantizar la correcta aplicación de la Convención

de 1951, teniendo en cuenta las directrices de interpretación proporcionadas por el ACNUR. Esto es decisivo si el marco de asilo quiere mantener su posición de protector de los individuos que sufren violaciones de sus derechos humanos en situaciones de insuficiente protección del Estado. Es cierto que la erradicación de la trata de seres humanos es de primordial importancia, pero mientras el delito exista, existirán las víctimas, y la protección de aquellas víctimas debe ser de suma importancia.

## REFERENCIAS

### *Artículos, libros e informes*

Aleinikoff, Alexander, *Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de 'pertenencia a un determinado grupo social'*, en PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, (Erika Feller, Volker Türk y Frances Nicholson ed., 2010).

Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social, Período sustantivo de sesiones de 2002, Doc. ONU. E/2002/68/Add.1 (2002).*

Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata, HCR/GIP/06/07 (7 de abril de 2006).*

Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, HCR/GIP/02/01 (7 de mayo de 2002).*

Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados, *Directrices sobre Protección Internacional: "Pertenencia a un determinado grupo social" en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 HCR/GIP/02/02 (7 de mayo de 2002).*

Baker, Lynne Katrina, Baker, Katrina Lynne, *No olvide a la familia: Una propuesta para ampliar la protección inmediata a las familias de los sobrevivientes de la trata de personas, 30 Fordham Int'l LJ 836 (2007).*

Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, 56ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Doc. ONU. E/CN.4/2000/68, (29 de febrero de 2000).*

Departamento de Estado de los EE.UU., *INFORME SOBRE TRATA DE PERSONAS, (junio de 2009).*

Departamento de Justicia de los EE.UU., *Cinco condenados por obligar a niñas y mujeres de Guatemala a trabajar como prostitutas en Los Ángeles*, comunicado de prensa, (18 de agosto de 2009), disponible en inglés en:  
[www.justice.gov/opa/pr/2009/August/09-crt-812.html](http://www.justice.gov/opa/pr/2009/August/09-crt-812.html).

Departamento de Justicia de los EE.UU., *Informe anual del Fiscal General al Congreso y evaluación de las actividades gubernamentales de los EE.UU en la lucha contra la trata de personas*, (junio de 2009), disponible en inglés en:  
<http://www.state.gov/g/tip/rls/reports/2009/125631.htm>.

Gallagher, Anna Marie, *Triplemente explotadas: Mujeres víctimas de las redes de trata - Estrategias para buscar protección y estatuto legal en los países de destino*, 19 Geo. Immigr. LJ 99, (2004).

Gallagher, Anne, *Derechos humanos y los nuevos Protocolos de la ONU sobre trata y tráfico de migrantes: Un análisis preliminar*, 23 Hum. Rts. Q. 975, (2001).

Goodwin-Gill, Guy S. & McAdam, Jane, *LOS REFUGIADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL*, 201, (3ª ed. 2007)

Knight, Stephen, *Asilo por trata de personas: El incumplimiento de la protección*, Immigration Briefings, (julio de 2007), disponible en inglés en:  
[http://cgrs.uchastings.edu/documents/cgrs/advisories/Knight %20ImmigBriefings Trafficking A sylum.pdf](http://cgrs.uchastings.edu/documents/cgrs/advisories/Knight_%20ImmigBriefings_Trafficking_A_sylum.pdf)

Musalo, Karen, *Más allá de la pertenencia: Desafiando los límites de la nacionalidad: Revisión del grupo social y el nexa en las solicitudes de asilo por motivos de género: Un fundamento para la unificación de la jurisprudencia en evolución*, 52 Paul L. Rev 777, (2003).

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *MANUAL SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS PARA PROFESIONALES DE LA JUSTICIA PENAL*, (2009).

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *HERRAMIENTAS PARA LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS*, (2008).

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *INFORME MUNDIAL SOBRE LA TRATA DE PERSONAS*, (febrero de 2009).

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guarden relación con la delincuencia organizada*, (2008).

Organización Internacional del Trabajo, DEMOS UNA OPORTUNIDAD A LAS NIÑAS - LUCHAR CONTRA EL TRABAJO INFANTIL: UNA CLAVE PARA EL FUTURO, (2009).

Organización Internacional del Trabajo, *El costo de la coacción, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, (Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª Reunión de 2009, Informe I (B)).

Organización Internacional para las Migraciones, MANUAL DE ASISTENCIA DIRECTA A LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA DE LA OIM, (2007).

Proyecto sobre trabajadoras sexuales, *Asamblea del Estado de Nueva York da a víctimas de trata una segunda oportunidad*, comunicado de prensa (16 de junio de 2009), disponible en inglés en: [www.sexworkersproject.org/downloads/2009/20090616-swp-vacating-convictions-release.pdf](http://www.sexworkersproject.org/downloads/2009/20090616-swp-vacating-convictions-release.pdf).

Raffaelli, Rosa, *El enfoque europeo para la protección de las víctimas de trata: El Convenio del Consejo de Europa, la Directiva de la UE y la experiencia italiana*, 10 German Law Journal 205, (2009).

Saito, Kaori, *Protección internacional de las víctimas de trata y quienes temen ser víctimas de trata*, Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados, Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas, Informe de investigación No. 149, (2007).

Seltzer, Suzanne; Stewart, Christa; Thukral, Juhu; Tomatore, Suzanne, IDENTIFICACIÓN Y DEFENSA LEGAL DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS, (2ª ed., 2005), disponible en inglés en: [www.urbanjustice.org/pdf/publications/IDLegalAdvocacy.pdf](http://www.urbanjustice.org/pdf/publications/IDLegalAdvocacy.pdf).

Srikantiah, Jayashri, *Víctimas perfectas y sobrevivientes reales: La víctima icónica en el derecho interno sobre trata de personas*, 87 B.U.L. Rev. 157, (2007).

#### *Convenios internacionales y legislaciones estatales*

Australia, Ministerio de Inmigración y Asuntos Multiculturales, *Refugiados y solicitantes de visa humanitaria: Directrices sobre cuestiones de género para quienes toman decisiones* (julio de 1996), disponible en inglés en: [http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/guidelines\\_aust.pdf](http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/guidelines_aust.pdf).

Canadá, Junta de Inmigración y Refugiados, *Directriz 4: Mujeres solicitantes de asilo que temen persecución por motivos de género*, (13 de noviembre de 1996), disponible en inglés en: [www.irb-cisr.gc.ca/Eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/women.aspx](http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/women.aspx).

Consejo de Europa, Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Serie de tratados del Consejo de Europa No. 197 (16 de mayo de 2005).

EE.UU., Ley de Inmigración y Nacionalidad, (INA), 66 Stat. 163, cap. 477 (27 de junio de 1951), (codificada como 8 U.S.C. §§ 1101-1537).

EE.UU., Ley Protección de las Víctimas de Trata, 2000, Pub. L. No. 106-386, 114 Stat. 1466 (codificada como 22 USC §§ 7101-7110).

EE.UU., Oficina de Ciudadanía y Servicios Migratorios, *Consideraciones para los funcionarios encargados de examinar solicitudes de asilo de mujeres*, 26 de mayo de 1995, disponible en inglés en:

[www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b31e7.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b31e7.html).

EE.UU., Servicio de Ciudadanía e Inmigración, Departamento de Seguridad Nacional, *Ajuste de estatus a la residencia legal permanente para extranjeros con estatus de no migrantes T o U*, DHS Docket No. USCIS-2006-0067, disponible en inglés en:

[www.uscis.gov/files/nativedocuments/T%20and%20U%20Interim%20Final%20Rule.pdf](http://www.uscis.gov/files/nativedocuments/T%20and%20U%20Interim%20Final%20Rule.pdf).

OIT, Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, 320 UNTS 292, (25 de junio de 1957).

OIT, Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 39 UNTS 55, (28 de junio de 1930).

ONU, Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, AG. Sesión 55<sup>a</sup>. Anexo 1, Tema 105 del programa, Doc. ONU. A/55/383, 2225 UNTS. 275, (2000).

ONU, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1465 UNTS. 113, (10 de diciembre 1984).

ONU, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 189 UNTS 150, (28 de julio 1951).

ONU, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1249 UNTS. 14, (18 de diciembre 1979).

ONU, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, A.G. Res. 40/34, 96<sup>a</sup> Reunión plenaria, Doc. ONU. A/RES/40/34 (1985).

ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, AG. Res. 217A, 3. UN GAOR, Sup. No. 16, Doc. ONU A/810 (1948).

ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, AG. Res. 2200A (XXI), 21 UN GAOR Sup. Doc. ONU A/6316, 999 UNTS 171, (1966).

ONU, Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, AG. Res. 55/25, ONU, Ses 55ª, Anexo III, Doc. ONU A/55/383, (2000).

ONU, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, AG Res. 55/25, Sesión 55ª, Anexo II. Doc. ONU A/RES/55/25 (2001).

ONU, Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 606 UNTS 267, (30 de enero de 1967).

Reino Unido, Tribunal de Apelación de Inmigración, *Directrices sobre asilo y género* (noviembre de 2000), disponible en inglés en:

[http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/gender\\_guidelines/UK\\_guidelines.pdf](http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/gender_guidelines/UK_guidelines.pdf)

#### *Casos nacionales*

*Asunto D-V-*, 21 I. & N. Dec.77 (BIA 1993).

*Asunto Kasinga*, 21 I. y N. Dec. 357 (BIA 1996).

*Canadá (Fiscal General) contra Ward*, 2 S.C.R. 689 (1993).

*Caso Acosta*, 19 I. & N., Dec. 221 (BIA 1985).

*Celaj contra González*, 186 Fed.Appx. 44 (2º Cir. 2006).

*Fatin contra INS*, 12 F.3d 1233 (3º Cir. 1993).

*Gómez contra INS*, 947 F.2d 660 (2º Cir. 1991).

*Hernández-Montiel contra INS*, 225 F.3d 1084 (9º Cir. 2000).

*INS contra Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987).

*Islam (A.P.) contra el Secretario de Estado del Ministerio del Interior; R. contra Tribunal de Apelación sobre Inmigración y Otro, ex parte Shah (A.P.)*, [1999] 2 AC 629.

*K contra Secretario de Estado del Ministerio del Interior; Fornah contra Secretario de Estado del Ministerio del Interior*, [2007] 1 A.C. 412.

*Klawitter contra INS*, 970 F. 2d 149 (6° Cir. 1992).

*Mohammed contra González*, 400 F.3d 785 (9° Cir. 2005).

*Rodríguez Rivera contra INS*, 848 F.2d 998 (9° Cir. 1988).

*Rreshpja contra González*, 420 F.3d 551 (6° Cir. 2005).

*Sánchez Trujillo contra INS*, 801 F.2d 1571 (9° Cir. 1986).

*SB (Moldavia) contra el Secretario de Estado del Ministerio del Interior*, CG [2008] UKAIT 00002 (26 de noviembre de 2007).

*Solicitante A y Otro contra el Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos*, 190 CLR 225 (1997).

*Solicitante S contra el Ministro de Inmigración y Asuntos Étnicos*, [2004] HCA 25, Australia: Tribunal Superior, 27 de mayo de 2004.

*VXAJ contra el Ministro de Inmigración y Otro*, [2006] FMCA 234 (20 de abril de 2006).

#### *Sitios web*

EE.UU. Departamento de Salud y Servicios Humanos, Oficina de Reasentamiento de Refugiados, sitio web, en inglés:

<http://www.acf.hhs.gov/programs/orr/benefits/rss.htm>.

Gobierno de Australia, Estrategia para luchar contra la trata de personas, página web, en inglés:

<http://www.facs.gov.au/sa/women/progserv/violence/Pages/AntiPeopleTraffickingStrategy.aspx>.

Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito, sitio web, preguntas frecuentes sobre la trata de personas, en inglés:

<http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/faqs.html>.

Organización Internacional del Trabajo, página web, Trabajo forzoso:

<http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang--es/index.htm>.

Polaris Project, sitio web, en inglés: <http://www.polarisproject.org/content/view/26/47/>