



# EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología  
San Sebastián, N.º 7 Extraordinario. Diciembre 1994.

## Coloquio Internacional

### “Movimientos de Población, Integración Cultural y paz”

<b>Presentación. A. Beristain.</b> Universitas Fraternitatis .....	11	
<b>Acto de Apertura</b>		
• <b>G. Picca.</b> Objectifs du Centre International .....	31	
• <b>F. Mayor Zaragoza.</b> Mensaje del Director General de la Unesco .....	35	
• <b>G. Suárez Pertierra.</b> Mensaje del Ministro de Educación .....	37	
• <b>J. R. Recalde.</b> Minorías, pulsiones sociales y orden público .....	39	
• <b>A. Giménez Pericás.</b> Migraciones forzadas .....	45	
• <b>Mª de la Luz Lima.</b> La situación en Latinoamérica .....	49	
• <b>E. Neuman.</b> Inmigración en el propio país .....	73	
• <b>E. Raúl Zaffaroni.</b> Minorías y poder punitivo .....	83	
• <b>J. M. de Araujo.</b> Controle e reação social no Brasil .....	95	
• <b>R. Cario.</b> La réaction sociale en France .....	107	
• <b>J. Castaignède.</b> Le droit d'asile .....	119	
• <b>E. Giménez-Salinas.</b> Extranjeros en prisión .....	133	
• <b>Tony Peters.</b> La situación belga .....	147	
• <b>A. Beristain.</b> Reflexiones criminológicas .....	163	
• <b>J. L. Manzanares.</b> Movimientos de población .....	191	
• <b>Mª J. Conde.</b> Movimientos de población y DD. HH. ....	203	
• <b>M. Fernández.</b> Emigración transcultural de la paz .....	205	
• <b>E. Ruiz Vadillo.</b> Nuevas culturas respetuosas .....	215	
<b>Conferencia Solemne. J. A. Ardanza.</b> Integración cultural y paz ..		231
• <b>A. Messuti.</b> El refugiado sujeto de derecho .....	241	
• <b>J. Sugrañes.</b> Un mundo de refugiados: Africa .....	249	
<b>Acto de Clausura</b>		
• <b>F. Buesa.</b> Movimientos de población y conciencia social .....	261	
• <b>J. L. de la Cuesta.</b> Relación general .....	275	
<b>Anexos</b>		
• <b>Declaración de San Sebastián</b> .....	289	
• <b>Naciones Unidas.</b> Programa de Acción de Viena .....	291	
• <b>Consejo de Europa.</b> Declaration de Vienne .....	321	
• <b>Informe Cires (marzo 1994)</b> .....	333	

EGUZKILORE

Número Extraordinario 7.

San Sebastián

Diciembre 1994

241-247

## EL REFUGIADO COMO SUJETO DE DERECHO: REFLEXIONES CRIMINOLOGICAS

Prof<sup>a</sup>. D<sup>a</sup>. Ana MESSUTI

*Asociación Americana de Juristas  
Ginebra*

**Resumen:** A la luz de los instrumentos internacionales se estudia la figura del refugiado como sujeto de derecho y se analiza la situación de victimación en la que se encuentra, realizando además una reflexión criminológica sobre el tema.

**Laburpena:** Nazioarteko tresnetatik abiatuz, errefuxiatuaren irudia ikertzen da, zuzenbide pertsona bezala kontutan hartuz; halaber, kriminologiko gogoeta bat eginez, honek daukan biktimazio egoera aztertzen da.

**Résumé:** En partant des instruments internationaux on étudie la personne du réfugié comme sujet de droit et on analyse la situation de victimisation où il se trouve en réalisant en plus une réflexion criminologique du sujet.

**Summary:** From international instruments, refugee's figure is studied as subject of rights, and the victimization situation he must suffer is analysed with a criminological reflexion.

**Palabras clave:** Movimientos de población, Refugiado, Victimación, Derechos humanos.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Biztanlego mugimenduak, Errefuxiatu, Biktimazio, Giza eskubideak.

**Mots clef:** Mouvements de population, Réfugié, Victimisation, Droits de l'homme.

**Key words:** Population movements, Refugee, Victimization, Human rights.

Al plantearnos como tema el sujeto de derecho, en este caso particular el refugiado, debemos recurrir en primera instancia a la norma jurídica que lo define. Es decir, debemos preguntarnos qué significa para el Derecho el término "refugiado". La definición que contiene la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que entró en vigor el 22 de abril de 1954, no es clara, pues se remite a diversos instrumentos internacionales y tiene en cuenta determinados acontecimientos históricos que limitan considerablemente su ámbito de aplicación (por ese motivo fue necesario el Protocolo del 4 de octubre de 1967). No obstante, hay algunos elementos que permiten configurar a este sujeto de derecho.

En el párrafo 2 del artículo 1 titulado "Definición del término 'refugiado'" se habla de una persona que "debido a fundados motivos de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país...".

Para tener un perfil más nítido de este sujeto de derecho conviene considerar las características de la relación entre el Estado que acoge al refugiado y éste, que será para ese Estado su "nuevo sujeto de derecho".

Hay tres niveles en las obligaciones que tiene el Estado frente al refugiado. En algunas esferas puede otorgarle el mismo trato que otorga a los extranjeros en general. En otras, puede otorgarle el mismo trato que otorga a sus propios nacionales. Por último, puede otorgarle el trato más favorable posible.

Estos tres niveles de obligaciones en cuanto al trato se basan en diversas disposiciones cuyos títulos también son indicativos del tipo de sujeto de derecho que contempla la Convención. Por ejemplo: Religión (artículo 4); Bienes muebles e inmuebles (artículo 13); Derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 14); Derecho de asociación (artículo 15); Acceso a los tribunales (artículo 16); Vivienda (artículo 21); Educación pública (artículo 22), etc.

Al preverse el reconocimiento de ese tipo de derechos se prevé un sujeto en condiciones de ejercerlos. Es decir, que una vez establecidas por el ordenamiento jurídico las condiciones de ejercicio, nada se opondría a que el sujeto ejerciera efectivamente sus derechos. De las disposiciones citadas y de las demás se deduce que el refugiado se encontraría en la misma situación que el nacional, en cuanto al desenvolvimiento de la vida de un ciudadano normal.

Hay una obligación del Estado, sin embargo, que ensombrece esa descripción bastante favorable de la situación del refugiado. Está prevista en el artículo 33: "Prohibición de expulsión y de devolución (Refoulement)". "Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre...". Esta sería aparentemente, conforme a la Convención, la única espada de Damocles que pendería sobre la cabeza del refugiado: la posibilidad de que el Estado que lo ha acogido lo expulse o devuelva. Además, de ese párrafo se podría deducir que dentro del territorio de ese Estado ni la vida ni la libertad del refugiado están en peligro.

## SITUACION DEL REFUGIADO SEGUN RECIENTES DISPOSICIONES INTERNACIONALES

El Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en su 44<sup>º</sup> período de sesiones (4 a 8 de octubre de 1993)<sup>1</sup>, adoptó una conclusión sobre la protección internacional. En la parte titulada "Seguridad personal de los refugiados" expresa "su profunda preocupación por los informes sobre la alarmante frecuencia de incidentes en que refugiados y solicitantes de asilo, incluso mujeres y niños, se ven sometidos a violencias y malos tratos, incluso asesinatos, torturas, ataques militares o armados, violaciones, golpizas, intimidación, reclutamiento forzoso y condiciones arbitrarias o inhumanas de detención". Y en el párrafo siguiente reafirma la responsabilidad de los Estados "en cuanto a respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales de los refugiados y los solicitantes de asilo con respecto a la vida, la libertad y la seguridad personal, así como el derecho a no ser sometido a tortura y a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

La tercera parte de la misma conclusión se titula "Protección de los refugiados y violencia sexual". Bastan estas disposiciones como ejemplo de la preocupación central del órgano de las Naciones Unidas que se ocupa del sujeto de derecho "refugiado". No se trata sólo de reconocer a los refugiados una condición jurídica que les permita el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos a los nacionales del Estado o a los otros extranjeros. La situación que describe esta disposición es una situación de peligro, una situación en la que no está en juego el ejercicio de derechos propios del ciudadano, sino la misma supervivencia y defensa de la integridad física del individuo.

Por ello se habla de la responsabilidad de los Estados de garantizar los derechos humanos fundamentales: la vida, la libertad y la seguridad personal.

Es evidente la enorme diferencia que hay entre la situación del sujeto de derecho perfilada en la Convención y la situación tal como está reconocida actualmente en esta conclusión.

## LA SITUACION DEL REFUGIADO COMO SITUACION VICTIMOGENA

En la Convención del 51 se reconoce en parte la situación de victimización en la que se encuentra el refugiado desde el momento en que se reconoce que se ha visto obligado a buscar la protección de otro Estado que no es el de su nacionalidad. Como hemos visto, esa situación de victimización<sup>2</sup> ahora se ha agravado notablemente. El refugiado no sólo corre peligro en el país de su nacionalidad sino en el país que le da refugio. Cabe explicar esta última situación por la capacidad que tienen las

---

1. A/AC.96/821, p. 12. Naciones Unidas.

2. RODRIGUEZ MANZANERA, Luis: *Victimología, Estudio de la víctima*. México, 1990, pp. 72 y ss.

situaciones de victimización de atraer ulteriores hechos o actos victimizantes. A esta característica cabe denominarla "característica victimógena" de la situación de victimización, en el sentido de que genera una agravación de la situación de la víctima. En lo que respecta a los refugiados, no sólo es la particular vulnerabilidad propia de todo perseguido o persona en busca de protección la que atrae la victimización. Existe un criterio de selección victimaria, en principio transcultural, que sería la "anormalidad". Cuanto más se aleja el individuo del estatuto social común, más aumentan los riesgos de persecución. ¿Y qué anormalidad social más evidente que la no pertenencia al grupo? "Il n'y a guère de sociétés qui ne soumettent pas leurs minorités, tous leurs groupes mal intégrés ou même simplement distincts, à certaines formes de discrimination sinon de persécution"<sup>3</sup>.

El refugiado se encuentra en una situación de victimización, pero a la vez en una situación victimógena. Y esta capacidad de engendrar nuevos hechos o actos victimizantes no se detiene en una primera instancia sino que supone una escala de victimizaciones creciente. Así lo demuestran algunos documentos donde se describen casos de mujeres violadas que son segregadas del grupo al que pertenecen (precisamente ante el temor de la segregación no denuncian la violación). Es decir: son víctimas de la persecución que las llevó a otro país en busca de refugio, allí son víctimas de violación, y vuelven a ser víctimas de sus propios familiares al sufrir la segregación<sup>4</sup>. Son estas consideraciones indispensables para configurar al sujeto de derecho "refugiado" en cualquier instrumento jurídico a él destinado.

## CONFIGURACION DEL SUJETO DE DERECHO

Si la configuración jurídica del sujeto de derecho no tiene base alguna en la realidad, el ordenamiento configurará un sujeto que sólo existe en el plano normativo. Todas las relaciones que atribuya a ese sujeto, expresadas en derechos y obligaciones, serán tan irreales como el sujeto imaginado.

La configuración del sujeto supone el reconocimiento de la situación en la que se encuentra. Sin ese reconocimiento caeríamos víctimas de aquello que Paul Amselek califica como el mayor flagelo que amenaza a la teoría tanto en el ámbito del derecho como en cualquier otro ámbito de investigación: la insuficiencia de bases ontológicas. Esta actitud, agrega, lleva a la teoría hacia el irrealismo, para no hablar de extravagancia de pensamiento y delirio verbal<sup>5</sup>. Y se está refiriendo a la teoría... cuánto más grave si es la norma jurídica misma la que adolece de "extravagancia" y "delirio verbal".

3. GIRARD, René: *Le Bouc emissaire*. París, 1982, pp. 30 y 31.

4. Véase, por ejemplo, CARRINGTON, U. *Counselling Indochinese refugee women rape survivors*. *Journal of Vietnamese Studies*, vol. 5. Melbourne (Australia), 1992, pp. 85 a 94.

5. AMSELEK, Paul: "Ontología del diritto e logica giuridica", *Diritto e cultura. Archivio di filosofia e sociologia*. Edizione Scientifiche Italiane, anno III, N° 1. Napoli, 1993, pp. 59 y ss.

Porque las normas jurídicas no son simplemente pensamiento enunciado, sino instrumentos mentales de un tipo particular, elaborados, utilizados y aplicados en determinado contexto histórico-social. Y en su calidad de instrumentos deben cumplir la finalidad que se les ha asignado, es decir, indicar a quienes se dirigen el margen de sus posibilidades de acción. En este sentido son instrumentos de guía y dirección de la conducta humana<sup>6</sup>.

Las normas jurídicas se dirigen al individuo de carne y hueso, que precisamente por ser el destinatario de las mismas se transforma en sujeto de derecho, y deben tener en cuenta todos los datos de la situación en que ese individuo se encuentra en la realidad.

Refiriéndose al ordenamiento jurídico positivo, Sergio Cotta señala: "La loro architettura normativa portante mostra invero ampiamente che il soggetto giuridico non è affatto una costruzione "artificiale" dell "imperatore" kelseniano, bensì ha il suo fondamento in un soggetto "reale" ..."7.

La preocupación del logicismo kelseniano por separar netamente el "ser" del "deber ser" ve en las normas simples secuencias del pensamiento discursivo; en ese marco no se plantea el problema de la correspondencia entre el sujeto de derecho y el individuo que lo debería "encarnar" en la realidad, dado que el sujeto recibe su juridicidad del ordenamiento, es decir, es sujeto en tanto construcción jurídica creada por la ciencia jurídica.

Pero el problema no deja de existir porque no se haya planteado. Tal vez sea el problema básico en el sentido literal, es decir, el problema sobre cuya base deberían ir resolviéndose los demás problemas de la ciencia y la teoría del derecho.

En el caso de los refugiados la diferencia entre el sujeto previsto en la Convención del 51 y el individuo real, el refugiado de carne y hueso, tiene una consecuencia inmediata: la necesidad de establecer otro tipo de obligaciones para el Estado huésped. Ya no se trata de garantizar a los refugiados un trato más o menos semejante al que otorga a sus propios nacionales. Le incumbe una obligación mucho más primaria y elemental: brindarles una protección que seguramente sus propios nacionales u otros extranjeros no necesiten. Garantizarles, en forma inmediata y eficaz, los derechos humanos fundamentales.

Cabe así deducir cuán lejos está de ser una mera disquisición de la filosofía o de la teoría general del derecho la configuración del sujeto de derecho.

## REFLEXIONES CRIMINOLOGICAS

En el ámbito criminológico no podemos pasar por alto una observación formulada en uno de los documentos citados: "As a relief official told Africa Watch, one

---

6. Ibidem, p. 62.

7. COTTA, Sergio: "Soggetto di diritto". *Enciclopedia del Diritto*, Giufrè. Milano, 1990, p. 1.225.

reason the refugee camps are constantly attacked is that the local nomadic population is as indigent as the refugee population, but is not receiving relief assistance"<sup>8</sup>. Es fundamental ampliar todo lo necesario la visión de la situación en la que se encuentra nuestro sujeto de derecho. Ver más allá del campamento de refugiados, considerar en qué condiciones vive la población local a la que en cierto modo se le está pidiendo que los reciba, que los acepte. Porque el sujeto de derecho que nos ocupa en este caso particular está rodeado de otros sujetos de derecho que casi siempre sólo llaman la atención del Estado al que pertenecen cuando cometen alguna acción tipificada como delito en el ordenamiento jurídico.

La observación citada *supra* pone de relieve, nos recuerda, que la población local es tan indigente, y por lo tanto tan vulnerable en muchos aspectos, como la población de refugiados. Y al observar que los miembros de esa población local se han convertido en agresores nos enfrentamos ya no a una situación "victimógena" sino también "criminógena". Porque "la criminalidad tiene mucho de estructuras sociales injustas, que difícilmente se encuentran tipificadas y sancionadas en los artículos de los Códigos. El delito necesita una remodelación que lo patentice no solamente como obra del delincuente sino como obra de construcción social, en la que se interfieren el legislador, los controles formales e informales, las víctimas y no menos los denunciantes"<sup>9</sup>.

Hemos basado nuestro análisis en la situación del refugiado como una situación de victimización y a la vez victimógena, que no está reflejada en forma adecuada en el instrumento internacional aplicable. Al no reflejarse la situación en la que se encuentra el sujeto de derecho tampoco se ha establecido una definición de este sujeto que corresponda al individuo de carne y hueso al que está destinada la norma jurídica. Hemos señalado luego que paralelamente a esa situación victimógena existe una situación criminógena. La situación criminógena es la situación de extrema pobreza de la población local. Se trata en este caso de los nacionales, sujetos de derecho del ordenamiento jurídico del Estado huésped.

Podemos entonces aplicar el mismo razonamiento que hemos seguido con respecto a los refugiados y preguntarnos si ese ordenamiento ha previsto también la situación en la que esos sujetos se encuentran. Porque esos sujetos comparten con los refugiados algo esencial para definirlos: son víctimas de una situación determinada. Una de las resoluciones del 50º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, celebrado en 1994, se titula "*Los derechos humanos y la extrema pobreza*" (1994/12). En ella la Comisión "*Reafirma* que la extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana y, en consecuencia, requiere la adopción de medidas urgentes, de carácter nacional e internacional para eliminarlas" ('Reafirma' porque unos párrafos antes se había remitido a otra resolución de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992, titulada

---

8. WATCH, Africa: *Seeking refugee, finding terror: the widespread rape of Somali women refugees in North Eastern Kenya*. New York, vol. 5, Nº 13, p. 6.

9. BERISTAIN, Antonio: "Criminología, Deontología y Victimología", *Eguzkilore*, Nº 6. San Sebastián, 1992, p.193.

“Derechos humanos y extrema pobreza” en la que también se afirmaba que la extrema pobreza constituía una violación de la dignidad humana)<sup>10</sup>.

Cabe deducir, entonces, que la situación de extrema pobreza es una situación victimizante. Ante las personas que se encuentran en esa situación el Estado se encuentra ante verdaderas víctimas.

En su permanente búsqueda de la responsabilidad individual, el derecho penal se concentra en el acto y tiende a olvidar la situación. Pero si pasamos por alto la situación nunca lograremos encontrar ni al individuo ni al acto, sino sólo a nuestras propias ideas de individuo y acto, sin correspondencia alguna con la realidad. Los conceptos de culpabilidad y de peligrosidad no bastan, deberían complementarse con el de “situaciones de riesgo”. Riesgo de victimización y de criminalidad. “Pour moi il n’y a ni crimes ni délits, mais des *situations-problems*”<sup>11</sup>.

El reconocimiento de la existencia de estas situaciones repercute directamente en la relación jurídica entre el Estado y su ciudadano. Esas situaciones ponen de manifiesto el incumplimiento por parte del Estado de una de sus obligaciones fundamentales: proteger a sus ciudadanos. Esa protección no sólo debe dirigirse contra posibles agresiones imputables a individuos o grupos determinados. Proteger también significa evitar (por lo menos evitar) que el sujeto del ordenamiento jurídico se vea obligado a vivir en condiciones que degraden su calidad de ser humano. Que menoscaben su dignidad humana. Y todos sabemos muy bien qué significa la expresión “dignidad humana”. “Ed è pur vero che in tal modo risalta ciò che viene denominata correntemente la “dignità umana”, espressione che ha significato preciso e non soltanto enfatico se designa la differenza ontologica dell’uomo dalle cose”<sup>12</sup>.

Si el derecho no garantiza a su sujeto la preservación de esa diferencia carecerá de bases ontológicas. La correspondencia esencial que debemos buscar es aquella entre el sujeto de derecho y el ser humano. Y para ello tendríamos que invertir la dirección de nuestro camino, es decir, ir directamente del individuo de carne y hueso hacia el sujeto de derecho. Sólo así tendremos siempre presente, siempre “ante nuestros ojos”, la situación en la que se encuentre el individuo. Y sobre la base de esa situación podrá establecerse una relación jurídica de derechos y obligaciones que no sea resultado de una artificiosa abstracción sino de una profunda reflexión. Reflexión que a su vez deberá partir de una premisa muy simple: “*hominum causa ius constitutum*”.

---

10. E/CN. 4/1994/L.11/Add.1. p. 9. Naciones Unidas.

11. HULSMAN, Louk; BERNAT de CELIS, Jacqueline: *Peines perdues - Le système pénal en question*. Le centurion. París, 1982, pp. 115 y 116.

12. COTTA, Sergio: *op. cit.*, p. 1.220.



### **LOS PAISES RICOS MULTIPLICAN SU RENTA Y LOS POBRES NO EXPERIMENTAN NINGUN PROGRESO**

Hay que pensar que, por ejemplo, en América Latina en los años finales de la década de los 80 y primeros de los 90, el PIB ha experimentado un incremento anual del 3 por ciento. Pero en un país, rico en recursos naturales, como es el Brasil, los ingresos del 20% más rico de la población es 33 veces superior al del 2% más pobre y de ese modo el reparto de los beneficios de este crecimiento es tan desigual que favorece muy poco o nada en absoluto a los más pobres.

Como insiste la UNICEF, la relación entre reforma económica, crecimiento económico y satisfacción de las necesidades básicas no es automática. La economía de mercado no constituye una panacea para el progreso social.

Juan M<sup>a</sup>. Bandrés, "El derecho de refugio y asilo. Un derecho en crisis", *Tiempo de Paz*, nos. 29-30, Madrid, otoño 1993, p. 32.