

OPINIONES CONSULTIVAS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-16
EL DERECHO A LA INFORMACIÓN
SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO
DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL,
del 1 de octubre de 1999

1. El criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta Opinión Consultiva (OC-16) recoge la más avanzada doctrina del procedimiento penal y ensancha la protección de los derechos humanos en un ámbito que constituye, verdaderamente, la “zona crítica” de esos derechos. En efecto, es aquí donde se halla en más grave riesgo la dignidad humana. Por lo tanto, es en este ámbito donde verdaderamente se acredita o se desvanece —en la práctica, no sólo en el discurso jurídico y político— el Estado democrático de derecho.
2. Al señalar que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero determinados derechos individuales, se admite el carácter progresivo y expansivo de los derechos humanos. Las formulaciones contenidas en los grandes textos declarativos del final del siglo XVIII recogieron derechos nucleares. Sin embargo, no se trataba de un catálogo máximo. En sucesivas etapas se advertiría y proclamaría la existencia de nuevos derechos, que hoy figuran en el extenso conjunto de las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales. El artículo 36 de aquella Convención amplía ese catálogo.
3. La historia de la democracia y de los derechos humanos guarda una relación estrecha con la evolución del sistema persecutorio. El proceso penal es un escenario fidedigno del progreso moral, jurídico y político de la humanidad. De ser objeto del proceso, el inculpado pasó a ser sujeto de una relación jurídica concebida en términos diferentes. En ella el inculpado es titular de derechos y garantías, que son el escudo del ciudadano frente al poder arbitrario. La llamada “justicia penal democrática” reconoce y desarrolla estos derechos.
4. El proceso penal —entendido en amplio sentido, que también comprende todas las actividades persecutorias públicas previas al conocimiento judicial de una imputación— no ha permanecido estático a lo largo del tiempo. A los derechos elementales de la primera etapa, se han sumado nuevos derechos y garantías. Lo que conocemos como el “debido proceso penal”, columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia —entre ella, la progresiva jurisprudencia norteamericana— y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional. Los desarrollos de los primeros

años se han visto superados por nuevos desenvolvimientos, y seguramente los años por venir traerán novedades en la permanente evolución del debido proceso dentro de la concepción democrática de la justicia penal.

5. La OC-16 se sustenta en la admisión expresa de esta evolución, y por ello recoge lo que pudiera denominarse la “frontera actual” del procedimiento, que ciertamente va más allá de los linderos trazados anteriormente. La evolución del procedimiento ha sido constante y notable en el medio siglo transcurrido después de la Segunda Guerra Mundial. De esto hay abundantes testimonios. El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a disponer de abogado desde el primer momento de la detención. El derecho a conocer los motivos del procedimiento se ha ensanchado con el derecho a disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquél se desarrolla. El derecho a declarar se ha complementado con su contrapartida natural: la facultad de no declarar. Estos son apenas unos cuantos ejemplos del avance en las normas y las prácticas del procedimiento, un avance que no se debe perder.
6. Las nuevas circunstancias de la vida social traen consigo necesidades diversas que es preciso atender con instituciones adecuadas, que antes parecieron innecesarias y ahora resultan indispensables. Cada novedad suscita inéditos derechos y garantías, que concurren a construir el debido proceso penal de los nuevos tiempos. Así, la creciente migración determina pasos adelante en diversas vertientes del derecho, entre ellas el procedimiento penal, con modalidades o garantías pertinentes para el procesamiento de extranjeros. El desarrollo jurídico debe tomar en cuenta estas novedades y revisar, a la luz de ellas, los conceptos y las soluciones a los problemas emergentes.
7. Los extranjeros sometidos a procedimiento penal —en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad— deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio.

8. Los derechos y garantías que integran el debido proceso —jamás una realidad agotada, sino un sistema dinámico, en constante formación— son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista. No es posible sostener que hay debido proceso cuando el juicio no se desarrolla ante un tribunal competente, independiente e imparcial, o el inculpado desconoce los cargos que se le hacen, o no existe la posibilidad de presentar pruebas y formular alegatos, o está excluido el control por parte de un órgano superior.
9. La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que a pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que “el fin justifica los medios” y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: “la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado”; en otros términos, sólo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla.
10. Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso —con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable— se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías, que haría retroceder el desarrollo de la justicia penal. Con este concepto sería posible —y además inevitable— someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular, la aplicación de torturas, el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían.
11. El relativamente nuevo derecho del inculpado extranjero a ser informado sobre el derecho que le asiste a recurrir a la protección consular, no es una creación de esta Corte, a través de la OC-16. El Tribunal simplemente recoge el derecho establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y lo incorpora en la formación dinámica del concepto de debido proceso legal en nuestro tiempo. En suma, reconoce su naturaleza y reafirma su valor.

12. En tal virtud, el derecho individual que aquí se analiza queda inscrito entre las normas de observancia obligada durante un procedimiento penal. El principio de legalidad penal, aplicable al procedimiento y no sólo al régimen de los tipos y las penas, supone la puntual observancia de esas normas.
13. Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones.
14. La OC-16 se refiere principalmente al caso de aplicabilidad o aplicación de la pena de muerte, aunque los conceptos procesales que maneja no se constriñen necesariamente, por su propia naturaleza, a los supuestos relacionados con esa pena. Es un hecho, desde luego, que la sanción capital, la más grave que previene el derecho punitivo, proyecta sus características sobre el tema que nos ocupa. Las consecuencias de la violación del derecho a la información, cuando está en juego una vida humana, son infinitamente más graves que en otros casos —aunque técnicamente sean iguales—, y además devienen irreparables si se ejecuta la pena impuesta. Ninguna precaución será suficiente para asegurar la absoluta regularidad del procedimiento que desemboca en la disposición de una vida humana.
15. Al adoptar el criterio sustentado en la OC-16, la Corte confirma el paso adelante que numerosas legislaciones han dado en la racionalización de la justicia penal. La admisión de este criterio contribuirá a que el procedimiento penal sea, como debe ser, un medio civilizado para restablecer el orden y la justicia. Se trata, evidentemente, de un punto de vista consecuente con la evolución de la justicia penal y con los ideales de una sociedad democrática, exigente y rigurosa en los métodos que utiliza para impartir justicia.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-17
CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO,
del 28 de agosto de 2002

1. En la solicitud de Opinión Consultiva recibida y atendida por la Corte —OC-17/2002, sobre “Condición jurídica y derechos humanos del niño”—, a la que se agrega este voto concurrente razonado, se refleja,

- entre otras cuestiones, la preocupación por identificar y limitar adecuadamente el poder del Estado para actuar en relación con los niños en ciertos supuestos de suma importancia. Estos deben ser cuidadosamente deslindados: a) la realización de una conducta, activa u omisiva, que se halle legalmente prevista como delictuosa, es decir, que sea penalmente típica; y b) una situación que no implique conducta típica alguna y que sugiera la necesidad de esa actuación en beneficio —real o supuesto— del menor de edad. Bajo cierta concepción, que no necesariamente comparto, pero que resulta expresiva para acotar estos supuestos, se hablaría de “menor delincuente” o de “delincuencia infantil o juvenil”, en el primer caso, y de “menor en situación irregular” o en “estado de peligro”, en el segundo. Sobra decir que estas denominaciones tienen, hoy día, una elevada “carga desfavorable”, o por lo menos controvertible. El gran debate comienza —o termina— en el empleo mismo de dichas expresiones.
2. No es ocioso señalar que la frontera entre esos supuestos debe subordinarse a la naturaleza de los hechos o las situaciones correspondientes a cada uno, desde la perspectiva de los bienes reconocidos y tutelados por el orden jurídico —en mi concepto, desde el plano mismo de la Constitución nacional— y de la gravedad de la lesión que se cause a éstos o del peligro en que se les coloque. En una sociedad democrática, la autoridad legislativa debe observar cuidadosamente los límites de cada hipótesis, conforme a su naturaleza, y establecer en consecuencia la regulación que corresponda. No es aceptable que la ubicación de una conducta dentro de alguna de las categorías mencionadas dependa sólo del libre arbitrio del órgano legislativo, sin tomar en cuenta los principios y las decisiones constitucionales, que gobiernan la tarea del legislador a la hora de “seleccionar” las conductas que deben ser consideradas delictuosas, así como las consecuencias jurídicas correspondientes.
 3. En este voto, como en la misma Opinión Consultiva OC-17, se utilizan indistintamente las voces “niño” y “menor” en su sentido más estricto (párr. 39), y al mismo tiempo más distante de cualquier intención descalificadora, prejuiciosa o peyorativa. El idioma es un sistema de claves. Debo establecer el alcance de las que ahora empleo, adhiriéndome al uso que de ellas ha hecho la Corte en esta Opinión Consultiva, para colocarlas por encima o fuera —como se prefiera— de un debate que a veces aporta más sombras que luces. La palabra “menor”, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno —o amplio— ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades; regularmente, en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos

de ellos (una posibilidad que surge en el pasado: desde el nacimiento, o antes inclusive), y la capacidad de ejercicio de ellos (una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos). Por su parte, la palabra “niño” ha poseído, en principio, un sentido más biológico o biopsíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescente, joven, adulto o anciano.

4. El concepto “niño” coincide con el de “menor de edad” cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de Derecho. La Convención sobre Derechos del Niño, de Naciones Unidas, abundantemente invocada en la presente Opinión Consultiva, considera que es niño la persona menor de 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1) (párr. 42). Esto confiere un sentido jurídico preciso a la palabra niño, y en tal virtud coloca a este concepto —y a este sujeto— como punto de referencia para la asignación de múltiples consecuencias jurídicas. Huelga decir que la palabra niño abarca aquí al adolescente, porque así resulta de esa Convención tan ampliamente ratificada, y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas de nuestro idioma. La propia Corte Interamericana declara el alcance que tienen las voces “niño” y “menor de edad” para los efectos de la Opinión Consultiva. Se me excusará, en consecuencia, por no utilizar a cada paso la relación exuberante: niño, niña y adolescente (que pudiera ampliarse si también se distingue “el” adolescente de “la” adolescente).
5. Ni en la declaración de la Corte ni en los párrafos considerativos o en las opiniones específicas que figuran al final de la OC-17, aparece deslinde alguno que conduzca a establecer distinciones a partir o en relación con el discernimiento o la llamada presunción sobre la capacidad (o incapacidad) de dolo; distinciones que crearían, a su turno, nuevos subconjuntos dentro del gran conjunto de los niños. Se entiende, pues, que dieciocho años son una frontera precisa entre dos edades que traen consigo dos estatutos característicos en el ámbito que aborda este voto: una, la correspondiente a quienes se hallan fuera del ámbito de validez subjetiva de las normas penales ordinarias, y otra, la de quienes se encuentran sujetos a éstas.
6. Cuando la Opinión Consultiva se refiere a determinado trato para los niños o menores de edad, y lo distingue de otro relativo a los adultos o mayores de edad, supone —en mi concepto— que el régimen de adultos no es trasladable o aplicable a los menores (párr. 109). Esto no obsta, desde luego, para que: a) existan principios y reglas aplicables, por su propia naturaleza, a ambos conjuntos (derechos humanos, ga-

rantías), sin perjuicio de las modalidades que en cada caso resulten razonables o, incluso, necesarias, y b) existan, en el ámbito de los menores, diferencias derivadas del distinto desarrollo que existe entre los individuos menores de 18 años: media una gran diferencia, en efecto, entre quien cuenta con 8 o 10 años de edad y quien ha alcanzado 16 o 17. Por cierto, también existen diferencias —que no pretendo examinar ahora— en el otro conjunto, el de los adultos, por motivos diversos; el ejemplo más evidente es el de quienes se hallan privados de la razón.

7. Evidentemente, las cuestiones que mencioné en el párrafo 1, *supra*, interesarían también si se tratara de un adulto o “mayor de edad”, y de hecho han determinado algunos de los más prolongados, intensos e importantes desarrollos vinculados con la democracia, el Estado de Derecho, las libertades, los derechos humanos y las garantías. Estos temas —con sus correspondientes valores— entran en la escena cuando se enfrenta el poder público con el individuo “delincuente”, por una parte, o “marginal o desvalido”, por la otra. En este enfrentamiento, tan antiguo como dramático, quedan en peligro los derechos individuales más relevantes —vida, libertad, integridad, patrimonio— y se elevan los más impresionantes argumentos, no necesariamente justificados o persuasivos, para legitimar la actuación del Estado, así como las características y objetivos (confesados o inconfesables) de aquélla.
8. Ahora bien, el punto se complica cuando además de la delicadeza que éste reviste en función de la materia —irregularidad, extravagancia, marginalidad, peligrosidad, delito—, vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (párr. 10). Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen —en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones— de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, *ope legis*, el ejercicio de sus derechos. Es natural que en este “terreno minado” aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo.
9. En el sistema penal del pasado distante, los mayores y los menores estuvieron sometidos a reglas semejantes, cuando no idénticas, aliviadas en el caso de los segundos por una benevolencia dictada por el sentimiento de humanidad o sustentada en la falta o disminución del dis-

cernimiento (sujeta a prueba, porque *malitia supplet aetatem*). Las diferentes edades del sujeto pudieron establecer también distintos grados de vinculación con la justicia penal y sus consecuencias características. La minoridad extrema —hasta siete o nueve años, por ejemplo— pudo excluir de plano el acceso a la justicia penal, aunque no a toda justicia del Estado. Una edad más avanzada, pero todavía no juvenil, moderó las consecuencias de la conducta delictuosa o a relativizó la intervención de la justicia penal en función del discernimiento que podía tener el sujeto para apreciar y gobernar su conducta. Finalmente, el cumplimiento de otra edad —la juvenil: entre 16 y 21 años— hizo al sujeto plenamente responsable de su conducta, y por lo tanto susceptible de enjuiciamiento y condena penales. En la realidad de la “vida penal”, las cosas no siempre ocurrieron como lo querían la ley o la cordura: sobran relatos —desde forenses y criminológicos hasta literarios— sobre la confusa reclusión de niños, adolescentes, jóvenes y adultos en los mismos depósitos de personas.

10. En algo más que el último siglo se abrió paso la idea de trazar un deslinde terminante entre quienes serían menores y quedarían sujetos a una jurisdicción o a una acción semipaterna por parte del Estado, y quienes serían mayores —capaces de Derecho penal— y quedarían sujetos a la justicia penal ordinaria. Se dijo entonces que la imputabilidad penal comenzaría en la edad límite, y que por debajo de ella existiría una inimputabilidad absoluta, por determinación de la ley. Esta certeza se resumió en una expresión centenaria: “L’enfant est sorti du Droit pénal”.¹
11. No me extiendo en este momento sobre la pertinencia o no de hablar a este respecto, como es frecuente hacerlo, de “inimputabilidad”, o utilizar otros conceptos que expliquen mejor la distinción entre mayores y menores para efectos de Derecho penal. Si se considera, como lo hacen una acreditada doctrina y muchas leyes penales, que la imputabilidad es la capacidad de entender la licitud de la propia conducta y de conducirse conforme a ese entendimiento, se convenirá en que aquélla no es un tema de grupo, sino de persona; efectivamente, se es o no imputable en función de la capacidad aludida, que se tiene o no se tiene personalmente. La atribución de imputabilidad o inimputabilidad *ope legis* a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta

¹ Garçon, en el Primer Congreso Nacional de Derecho Penal (*Rev. Pénitentiaire*, 1905), cit. Nillus, Renée, “La minorité pénale dans la législation et la doctrine du XIX siècle”, en Varios, *Le problème de l’enfance délinquante*, Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1947, p. 104.

- política a propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes, pero no a la realidad específica —la única que existe— en el caso de cada uno de ellos.
12. En todo caso, el deslinde, que debió ser uniforme, no lo ha sido nunca: en diversos países prevalecieron distintas fronteras, que también hubo o hay en el interior de un mismo país con régimen federativo. La situación es particularmente diversa incluso entre países que poseen comunidad de valores jurídicos, como es el caso en Europa: la edad de responsabilidad penal es de siete años en Chipre, Irlanda, Suiza y Liechtenstein; ocho en Escocia; trece en Francia; catorce en Alemania, Austria, Italia y varios Estados de Europa del Este; quince en los países escandinavos; dieciséis en Portugal, Polonia y Andorra, y dieciocho en España, Bélgica y Luxemburgo.²
 13. La distribución de la población en esos dos grandes sectores, para fines de responsabilidad por conducta ilícita, implicó la creación o el desenvolvimiento de jurisdicciones —lato sensu— diferentes, ordenes jurídicos propios y procedimientos e instituciones diversos para cada uno. En el caso de los adultos, ese desarrollo coincidió con el auge del principio de legalidad penal y procesal, que dio origen a un régimen de garantías más o menos exigente. En el de los menores, en cambio, la extracción de la justicia penal tuvo como efecto el establecimiento de jurisdicciones “paternales o tutelares” fundadas en la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en el desempeño de la patria potestad o la tutela, y asume las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen. En la tradición anglosajona, la raíz de esta idea se halla en el régimen de *parens patriae*,³ que entronca con el principio *the king as father of the realm*.
 14. La evolución y adaptación de esta forma de enfrentar el tema de los jóvenes infractores guarda relación con la idea del “Estado social”, dotado de amplias atribuciones para asumir tareas económicas, sociales, educativas o culturales. El mismo impulso de intervención y asunción de funciones, que antes correspondieron solamente a otras instancias —aduciendo para ello razones atendibles y correspondiendo a realidades apremiantes—, anima en cierta medida el avance del Estado sobre los espacios de la paternidad y la tutela. Si los padres o tutores pueden resolver con gran libertad sobre el desarrollo sus hijos, adoptando inclusive medidas de autoridad que no serían aplicables a un adulto fuera de procedimiento judicial, el “Estado padre o

² Cfr. Eur. Court of H. R., *Case of T. v. The United Kingdom, Judgement of 16 December 1999*, para. 48.

³ Cfr. Senna, Joseph J., y Siegel, Larry J., *Introduction to criminal justice*, West Publishing Company, 4th. ed., St. Paul, 1987, p. 535.

- tutor” podría hacer otro tanto, poniendo de lado, por ello, las formalidades y garantías del Derecho ordinario: desde la legalidad en la definición de las conductas que motivan la intervención y la naturaleza y duración de las medidas correspondientes, hasta el procedimiento para adoptar decisiones y ejecutarlas.
15. La legislación y la jurisprudencia nacionales, apoyadas por una doctrina que en su tiempo pareció innovadora, afirmaron en diversos países la posición paternalista del poder público. En Estados Unidos, estas ideas se instalaron a partir de una resolución de la Suprema Corte de Pennsylvania, de 1838: *Ex parte crouse*. En México, casi cien años después, una conocida sentencia de la Suprema Corte de Justicia, dictada en el juicio de amparo de Ezequiel Castañeda en contra de actos del Tribunal de Menores y de la ley correspondiente, expuso el criterio tradicional: en la especie, el Estado no actúa “como autoridad, sino en el desempeño de una misión social y substituyéndose a los particulares encargados por la ley y por la tradición jurídica de la civilización occidental de desarrollar la acción educativa y correccional de los menores”.⁴ Así se definió el rumbo que seguiría esta materia, de manera más o menos pacífica, en muchos años por venir. Tomando en cuenta el relevo paterno y tutelar que explicó y justificó, desde el plano jurídico, la actuación del Estado, así como el propósito asignado a la intervención del aquél en estos asuntos, que coincidía aproximadamente con el designio correccional o recuperador que campeaba en el caso de los adultos, esta forma de actuar y la corriente que la sustenta recibieron una denominación que ha llegado hasta nuestro tiempo: “tutelar”.
16. La idea tutelar, entendida como se indica en los párrafos precedentes, representó en su momento un interesante progreso con respecto al régimen que anteriormente prevalecía. En efecto, quiso retirar a los menores de edad, y efectivamente lo hizo, del espacio en el que se desenvuelve la justicia para adultos delincuentes. Al entender que el niño no delinque y que no debe ser denominado y tratado, por ende, como delincuente, sino como infractor “sui generis”, pretendió excluirlo del mundo de los delincuentes ordinarios. También advirtió el enorme peso que el aparato de la justicia puede ejercer sobre el menor de edad, y supuso preferible instituir unos procedimientos y or-

⁴ “Ejecutoria dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo del amparo promovido a favor del menor Castañeda por su detención en el Tribunal de Menores”, en Ceniceros, José Angel, y Garrido, Luis, *La ley penal mexicana*, Ed. Botas, México, 1934, p. 323.

“Documento de discusión para el Seminario de San José (11 al 15 de julio de 1983), redactado por el coordinador, profesor Eugenio R. Zaffaroni, en *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 94.

- ganizar unos organismos carentes de la “figura y el estrépito” de la justicia ordinaria, cuyos resultados no habían sido precisamente satisfactorios en el caso de los menores.
17. La entrega de los niños a este método para resolver sus “problemas de conducta”, entendidos como “problemas con la justicia”, trajo consigo diversas cuestiones difíciles que acarrearón el creciente cuestionamiento y la propuesta de sustituirlo por un régimen diferente. En primer término, la extraordinaria flexibilidad del concepto tutelar en cuanto a la conducta que podía determinar la injerencia del Estado, llevó a reunir dentro del mismo marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y aquellos que no lo eran, incluyendo ciertos conflictos domésticos cuya solución correspondía a los padres y se transfería, por incompetencia o comodidad de éstos, a los órganos correccionales del Estado. Esta confusión reunió en los mismos tribunales e instituciones a quienes habían cometido delitos calificados como graves y a quienes habían incurrido en “errores de conducta” más o menos leves, que debieron ser abordados bajo otra perspectiva. Por ello surgió la impugnación de la idea tutelar: “el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia). El derecho del menor, entendido como “derecho tutelar”, ha sido puesto en duda con sobrados motivos hace algunos años y nadie puede olvidar que, históricamente, las más graves aberraciones se han cometido con pretexto tutelar: a los herejes, a los infieles, etc.”.⁵
18. Igualmente, la asunción estatal de las facultades de padres y tutores, no sólo captó y capturó a los menores, sino también privó a los mayores, de manera fulminante, de algunos derechos del estatuto familiar. Además, la pretensión de excluir la figura y la forma del juicio ordinario, sumada a la noción de que el Estado no se halla en conflicto con el niño, sino constituye el mayor garante del bienestar de éste —procedimientos sin litigio y, por ende, sin partes procesales—, condujo a minimizar la intervención del menor y de sus responsables legales en los actos del procedimiento, prescindir de algunos actos que en el Derecho común integran el “debido proceso legal”, y suprimir el sistema de garantías que son otros tantos controles del quehacer del Estado para moderar su fuerza y dominar su arbitrio en bien de la legalidad, que debe traducirse, en definitiva, como bien de la justicia.

⁵ “Documento de discusión para el Seminario de San José (11 al 15 de julio de 1983), redactado por el coordinador, profesor Eugenio R. Zaffaroni, en *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 94.

19. Estos y otros problemas acarrearón, como señalé, una fuerte reacción que reclamó el retorno —o la evolución, si se prefiere decirlo de esta manera— a los métodos legales diferentes, que entrañan una suma relevante de garantías: ante todo, legalidad sustantiva y procesal, verificable y controlable. La erosión del antiguo sistema comenzó desde diversas trincheras. Una, muy relevante, fue la jurisprudencia: del mismo modo que ésta entronizó con fuerza la doctrina de *parens patriae*, acudiría a demoler las soluciones entroncadas con ésta y a instituir un régimen nuevo y garantista. En los Estados Unidos, una famosa resolución de la Suprema Corte, del 15 de mayo de 1967, *In re Gault*,⁶ imprimió un viraje en el sentido que luego predominaría, restituyendo a los menores ciertos derechos esenciales: conocimiento de los cargos, asistencia jurídica, interrogatorio a testigos, no autoincriminación, acceso al expediente e impugnación.⁷ La reacción dio origen a un sistema distinto, que se suele conocer con el expresivo nombre de “garantista”. Esta calificación denota el retorno de las garantías —esencialmente, derechos del menor, así como de sus padres— al régimen de los niños infractores.
20. En la realidad, ha ocurrido que las crecientes oleadas de delincuencia —y dentro de éstas la delincuencia infantil o juvenil en “sociedades juveniles”, como son las de Latinoamérica—, que provocan reclamaciones también crecientes y explicables de la opinión pública, han desencadenado cambios legales e institucionales que parecen caracterizar una de las posiciones más importantes y significativas de la sociedad y del Estado en la hora actual. Entre esos cambios inquietantes figura la reducción de la edad de acceso a la justicia penal, con el consecuente crecimiento del universo de justiciables potenciales: a él ingresan, con cada cambio reducción de la edad, millones de personas, que eran niños o menores en la víspera y devienen adultos por acuerdo del legislador. La transformación de los procedimientos en el ámbito de los menores ha traído consigo, evidentemente, la adopción de figuras características del proceso penal, conjuntamente con la cultura o la costumbre penales inherentes a ellas.
21. En la actualidad existe en muchos países, como se percibió claramente en el curso de los trabajos (escritos y exposiciones en la audiencia pública del 21 de junio de 2002) (párr. 15) conducentes a la Opinión Consultiva a la que corresponde este voto, un fuerte debate de escue-

⁶ *In re Gault*, 387 U.S. 9, 1967), dictada en el caso del adolescente —quince años de edad— Gerald Gault, a quien se inculpó —en unión de otro joven: Ronald Lewis— de llamadas telefónicas obscenas.

⁷ *Cfr.* Cole, George F., *The American System of Criminal Justice*, Brooks/Cole Publishing Company, 3rd. ed., Monterey, California, 1983, p. 474.

las, corrientes o conceptos: de una parte, el régimen tutelar, que se asocia con la llamada doctrina de la “situación irregular” —que “no significa otra cosa, se ha escrito, que legitimar una acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”—⁸ y de la otra, el régimen garantista, que se vincula con la denominada doctrina de la “protección integral” —con la que “se hace referencia a una serie de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”; se transita, así, del “menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos”.⁹ Ha surgido una gran polarización entre estas dos corrientes, cuyo encuentro —o desencuentro— apareja una suerte de dilema fundamental, que puede generar, en ocasiones, ciertos “fundamentalismos” con sus estilos peculiares. Ese dilema se plantea en términos muy sencillos: o sistema tutelar o sistema garantista.

22. Si se toma en cuenta que la orientación tutelar tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere (de ahí la expresión “tutela”), y que la orientación garantista tiene como sustancial preocupación el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías, sería posible advertir que no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz, entre unos y otros designios. Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales, como lo hago en este voto y lo ha hecho, a mi juicio, la Opinión Consultiva, que no se afilia a doctrina alguna.
23. ¿Cómo negar, en efecto, que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones? ¿Y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay? ¿Y cómo negar, por otra parte, que el niño —ante todo, un ser humano— es titular de derechos irreductibles, genéricos unos, específicos otros? ¿Y que no es ni puede ser visto como objeto del proceso, a merced del arbitrio o del capricho de la autoridad, sino

⁸ García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1994, p. 22.

⁹ *Id.*, pp. 82-83.

como sujeto de aquél, puesto que posee verdaderos y respetables derechos, materiales y procesales? ¿Y que en su caso, como en cualquier otro, es preciso que el procedimiento obedezca a reglas claras y legítimas y se halle sujeto a control a través del sistema de garantías?

24. Si eso es cierto, probablemente sería llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo. Quienes nos hemos ocupado alguna vez de estos temas —acertando e errando, y queriendo ahora superar los desaciertos o mejor dicho, ir adelante en la revisión de conceptos que ya no tienen sustento—, hemos debido rectificar nuestros primeros planteamientos y arribar a nuevas conclusiones. Las contradicciones reales —y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos— se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro.¹⁰ En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Esta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra “tutela” su sentido genuino —como se habla de tutela del Derecho o de tutela de los derechos humanos—, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el Derecho de los menores infractores,¹¹ que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un Derecho protector, no un Derecho desposeedor de los derechos fundamentales.

25. Por una parte, la síntesis retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. Esta primera vertebración de la síntesis se recoge, extensamente, en la propia Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre los Derechos del Niño, que insiste en las condiciones específicas del menor y en las correspondientes medidas de protección, así como en otros instrumentos convocados por la Opinión Consultiva: Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de Tokio (párrs. 106-111). Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor. Esta segunda vertebración se aloja, no

¹⁰ Cfr. el desarrollo de esta opinión en mi trabajo “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, en *Memoria* (del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas), *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, 1996, pp.205-206.

¹¹ Así, Jescheck, cuando afirma que el Derecho penal de jóvenes es una parte del Derecho tutelar de menores. Cfr. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, vol. I, pp. 15-16.

- menos ampliamente, en aquellos mismos instrumentos internacionales, que expresan el estado actual de la materia. En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá —puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección— de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro.
26. Por eso, en mi concepto, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana evita “suscribir” alguna de las corrientes en juego, y opta por analizar las cuestiones sometidas a su consideración —convenientemente agrupadas, como lo señala la propia resolución, bajo conceptos amplios que se pueden proyectar sobre las hipótesis específicas— y exponer las opiniones correspondientes. De esta manera, el tribunal contribuye a alentar, atendiendo a los objetivos inherentes a una opinión de estas características, el desenvolvimiento del Derecho nacional conforme a los principios que recoge y proyecta el Derecho de gentes.
27. En el régimen procesal de los menores, lo mismo cuando se trata del procedimiento para infractores de la ley penal que cuando viene al caso el procedimiento desencadenado por situaciones de otro carácter, hay que observar los principios del enjuiciamiento en una sociedad democrática, gobernada por la legalidad y la legitimidad de los actos de autoridad. Esto apareja igualdad de armas, garantía de audiencia y defensa, posibilidad de probar y alegar, contradicción, control de legalidad, régimen de impugnaciones, etcétera. Ahora bien, no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar como lo hice *supra* —y en ello es enfática la Opinión Consultiva— que todos los instrumentos internacionales relativos a derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la “diferencia” entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas “especiales” con respecto a los niños. La idea misma de “especialidad” constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe —una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el Derecho— y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad.
28. Es sobradamente sabido que en el proceso social —no público, no privado— se procura la igualdad de las partes por medios distintos de la simple, solemne e ineficaz proclamación de que todos los hombres son iguales ante los ojos de la ley. Es preciso introducir factores de compensación para conseguir, en la mejor medida posible, esa igualdad. Lo ha sostenido expresamente la propia Corte Interamericana

- en su jurisprudencia, citada en esta Opinión Consultiva.¹² (párrs. 47 y 97). Los procesos en que intervienen menores en forma principal, no accesoria, para la solución de sus litigios y la definición de sus obligaciones y derechos, coinciden en buena medida con los procesos de carácter, origen u orientación social, y se distinguen de los característicamente públicos, privados o penales. En aquellos se requiere la defensa “material” que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, suplencia de la queja, auxilio oficial para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera.
29. Una forma extremosa del procedimiento sobre menores infractores excluyó de éste a los padres y tutores. Dicha exclusión en este ámbito —donde campeaba lo que algún ilustre procesalista denominó un procedimiento de “naturaleza tutelar-inquisitiva”¹³— obedeció a la idea de que en el enjuiciamiento de menores no existía auténtico litigio, porque coincidían los intereses del menor y de la sociedad. La pretensión de ambos era idéntica: el bienestar del niño. En términos actuales se diría: el interés superior del menor. Si esta era la teoría, en la regulación concreta y en la práctica las cosas no funcionaban en esa dirección, y en todo caso se hallaban en predicamento tanto el derecho de los padres en relación con sus hijos, como los derechos de estos mismos, de carácter familiar y de otra naturaleza. Es indispensable, en consecuencia, aceptar que el menor no puede ser un extraño en su propio juicio, testigo y no protagonista de su causa, y que los padres —o tutores— también tienen derechos propios que hacer valer y por ello deben comparecer en el juicio, todos asistidos por un asesor, promotor o defensor que asuma la defensa con eficacia y plenitud.
30. Esta reivindicación procesal debe tomar nota, por otra parte, de ciertos hechos. En un caso, el niño no se encuentra calificado —piénsese, sobre todo, en los de edades más tempranas— para desenvolver una actuación personal como la que puede asumir un adulto, avezado o por lo menos maduro (párr. 101). Este rasgo del niño justiciable debe proyectarse sobre su actuación en el juicio y sobre la trascendencia de los actos que realiza —las declaraciones, entre ellos, cuyos requisitos de admisibilidad y eficacia suele contemplar la propia ley

¹² Cfr. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99*, de 1º de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119. En sentido similar, asimismo, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984*. Serie A No. 4, párr. 57.

¹³ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Comparado, México, 1966, p. 245.

- procesal—; no puede ser ignorado ni por la ley ni por el tribunal, so pretexto de igualdad de cuantos participan en el proceso, que al cabo ocasionaría los más grandes daños al interés jurídico del niño. Y en otro caso, es posible —habida cuenta, sobre todo, de las características de los conflictos que aquí se dirimen— que exista una contradicción de intereses y hasta de posiciones entre los padres y el menor. No siempre es este el terreno propicio para que se ejerza, en toda su natural amplitud, la representación legal que corresponde, en principio, a quienes ejercen patria potestad o tutela.
31. Las consideraciones que se hacen en estas hipótesis y en otras semejantes no debieran ser interpretadas como impedimentos para que el Estado actúe con eficacia y diligencia —e invariablemente con respeto a la legalidad— en aquellas situaciones de urgencia que demanden una atención inmediata. El grave peligro en el que se encuentra una persona —y no solamente, como es obvio, un menor de edad— exige salir al paso del riesgo en forma pronta y expedita. Sería absurdo pretender que se apague un incendio sólo cuando exista orden judicial que autorice a intervenir en la propiedad privada sobre la que aquél ocurre, o que se proteja a un niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte, sólo previo procedimiento judicial que culmine en mandamiento escrito de la autoridad competente.
 32. El Estado tiene deberes de protección inmediata —previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia— de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de éstos —la familia, por ejemplo— no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, inclusive, un evidente factor de peligro. Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el *periculum in mora*. Desde luego, la medida precautoria no prejuzga sobre el fondo, ni difiere o suprime el juicio —o el procedimiento— correspondiente.
 33. Considero indispensable subrayar —y celebro que lo haya hecho la OC-17/2002— una cuestión mayor para la reflexión sobre esta materia, que integra el telón de fondo para entender dónde se hallan las soluciones a muchos de los problemas —no todos, obviamente— que en este orden nos aquejan. Si se mira la realidad de los menores llevados ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales y luego sujetos a medidas de protección en virtud de infracciones penales o de situaciones de otra naturaleza, se observará, en la inmensa mayo-

ría de los casos, que carecen de hogar integrado, de medios de subsistencia, de acceso verdadero a la educación y al cuidado de la salud, de recreación adecuada; en suma, no cuentan ni han contado nunca con condiciones y expectativas razonables de vida digna (párr. 86). Generalmente son éstos —y no los mejor provistos— quienes llegan a las barandillas de la policía, por diversos cargos, o sufren la violación de algunos de sus derechos más esenciales: la vida misma, como se ha visto en la experiencia judicial de la Corte Interamericana.

34. En estos casos, que corresponden a un enorme número de niños, no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, cuya “progresividad” no ha permitido abarcar, hasta hoy, a millones y millones de seres humanos que, en plena infancia, distan mucho de contar con los satisfactores que esas declaraciones y esas normas —pendientes de cumplimiento— prometen formalmente. A esto se ha referido la Corte en el Caso Villagrán Morales, que se cita en la presente Opinión Consultiva (párr. 80), cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, contenidas en el artículo 4 de la Convención Americana, sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores.¹⁴
35. En este extremo cobra presencia la idea unitaria de los derechos humanos: todos relevantes, exigibles, mutuamente complementarios y condicionados. Bien que se organicen los procedimientos en forma tal que los niños cuenten con todos los medios de asistencia y defensa que integran el debido proceso legal, y bien, asimismo, que no se les extraiga injustificadamente del medio familiar —si cuentan con él—, pero nada de esto absuelve de construir las circunstancias que permitan a los menores el buen curso de su existencia, en todo el horizonte que corresponde a cada vida humana, y no solamente en las situaciones —que debieran ser excepcionales— en que algunos menores afrontan “problemas con la justicia”. Todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención.¹⁵ No podríamos decir que la dignidad humana se

¹⁴ Cfr. *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

¹⁵ En los términos de los *Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (junio de 1986), “en vista de que los derechos

halla a salvo donde existe, quizás, esmero sobre los derechos civiles y políticos —o sólo algunos de ellos, entre los más visibles— y desatención acerca de los otros.

36. La OC-17 acierta, a mi juicio, cuando alude a esta materia desde una doble perspectiva. En un punto subraya la obligación de los Estados, que se plantea —por lo que toca al plano americano— desde la Carta de Bogotá conforme al Protocolo de Buenos Aires, de adoptar medidas que permitan proveer a las personas de satisfactores en múltiples vertientes; y en otro reconoce que vienen al caso verdaderos derechos, cuya exigibilidad, a título de tales, comienza a ganar terreno. En efecto, no bastaría con atribuir deberes a los Estados si no se reconocen, en contrapartida, los derechos que asisten a los individuos: de esta suerte se integra la bilateralidad característica del orden jurídico. En este ámbito ha ocurrido una evolución de conceptos semejante a la que campea en el sistema interno: si las Constituciones tienen, como ahora se proclama, carácter normativo —son, en este sentido, genuina “ley suprema”, “ley de leyes”—, también los tratados poseen ese carácter, y en tal virtud atribuyen verdaderas obligaciones y auténticos derechos. Entre estos últimos se localizan, por lo que hace al tema que aquí me ocupa, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-18
CONDICIÓN JURÍDICA
Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS,
del 17 de septiembre de 2003

1. La Corte Interamericana emite la Opinión Consultiva OC-18/03, el 17 de septiembre del 2003, bajo el epígrafe “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. De esta manera abarca un amplio panorama: la situación de los migrantes indocumentados en general, es decir, de las personas que dejan un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él, pero no cuentan con la autorización para ello del Estado en el que pretenden residir, caracterización que se desprende del “Glosario” que figura en el Capítulo V de esta Opinión Consultiva (párr. 69). En esa situación se hallan mu-

humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales” (principio 3).

chas personas, independientemente del propósito que anime su traslado, de las condiciones en que se encuentren y de la actividad que desarrollen o quieran desarrollar.

2. Una categoría específica dentro de aquel género es la que corresponde a los trabajadores migrantes indocumentados, esto es, a las personas que no disponen de autorización para ingresar y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, conforme a las leyes de ese Estado y a los acuerdos internacionales en los que éste sea parte, y que, sin embargo, realizan esa actividad, como ha entendido la Convención internacional sobre la protección de todos los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, y se reconoce en el “Glosario” citado en el párrafo anterior. Sobre estos últimos, trabajadores de la ciudad y del campo, versa principalmente —aunque no exclusivamente— la solicitud planteada por los Estados Unidos Mexicanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se requiere examinar los derechos que asisten a los millones de seres humanos, mujeres y hombres, que se han desplazado o se desplazan en el mundo entero —y dentro de ese mundo, en los países americanos—, movidos por diversos factores e impulsados por una misma expectativa: ganarse la vida, como se suele decir, más allá del país en el que nacieron.
3. Por sí misma, esta cuestión reviste la mayor importancia y ha merecido, en consecuencia, referencias destacadas en la solicitud de opinión y en las expresiones de los Estados y los particulares que intervinieron —éstos como *amici curiae*— en el proceso de la consulta. Esta materia destaca igualmente en las respuestas de la Corte Interamericana, que también podrían agruparse bajo otro epígrafe específico que destaque el universo que preocupa al solicitante y a los participantes y ocupa al tribunal interamericano: “Condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados”.
4. El tema al que se refiere esta Opinión Consultiva reviste importancia fundamental en nuestro tiempo. La creciente relación entre los pueblos, el proceso de mundialización que se proyecta sobre diversos ámbitos y las heterogéneas condiciones de las economías nacionales, regionales y global, han determinado la aparición y el crecimiento de corrientes migratorias que poseen características particulares y demandan soluciones racionales. En una resolución sobre “Migración internacional y desarrollo” (A/RES/54/212, de 1 de febrero de 2000) —que se menciona en la OC-18, la Asamblea General de Naciones Unidas señaló que “entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de amplios segmentos de la población de la economía mundial, ha contribuido a crear grandes movi-

- mientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional”.
5. En una publicación reciente se recuerda que “la mayoría de las personas se desplazan para mejorar sus medios de vida, buscar nuevas oportunidades o escapar de la pobreza”, sin ignorar otros motivos: la reunión de las familias, las guerras y otros conflictos, las violaciones a los derechos humanos, la expulsión y la discriminación. Al “final del siglo XX había unos 175 millones de migrantes internacionales, casi el 3 por ciento de la población mundial y el doble de los que había en 1975. Aproximadamente un 60 por ciento de los migrantes internacionales, o sea unos 40 millones, están en países desarrollados” (Comisión de la Seguridad Humana, *La seguridad humana*, Nueva York, 2003, p. 45).
 6. Las nuevas corrientes migratorias, que constituyen el punto de referencia para la Opinión Consultiva OC-18/2003, reflejan las condiciones de la economía en los países de origen y destino de los migrantes. En éstos operan factores de atracción que reclaman el aporte de la mano de obra de esos trabajadores, que concurren a la creación de riqueza y contribuyen de manera muy significativa —como han reconocido los analistas de estos procesos— al bienestar y desarrollo de los países receptores. Un análisis de esta materia por la OIT —que se invoca en la intervención del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)— menciona, con respecto a un universo de 152 países, que entre 1970 y 1990 el número de los clasificados como grandes receptores de inmigrantes en busca de trabajo pasó de 39 a 67, y el de los considerados grandes emisores bajo el mismo concepto se elevó de 29 a 55. Las condiciones en que se producen algunos de estos procesos y los resultados que tienen implican, de hecho, una especie de subsidio a las economías más desarrolladas, además de su significado como fuente de recursos para los migrantes que prestan sus servicios en aquéllas y para las familiares que residen en los lugares de procedencia.
 7. Estos procesos no pueden —o mejor: no deben— sustraerse a la observancia escrupulosa de los derechos humanos de los migrantes. Esta es la tesis central sostenida en la Opinión Consultiva OC-18/2003 y proyectada en las diversas áreas de interés que ésta abarca, una tesis que corresponde al criterio rector del Derecho nacional e internacional contemporáneo, en sus mejores expresiones, a la doctrina y la práctica del Estado de Derecho en una sociedad democrática y a los principios que gobiernan el Derecho internacional de los derechos humanos y la aplicación de sus normas por parte de los Estados integrantes de la comunidad jurídica y las correspondientes jurisdicciones internacionales.

8. Evidentemente, no es posible reducir un fenómeno de esta naturaleza a una cuestión de policía fronteriza, ni abarcarlo desde la simple perspectiva de la legalidad o ilegalidad, regularidad o irregularidad, de la estancia de extranjeros en determinado territorio. Esta óptica no permite entender y normar en forma racional y constructiva la oferta de trabajo lícito y creativo y la demanda que mantiene en operación los procesos económicos, con beneficio para quienes prestan sus servicios y para quienes los contratan. El fenómeno desborda esas perspectivas reduccionistas, que a menudo conducen a la adopción de medidas improcedentes y lesivas para los trabajadores migrantes, e incluso para la economía en la que éstos se instalan. Tal visión limitada y errónea trae consigo, también con frecuencia, problemas en la relación entre naciones vecinas.
9. Quienes forman parte de esas corrientes migratorias se hallan sujetos, con gran frecuencia, a condiciones de grave desvalimiento, derivadas de su extrañeza social, económica y cultural con respecto al país en el que trabajan, y de la carencia de instrumentos para preservar sus derechos. En estas circunstancias constituyen un sector sumamente vulnerable, que efectivamente ha sufrido las consecuencias de esa vulnerabilidad en la aplicación de leyes, la adopción y ejecución de políticas y la proliferación de prácticas discriminatorias y abusivas en sus relaciones laborales con respecto a los empleadores que utilizan sus servicios y a las autoridades del país en el que se encuentran. Esa vulnerabilidad tiene naturaleza estructural. Su vertiente cultural, de carácter endógeno, se asocia —como sostiene el escrito de *amicus curiae* presentado por un académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México— a “condiciones suficientes para que se den extremos de impunidad de los violadores de los derechos humanos de los extranjeros/inmigrantes”.
10. Son bien conocidos los abundantes casos de agresión de migrantes indocumentados por parte de servidores públicos, que incumplen o desvían el ejercicio de sus atribuciones, y por la mano de particulares, que aprovechan la situación de desventaja en la que se encuentran los migrantes indocumentados para someterlos a maltrato o hacerlos víctimas de delitos. Entre éstos figuran hechos de sangre y atropellos de diversas características, que regularmente quedan impunes o son sancionados con medidas leves que no guardan proporción alguna con la gravedad de los ilícitos cometidos. En una resolución sobre “Protección de los migrantes” (A/RES/54/166, del 24 de febrero del 2000) —mencionada en la Opinión Consultiva—, la Asamblea General de las Naciones Unidas expresó su preocupación por “las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación

- y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”.
11. La vulnerabilidad de los trabajadores migrantes aumenta, hasta llegar a extremos dramáticos que conmueven la conciencia moral de la humanidad, cuando aquellos carecen de la autorización oficial para ingresar y permanecer en el país, y pertenecen, por lo mismo, a la categoría de quienes son sumariamente identificados como trabajadores “indocumentados”, “en situación irregular” o, peor todavía, “ilegales”. Lo que debiera ser una característica administrativa con efectos bien acotados, se convierte en una “etiqueta” que trae consigo múltiples desventajas y expone a innumerables abusos. Ese sector queda bajo un rótulo expresivo: es una “categoría sospechosa”, como indica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en el escrito de otro *amicus curiae* se alude a “categoría sospechada”—, concepto elaborado a partir de la jurisprudencia europea y del derecho comparado. Se trata, en fin, de “personas bajo sospecha”, con todo lo que esto significa y, más todavía, con todo lo que sugiere e inclusive permite.
 12. No mencionaré aquí con detalle —pero es preciso tener en cuenta— las características del trato que se suele dar a los trabajadores indocumentados. En este figuran abusos y atropellos de diversa naturaleza en los centros de trabajo, pero también fuera de ellos, a través de las condiciones de inseguridad que los agobian, el trato reciben y otros aspectos, muy diversos, de su vida personal y familiar, incluso los más íntimos y delicados. Los relatos puntuales de esta situación, hechos por observadores de diversos países a propósito del estado de cosas que prevalece en distintos Continentes, ilustran ampliamente sobre esta materia.
 13. Esta es la situación en la que viven, trabajan y padecen millones de personas en muchos países del mundo, entre ellos algunos que han figurado, históricamente, en la línea avanzada de los derechos humanos y la democracia. Así, cuando se alude al problema de los trabajadores migrantes indocumentados, tema central de la OC-18/2003, se hace referencia a un gran número de seres humanos localizados en diversos países, como se advierte a través de las aportaciones estadísticas de quienes acudieron, como representantes de Estados o *amici curiae*, al proceso de reflexión que condujo a esta Opinión Consultiva.
 14. La OC-18/2003 se eleva, como no podía ser menos, sobre la admisión de los derechos humanos reconocidos a todas las personas y exigibles a todos los Estados. Esto corresponde, por lo demás, a la idea radical de los derechos fundamentales en los términos expresados por las declaraciones nacionales a partir del siglo XVIII y los instrumentos internacionales más destacados en el siglo XX. Ese reconocimiento, que se funda en la dignidad humana y trasciende todas las fronteras

políticas, constituye el dato moral, jurídico y político más relevante en la etapa actual del orden jurídico. Las violaciones cometidas en aquella centuria y en la que ahora se inicia no reducen el estatuto contemporáneo del ser humano, producto de una larga y azarosa evolución, ni suprimen la exigibilidad de los derechos humanos frente a todos los Estados. Por el contrario, refuerzan una preocupación compartida por innumerables personas y ponen de manifiesto la necesidad de sostener la batalla por asegurar a todos el más amplio goce y ejercicio de aquellos derechos. No sobra decir que esta es la filosofía que anima a las grandes organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, en los términos de sus cartas constitutivas, y compromete, por lo tanto, a los Estados que forman parte de ellas y han aceptado su ideario y los compromisos que éste representa.

15. En el pensamiento generador de las declaraciones de derechos y en sus expresiones modernas figuran las invocaciones a la libertad y a la igualdad de los seres humanos. Esta trae consigo, primero implícitamente, luego en forma explícita que ya puebla numerosos documentos —como se indica en la presente Opinión Consultiva— el más completo y terminante rechazo de la discriminación por cualesquiera motivos. Aquella convicción profunda constituye la fuente de las luchas históricas del ser humano contra diversas formas de opresión —luchas que han culminado en la consagración de sucesivos conjuntos de derechos fundamentales— y son el cimiento sobre el que se construye el orden jurídico moderno.
16. La igualdad ante la ley y el rechazo de todas las formas de discriminación se encuentran a la cabeza de los textos declarativos, preceptivos y garantizadores de los derechos humanos. Integran, en cierto modo, puntos de referencia, factores de creación, criterios de interpretación y espacios de protección de todos los derechos. Constituyen, por el grado de aceptación que han alcanzado, expresiones claras del *jus cogens*, con el carácter imperativo que éste reviste más allá de las convenciones generales o particulares, y con los efectos que posee para la determinación de obligaciones *erga omnes*.
17. Esa idea, que se afirma en la OC-18/2003, fue expresada en el curso de los trabajos conducentes a ella. Así, en la participación como *amicus curiae* del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, con el apoyo de su Secretaría Técnica, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se mencionó, en síntesis, que “habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley, deben ser consideradas como normas de *jus cogens*, y en ese sentido se trata de normas de dere-

- cho internacional imperativo que integran un orden público internacional al cual no pueden oponerse válidamente el resto de (las) normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados”. En fin, sin la consagración y vigencia de la igualdad ante la ley y el rechazo de la discriminación sería imposible entender el desarrollo humano y apreciar el momento actual de la evolución jurídica.
18. La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan —para formar, por ejemplo, una relación de trabajo— el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye —o conoce perfectamente— que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones.
 19. En esos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección —y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC-16/99, el concepto de debido proceso— que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo “Derecho se pretende justo —dice el tratadista español—, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial”. Ahora bien, “la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad” (“La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 644 y 656). A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes.
 20. La proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como “santuarios de infracciones”: se reprueba en todos los casos. No importa, para este efecto, que aquélla se proyecte sobre derechos considerados primordiales, como pudieran ser los referentes a la vida, la integridad física o la libertad

personal, entre otros, o sobre derechos a los que algunos asignan un rango diferente o una trascendencia distinta. Es discriminatorio prever sanciones diferentes por las mismas faltas en función de la pertenencia de los autores a determinados grupos sociales, religiosos o políticos. Lo es negar el acceso a la educación a los integrantes de un grupo étnico y permitirla, en cambio, a los miembros de otro. Y lo es —bajo el mismo título de reproche— proveer a unas personas con todas las medidas de protección que merece la realización de un trabajo lícito, y negarlas a otras personas que despliegan la misma actividad, arguyendo para ello condiciones ajenas al trabajo mismo, como son las derivadas, por ejemplo, de su status migratorio.

21. Los principios de igualdad ante la ley y no discriminación quedan a prueba cuando entran en contacto diversos grupos humanos, llamados a participar en relaciones jurídicas y económicas que ponen en riesgo los derechos de quienes son más débiles o se hallan menos provistos, en virtud de sus circunstancias y de la forma en que se establecen y desenvuelven esas relaciones. Esto se ha observado —y hoy mismo se observa— en múltiples casos, por los más diversos motivos: nacionales y extranjeros, varones y mujeres, adultos y menores, mayorías y minorías étnicas, culturales, políticas y religiosas, vencedores y vencidos en contiendas internas e internacionales, grupos arraigados y grupos desplazados, sólo por ejemplo. Y eso acontece entre quienes forman parte del contingente laboral en su propio país y quienes concurren con ellos en los mismos procesos económicos, pero carecen de la condición de nacionales. Esta condición constituye el escudo de protección de unos; su ausencia significa, a menudo, el factor de exclusión o menoscabo de otros.
22. La pretensión irreductible y permanente del sistema de derechos humanos, así como de las ideas en las que se sustenta y de los fines que persigue— es eliminar las distancias, combatir los abusos, asegurar los derechos; en suma, establecer la igualdad y realizar la justicia, no apenas como designio ético, que sería, de suyo, relevante, sino también como estricto cumplimiento de normas imperativas que no aceptan salvedades y obligan a todos los Estados: *jus cogens* y deberes erga omnes, como se dijo. En algunos casos hay avances estimables, aunque todavía insuficientes —así, la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, que no alcanza, empero, a dominar la realidad y convertirse en unánime experiencia—, y queda mucho por recorrer en otros, como sucede en el ámbito de las relaciones laborales, cuando en él concurren trabajadores nacionales y extranjeros.
23. La OC-18/2003 desautoriza el criterio que sugiere restricciones y reducciones en los derechos de las personas, cuando éstas trascienden las fronteras de su país y se trasladan al extranjero, como si ese tránsito

erosionara el estatuto humano y restara dignidad y, por lo tanto, derechos y libertades a los migrantes. El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas —citado en el escrito de *amicus curiae* del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Servicio de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF) y Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires— ha puntualizado que “(t)odas las personas, independientemente del lugar de residencia, tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Corresponde a todos los Estados respetar los derechos humanos fundamentales de los migrantes, independientemente de su condición jurídica”. Añade: “(u)n principio básico de los derechos humanos es que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando las leyes de inmigración del país no supone la pérdida de los derechos humanos del inmigrante en situación irregular. Tampoco suprime la obligación de un Estado Miembro (en un instrumento internacional) de protegerlos”. Sin embargo, no siempre se reconoce esto. Sucede, en cambio, como se dijo en la intervención de *amicus curiae* del representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) que cuando se cataloga a unas personas como migrantes, “lo que se quiere decir es que no tienen derechos y que por ende el Estado, en ejercicio de su soberanía, puede expulsarlos, deportarlos o violarles sus derechos básicos”.

24. La presente Opinión Consultiva no niega la posibilidad de establecer diferencias entre categorías de sujetos: diferencias razonables, fundadas en datos objetivos, con las que se pretenda alcanzar objetivos lícitos por medios legítimos. Desde luego, es factible que un Estado, al regular el acceso a su territorio y la permanencia en éste, fije condiciones y requisitos que los migrantes deben atender. La inobservancia de las disposiciones migratorias traería consigo consecuencias del mismo orden, pero no debiera acarrear efectos en materias ajenas a la cuestión del ingreso y la estancia del migrante.
25. En función de lo anterior, no sería admisible, por ejemplo, que se privara al indocumentado, por el hecho de serlo, de las libertades de pensamiento y opinión. Tampoco lo es sancionar el incumplimiento de disposiciones migratorias con medidas que atañen a otros ámbitos, desconociendo las situaciones creadas en éstos y los efectos que debieran traer consigo, por sí mismas, completamente ajenos a la infracción migratoria. Proceder de otra manera significaría, como sucede en efecto, desposeer a una persona, aduciendo faltas administrativas, del producto de un trabajo ya realizado: una expropiación,

- lato sensu, de aquello que obtuvo el operario con su trabajo, mediante acuerdo de voluntades con un tercero, y que ya produjo cierto beneficio a éste, que se transformaría en lucro indebido si se excluye la contraprestación —en sus diversas expresiones— por el trabajo realizado.
26. Tomando en cuenta las características de los deberes generales de los Estados al amparo del Derecho internacional general y del Derecho internacional de los derechos humanos, específicamente, en lo que corresponde a estos extremos del *jus cogens*, aquellos deben desarrollarse, como se sostiene en la OC-18/2003, determinadas acciones en tres órdenes mutuamente complementarios: a) por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza —es decir, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado— la efectiva vigencia —no sólo la consagración nominal— de los derechos humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación alguna; b) por otra parte, suprimir las disposiciones, cualesquiera que sean su rango o su alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; y c) finalmente, combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia. Sólo entonces se puede decir que un Estado cumple sus obligaciones de *jus cogens* en esta materia, que, como se ha mencionado, no dependen de que el Estado sea parte en determinado convenio internacional, y sólo entonces quedaría a cubierto de la responsabilidad internacional que proviene del incumplimiento de deberes internacionales.
 27. La OC-18/2003 examina centralmente los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores. Estos pertenecen a la categoría de los derechos denominados “económicos, sociales y culturales”, que algunos tratadistas califican como derechos de “segunda generación”. Ahora bien, sea cual fuere el emplazamiento de éstos, tomando en cuenta su materia e incluso la época en la que llegaron a los textos constitucionales, primero, e internacionales, luego, lo cierto es que tienen el mismo rango que los derechos llamados “civiles y políticos”. Unos u otros, mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificialmente si quedara excluida alguna de ellas.
 28. Entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan. Tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto. No es debido confundir unos con otros, pero tampoco es posible ignorar la relación en que se encuentran, por el imperio mismo de las circunstancias: digamos, por ejemplo, que si bien el derecho al trabajo no se confunde con el derecho a la vida, el trabajo es condición de

una vida digna, e incluso de la vida misma: factor de subsistencia. Si se niega el acceso al trabajo, o se impide al obrero la recepción de sus frutos, o se obstruye la vía jurisdiccional o administrativa por la que éste reclama sus derechos, podría quedar en riesgo la vida, y en todo caso sufrirá menoscabo la calidad de la vida, que es un punto básico tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los civiles y políticos.

29. Los derechos humanos de los trabajadores, esto es, los derechos fundamentales de carácter laboral, derivan de dos fuentes, que operan en forma concertada: a) primero, la condición humana del titular, que excluye, como ya se dijo, desigualdades inadmisibles y discriminaciones; y b) segundo, la relación de trabajo que se establece entre el titular de esos derechos y la persona jurídica, individual o colectiva, a la que prestará, presta o ha prestado sus servicios, relación que surge del hecho mismo de prestar, disponerse a prestar o haber prestado un servicio, independientemente de que aquella se encuentre formalizada a través de un contrato, que no existe en un gran número de casos —la mayoría, probablemente—, aunque sí exista —y esto es lo que verdaderamente importa— el hecho determinante de la relación laboral, que es al mismo tiempo fuente de derechos y obligaciones.
30. Hay que acentuar esas consideraciones en lo que respecta a todos los individuos que realizan actividades a cambio de cierta remuneración, pero principalmente —por tratarse de la materia que se analiza en la OC-18/2003— en la hipótesis de quienes tienen la calidad de trabajadores conforme a la caracterización que sobre esta categoría suele proporcionar el Derecho del trabajo: prestadores de servicios en forma dependiente y subordinada, que integran el más amplio contingente del grupo vulnerable a causa de su condición migratoria, principalmente cuando se trata de migrantes indocumentados.
31. En diversos instrumentos internacionales —además de los textos nacionales más avanzados— se formulan listas o relaciones de derechos laborales que deben ser reconocidos y garantizados. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (86ª, Reunión, Ginebra, 1998).
32. Estos y otros instrumentos concurren a establecer los estándares internacionales en materia de derechos laborales, invocados en esta Opi-

- nión Consultiva y aplicables al derecho y a las prácticas que, conforme a éste, se presenten en los Estados. Tales estándares son el producto de una constante y acreditada evolución, expresan la opinión compartida por los miembros de la comunidad jurídica internacional y poseen, por lo tanto, el doble valor que le asignan esta circunstancia y la naturaleza propia de los instrumentos en los que aquéllos se inscriben.
33. Hay ciertos derechos, mencionados en la parte considerativa de la OC-18/2003, que poseen especial importancia en cuanto son los más generalmente recogidos en las normas nacionales e internacionales, a menudo constituyen condiciones o factores de otros derechos laborales y por sus propias características determinan el marco general para la prestación del trabajo y la protección y el bienestar de quienes lo realizan. En la correspondiente relación —que no es exhaustiva— figuran la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la eliminación de discriminaciones en la prestación laboral, la abolición del trabajo infantil, la protección de las mujeres trabajadoras y los derechos correspondientes al salario, la jornada laboral, el descanso y las vacaciones, la higiene y seguridad en el trabajo, la asociación sindical, la negociación colectiva.
 34. En el “Programa de Acción” emitido por la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación social, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (Durban, 2001) se instó a los Estados a asegurar la plena igualdad de los migrantes ante la ley, “incluida la legislación laboral”, y a que “eliminen los obstáculos, según proceda, a: la participación en la formación profesional, la negociación colectiva, el empleo, los contratos y las actividades sindicales; el acceso a los tribunales judiciales y administrativas para plantear quejas; el derecho a buscar empleo en diferentes partes del país de residencia, y el trabajo en condiciones seguras y saludables” (Programa, párr. 28). También se les instó a adoptar “todas las medidas posibles para promover el pleno disfrute por todos los migrantes de todos los derechos humanos, en particular los relacionados con los sueldos justos y la remuneración equitativa por trabajo de igual valor sin distinción de ninguna especie, y el derecho a seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudedad, vejez u otra falta de medios de subsistencia en circunstancias ajenas a su voluntad, la seguridad social, incluido el seguro social, el acceso a la educación, la atención sanitaria, los servicios sociales y el respeto a su identidad cultural” (Programa, párr. 30, g).
 35. La mención de estos derechos en la Opinión Consultiva OC-18 no sirve al propósito de establecer cierta organización jerárquica de los derechos humanos de los trabajadores, distribuidos en un conjunto que pudiera constituir el “núcleo duro” y otro que pudiera poseer otro

- carácter, de alguna manera secundario o prescindible. Sólo se trata de poner énfasis sobre determinados derechos que destacan en la relación laboral y en las necesidades y expectativas de los trabajadores migrantes indocumentados y a cuya observancia y garantía es preciso dedicar especial atención, sin menoscabo de la que se deba brindar a otros derechos no mencionados en esa relación.
36. La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia.
 37. A ese acceso sirve el debido proceso, ampliamente examinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa. En rigor, el debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos. El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza —entre ellas, obviamente, las laborales— y a las peticiones y reclamaciones que se plantean ante cualesquiera autoridades: judiciales o administrativas.
 38. El debido proceso, en los extremos que interesan para el objeto de la OC-18/2003, entraña, por una parte, la mayor igualdad —equilibrio, “igualdad de armas”— entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue —en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo— cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección a los que antes me referí; y por otra parte, el cumpli-

- miento claro y fluido del deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil.
39. Estas precisiones por parte de la OC-18/2003 tienen especial relevancia. Efectivamente, los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarla, sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado. Esto sucede cuando la solicitud de justicia puede desembocar en represalias contra los solicitantes por parte de autoridades o particulares, medidas de coerción o aseguramiento, amenazas de deportación o privación de libertad y otras similares, que lamentablemente no son ajenas a la más frecuente experiencia de los migrantes indocumentados. De esta suerte, el ejercicio de un derecho humano primordial —acceso a la justicia— culmina en la privación de múltiples derechos. Conviene puntualizar que incluso en el caso de que se apliquen medidas de coerción o sanciones basadas en disposiciones migratorias —así, la deportación o la expulsión—, el afectado conserva íntegramente los derechos que le corresponden en función del trabajo realizado, cuya fuente es ajena al problema migratorio y se localiza únicamente en la prestación laboral.
40. La Opinión Consultiva a la que concurro con este voto razonado aborda el tema de las políticas públicas, planteado en la solicitud formulada por el Estado requirente. A este respecto, se reconoce que los Estados tienen la facultad de adoptar políticas públicas —que se manifiestan en leyes, reglamentos y otras normas, planes, programas y acciones diversas— conducentes a la obtención de fines colectivos legítimos. Entre esas políticas figuran las relativas a los procesos poblacionales, que incluyen las cuestiones migratorias, además de las concernientes al manejo de la economía, el empleo de la mano de obra, el fomento de ciertas actividades productivas, la protección de sectores específicos de la agricultura, la industria, el comercio y los servicios, etcétera.
41. Surge un problema, sin embargo, cuando algunos aspectos específicos de una política del Estado entran en colisión con los derechos humanos de cierto sector de la población. Evidentemente, esto no debiera ocurrir en ninguna circunstancia. Es función del Estado que responda a una vocación democrática y reconoce y garantiza los derechos humanos de sus habitantes, llevar adelante las diversas políticas públicas de manera que se preserven esos derechos y al mismo tiempo se procuren y alcancen los legítimos objetivos que aquellas políticas

pretenden. Digamos, de nueva cuenta, que el fin plausible no justifica el empleo de medios ilegítimos. En tales casos prevalecen los compromisos esenciales del Estado con los derechos humanos, cuya preservación constituye la razón de ser de la organización política, como se ha manifestado constantemente a partir de los más importantes documentos políticos de la etapa moderna, generados por los grandes movimientos insurgentes y revolucionarios de Estados Unidos y Francia en el último tercio del siglo XVIII. Si este es el dato ético y jurídico esencial de la sociedad política, un Estado no podría vulnerar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción aduciendo para ello determinadas políticas.

42. Sobre estas bases, la Opinión Consultiva OC-18/2003 remite a varios acuerdos —que se sustentan, hay que creerlo, en convicciones profundas— de la comunidad internacional a propósito de las políticas migratorias, tema de la consulta planteada por los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido figuran la “Declaración” y el “Programa de Acción” emanados de la Conferencia de Durban, y la Resolución sobre estos mismos temas de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Res. 2001/5), textos mencionados por la Corte Interamericana en la presente Opinión Consultiva. En el documento citado en primer término se puntualizó el derecho de los Estados a adoptar sus propias políticas de migración, e igualmente se afirmó “que esas políticas deben ser congruentes con los instrumentos, normas y principios de derechos humanos” (Declaración, párr. 47).
43. Sería ilusorio creer que la opinión de un órgano jurisdiccional —apoyado, sin embargo, en las convicciones y las decisiones de Estados que representan, en este Continente, a centenares de millones de personas— y las corrientes de progreso con justicia que animan a muchos hombres y mujeres de buena voluntad podrían invertir, en el corto plazo, tendencias antiguas que tienen su raíz en hondos prejuicios y cuantiosos intereses. Sin embargo, estas fuerzas, concertadas, pueden hacer su parte en el esfuerzo humano por mover montañas. Recorrerlo y culminarlo exige adoptar —como se dijo en Durban— estrategias, políticas, programas y medidas que competen a la “responsabilidad de todos los Estados, con la plena participación de la sociedad civil a nivel nacional, regional e internacional” (Declaración, párr. 122). En esta empresa, la OC-18/2003 cumple su propia misión. Lo hace, como corresponde a este tribunal, desde la perspectiva que le compete: jurídica, a partir de los principios germinales y radicales del sistema internacional de los derechos humanos.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-20
ARTÍCULO 55 DE LA CONVENCIÓN
AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS,
del 29 de septiembre de 2009

I. CONSIDERACIÓN PREVIA

1. En 1998 inicié mi desempeño como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, electo en 1997. Esta función concluye al cabo de 2009. Durante doce años he tenido la honrosa oportunidad de participar en una tarea —mejor todavía: una misión— por la que tengo el mayor respeto y aprecio. Constituye un capítulo esencial de mi vida. Reconozco y valoro las enseñanzas que me deparó y la experiencia que me proveyó. Atesoro los buenos momentos, que fueron muchos.
2. En mi ejercicio como integrante de la Corte participé en la adopción de la gran mayoría de las sentencias que ha dictado el tribunal, así como en varias opiniones consultivas. Desde que aquél emitió sus primeros pronunciamientos, algunos jueces, no pocos, expusieron en votos particulares sus propios puntos de vista acerca de diversos temas, sin perjuicio de coincidir con sus colegas en la mayoría de los casos. A esta categoría pertenecen los votos razonados particulares, que son el género, en el que se incorporan dos especies: votos concurrentes y votos discrepantes.
3. La buena práctica de la Corte ha permitido escuchar los pareceres individuales que nutren el examen colegiado de los temas. En esa buena práctica figura el respeto a los votos que cada juez expresa, sea que coincidan, sea que difieran de la mayoría. Sana costumbre entre pares que se reconocen como tales, sin espacio para la imposición o la intolerancia. No hay “pensamiento único”, aunque exista coincidencia en valores y criterios fundamentales.
4. La emisión de votos particulares obedece a diversos motivos. Es obvio que la pertinencia o la necesidad de expresarlos aumenta cuando el autor discrepa de sus colegas y debe justificar un sufragio minoritario, exponiendo las razones que lo sustentan. Es conveniente explicar, analizar, fundar. También, que se procure convencer.
5. La aportación de votos concurrentes no atiende a los mismos motivos. Obedece a una manera personal de entender el oficio judicial, a un temperamento, a una forma de compartir puntos de vista, porque la resolución no abarca todo lo que se quiere —es imposible que la sentencia o la opinión asuman íntegramente la reflexión de cada juez—, o porque se desea proponer nuevos rumbos o manifestar consideraciones personales que los lectores pueden compartir, ampliar o rechazar. A veces, la emisión de estos votos va de la mano con el que-

hacer del juez en otros ámbitos o simplemente con su costumbre en el trabajo: por ejemplo, el quehacer académico y la manifestación escrita de las ideas.

6. En suma, la expresión de opiniones separadas no exalta ni disminuye a quien la practica. Tampoco grava a quien no lo hace. Sólo refleja un modo de ser y hacer las cosas, y acaso contribuye a colocar las meditaciones y los motivos del tribunal bajo la mirada del lector y aplicador de sentencias. Es válido. Por supuesto, aludo a opiniones jurídicas sobre los temas de la misma naturaleza que aborda una sentencia, no a textos de otro carácter: ensayos retóricos o excursiones literarias.
7. En el tiempo de mi ejercicio como juez he presentado setenta y cinco votos particulares. En su mayoría son sufragios concurrentes e individuales. Alguna vez mi coincidencia fue percibida como discrepancia. Lo comprendo. Sucede que la marcha sobre el filo de la navaja pone a la luz dudas, selecciones difíciles, que dan cuenta de los gramos colocados en cada platillo de la balanza hasta inclinar ésta en el sentido en el que finalmente se produce el voto. La elaboración de votos individuales me ha permitido presentar mis puntos de vista con mis propias palabras, desde una perspectiva más personal (que no compromete a la Corte, aunque ésta la haya acogido en algunas de sus resoluciones posteriores, convirtiéndola en jurisprudencia).
8. Confieso mi tendencia a procurar el consenso que puede fortalecer un pronunciamiento colectivo —pero reconozco que eventualmente podría debilitarlo—, con base en las coincidencias esenciales, lo que no significa convenir a todo trance, cuando la razón no lo autoriza. Desde luego, la búsqueda y el alcance del consenso puede implicar el retraimiento de consideraciones individuales de menor cuantía en aras del predominio de soluciones colectivas de mayor trascendencia.
9. No haré aquí la relación de los temas que he examinado en votos de este carácter. Van de las garantías del debido proceso a los problemas carcelarios; del juez natural a la solución autocompositiva; de la tutela de la libertad y la protección de la salud a la reivindicación de los derechos de integrantes de comunidades indígenas; de la responsabilidad del Estado por actos de terceros al deber de justicia; de los derechos generales y las medidas especiales para la protección integral de niños y adolescentes a la libertad de expresión en la sociedad democrática; de los derechos económicos y sociales —punto pendiente de mayor examen— a la garantía colectiva en el supuesto de graves violaciones de derechos humanos; de la tutela de miembros de grupos en riesgo a los derechos de migrantes indocumentados; de las indemnizaciones tradicionales al amplio catálogo de consecuencias jurídicas —bajo el rubro de “reparaciones”—, que constituye una de las aportaciones más originales y fecundas de la Corte Interamericana

- al Derecho internacional de los derechos humanos; de la confesión y el allanamiento al control de convencionalidad, etcétera, etcétera.
10. En mis votos particulares, que reflejan en su texto mi actitud como juez —y, más ampliamente, como persona— en relación con la Corte, con mis colegas y con otros órganos y actores del sistema, invariablemente evité incurrir en juicio o causar agravio a quienes sostienen puntos de vista diferentes o inclusive opuestos a los míos. También me abstuve de cuestionar a la Corte misma, su desempeño, sus méritos, sus afanes, sus tiempos y cuidados, haciendo de mis opiniones una referencia para medir el acierto de la jurisdicción en su conjunto. Es preciso, así lo entendí y lo practiqué, cuidar el “lenguaje judicial”, que da testimonio del tribunal y del juzgador. Por supuesto, también dejé a salvo la dignidad y las competencias de otros órganos del sistema interamericano.
 11. No juzgo a la Corte. No soy “juez de jueces”. Procuró ser un juzgador que concurre con sus colegas en la responsabilidad de administrar justicia, y busca el éxito de la obra común, respeta las ideas de sus pares, escucha sus razones, advierte el mérito de sus esfuerzos y pretende el prestigio del organismo al que pertenece y el desarrollo de la misión que éste atiende. Sobra decir que no considero, en lo absoluto, que mi opinión sea la mejor, y mucho menos la única admisible.
 12. Si me extiendo en este voto, ruego se me disculpe en función de dos circunstancias. Existe, ante todo, un dato esencial vinculado a la materia de la opinión y del voto: la Corte ha debido pronunciarse sobre los jueces y las funciones judiciales, esto es, se ha tenido en cuenta “a sí misma”, directa e indirectamente. Esto es internarse en un espacio que abarca algo más que el explorado en otras oportunidades.
 13. También se presenta aquí —para mí, quiero decir— una segunda circunstancia: esta es la última vez que tengo la posibilidad de emitir un voto personal como miembro de la Corte Interamericana. No digo que sea la última que examinaré asuntos de la jurisdicción interamericana. Ni la memoria ni la reflexión quedan clausuradas por la separación definitiva de un desempeño funcional. Pero sí se trata de la última ocasión en que podré exponer puntos de vista como juez sobre temas que atraen mi interés y que no podría incorporar literalmente en la opinión o la sentencia sin desbordar su cometido y exceder su dimensión.

II. LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-20/2009

14. El Estado solicitante se ha referido a dos cuestiones relativas a la integración misma de la Corte Interamericana en determinados supuestos. En consecuencia, se trata de revisar la estructura de ésta, enlazada

a la noción de “juez natural”. Para los fines de los litigios que dirime la Corte, pero también de las cuestiones orgánicas y procesales que le atañen, el concepto de juez natural y sus conexiones específicas se desprenden de los artículos 8 y 55 de la Convención Americana y de otros preceptos aplicables a las hipótesis objeto de consulta. Por ello dije que en esta situación la Corte debe conocer de “sí misma”: su composición idónea, de manera que guarde congruencia con las normas de la Convención y con los principios que sirven mejor a su objeto y fin.

A. *El juez ad-hoc*

15. En primer término, se interroga sobre la designación de juez *ad-hoc* en asuntos suscitados por una queja o denuncia individual, cuando en la composición regular de la Corte no figura un miembro de la nacionalidad del Estado demandado, sea que esa ausencia se deba a la integración ordinaria del tribunal, sea que obedezca a la falta o excusa del juzgador que ostenta la nacionalidad del demandado. El solicitante menciona la interpretación que la Corte ha dado a los preceptos 55.2 a 55.5 de la CADH, y establece su parecer sobre la interpretación pertinente.
16. Para resolver este punto es preciso examinar —como lo hace el tribunal en la OC-20—, tanto los precedentes en la materia, observados en decenas de litigios, como los imperativos que se desprenden del principio de igualdad —mejor que no discriminación—, equilibrio entre los contendientes, equidad, desarrollo de la legitimación procesal de quienes figuran como partes en el proceso, etcétera. Todo esto se analiza en el marco del enjuiciamiento interamericano acerca de derechos humanos, sobre todo en lo que concierne a la condición procesal de las partes.
17. Se atiende además a las reflexiones de los participantes en la consulta sobre la posición que guarda un juez *ad-hoc*, normalmente nacional del Estado que lo designa —regla que ha tenido excepciones—, como conecedor del ordenamiento y de las circunstancias que prevalecen en el Estado demandado. Estos últimos señalamientos destacan en el supuesto de la segunda pregunta formulada por el Estado solicitante, en la que luego me ocuparé.
18. Este examen sobre la figura del juez *ad-hoc* no entraña un “juicio acerca de los jueces *ad-hoc*” que han actuado en el curso de muchos años de ejercicio jurisdiccional de la Corte. He observado el desempeño pulcro e ilustrado de jueces *ad-hoc* con los que tuve el privilegio de compartir tareas jurisdiccionales. Han expresado sus puntos de vista con libertad y acopio de razones, y votado en la forma que estimaron per-

- tinente, coincidiendo o difiriendo del parecer de la mayoría. Nada de lo que digo significa juicio —y mucho menos crítica— sobre los méritos o el desempeño de esos juzgadores. Lo que está *sub judice* es la “figura del juez *ad-hoc*”, no los jueces *ad-hoc* individualmente considerados.
19. El criterio sustentado por la Corte en la OC-20/2009 difiere del que tradicionalmente utilizó al interpretar los párrafos pertinentes del artículo 55 de la Convención Americana. Este giro no se produce al aplicar el uso tradicional de invitar a un Estado para que designe juez *ad-hoc* en un asunto contencioso. Ocurre por otro medio: la Corte analiza centralmente el precepto y revisa su interpretación al responder a la consulta de un Estado que se refiere precisamente a ese tema.
 20. Algunos participantes han sostenido que un cambio de criterio en esta materia significaría la modificación de una práctica o de una costumbre en el marco del sistema interamericano. En cambio, en concepto del tribunal ese giro sólo implica una nueva interpretación de un precepto convencional. Las facultades, características de un órgano jurisdiccional como la Corte Interamericana, implican la posibilidad de releer una norma, conforme a la evolución de la materia y a la variación de las circunstancias, pero siempre a la luz del objeto y fin del instrumento en el que aquélla figura, sustituyendo la antigua interpretación por otra que atienda mejor a esos designios. Un tratado de derechos humanos —ha sostenido la Corte— es un “cuerpo vivo”; a esta vitalidad concurre la interpretación judicial.
 21. Corresponde a los tribunales constitucionales y a los tribunales internacionales con la naturaleza y características de la Corte Interamericana, cada uno en el ámbito de su propia competencia, fijar el rumbo a través de la interpretación de normas de muy amplio alcance y poner al día el sentido de los preceptos. Es indispensable que así sea, a condición de que no se subvierta la orientación esencial de las normas, so pretexto de interpretarlas, sino se profundice y avance. Así ocurre al abrigo de la nueva interpretación, en la medida en que se atiende con mayor fidelidad y eficacia a los principios que gobiernan el litigio internacional en materia de derechos humanos, tomando en cuenta las características de éste, los antecedentes de las disposiciones analizadas, el desarrollo del sistema y otros extremos.
 22. Coincido con mis colegas en que aquí no existe alteración de una costumbre internacional, en sentido propio —que sería fuente del Derecho internacional—, porque la Corte no establece por sí misma costumbres vinculantes. No existe, pues, costumbre internacional ni alejamiento de ésta. Más bien ha existido un uso judicial, un uso *forense* —en amplio sentido—, que ahora se revisa.

23. Los usos no tienen la eficacia productora de normas de obligatoria observancia que proviene de las verdaderas costumbres formadas por los Estados a través de la práctica inveterada y de la opinión común y coincidente sobre la fuerza jurídica de ésta. En otros términos, procede distinguir entre costumbre internacional formadora de normas de general alcance, y uso del tribunal para el despacho de sus asuntos. Es evidente que el tribunal puede modificar sus usos, como lo ha hecho en diversas ocasiones, para avanzar en su desempeño judicial de manera consecuente con los fines a los que atiende.
24. La Corte ha tomado en cuenta el sentido estricto de las palabras que utiliza la Convención y considerado cuidadosamente los antecedentes de ésta y el origen de la institución del juez *ad-hoc* en el escenario internacional. Por ambas vías —literalidad y origen— se llega a la conclusión de que esa figura se halla asociada a contiendas interestatales para cuya solución se pretende generar condiciones de igualdad procesal, digámoslo así, entre los Estados que contienden. Se trata de “jueces de las partes” —o más suavemente, “designados por las partes” que litigan—, bien conocidos en diversos órdenes del enjuiciamiento, cuya presencia contribuye a cierta apreciación sobre la igualdad de armas.
25. Las condiciones que atañen a los conflictos interestatales no se presentan en el litigio generado por una denuncia individual. En ésta, la colisión no ocurre entre dos Estados. El Estado demandado entra en contienda con el particular supuestamente agraviado —partes en sentido material—, e intervienen en el proceso tanto el mismo Estado como la Comisión Interamericana —parte en sentido formal—. No debo ir más lejos en el análisis de este punto, sujeto a diversos pareceres, que no mellan, sin embargo, la situación a la que me refiero.
26. Es manifiesto que la facultad del Estado demandado de designar un juez *ad-hoc* para constituir el colegio judicial que conocerá de su propia causa, coloca a aquél en una posición procesal diferente —para no decir de ventaja— de la que corresponde a la presunta víctima y a la Comisión Interamericana. En efecto, no existe igualdad entre las partes que intervienen en el proceso y para los efectos de éste: lo que puede una de aquéllas —el Estado—, no lo pueden las otras.
27. Sería diferente si la víctima pudiese designar juez *ad-hoc* para “reforzar” de esta manera su posición en el proceso, pero tampoco resultaría deseable este método de generación de “equilibrio”, exactamente como no lo es contrariar la igualdad de armas reconociendo al demandado la facultad o potestad de designar a un juez.
28. Hay otras consideraciones que acuden al estudio de esta materia. La recomposición del tribunal para conocer cierto litigio contiene un dato adicional: el designado no pasa por el proceso de elección que obliga

- a los integrantes titulares del tribunal: es juez de un caso, nombrado por el Estado al que se refiere ese caso.
29. Tampoco me persuade el argumento, sobre el que volveré cuando me ocupe de la segunda pregunta sometida a la Corte, de que el integrante *ad-hoc* provee a sus colegas de elementos de juicio para la mejor comprensión del problema sujeto a debate y sentencia. Esto sugiere que el *ad-hoc* funcionará como perito, fuera del control contradictorio. Por otra parte, deja de lado la idea de que ese juez es un tercero con respecto a las partes, no un órgano auxiliar de éstas o del tribunal para el análisis de la prueba y de las argumentaciones en pugna.
 30. No sobra preguntarse por qué subsistió durante tanto tiempo la interpretación del artículo 55 que ahora cede el lugar a la nueva interpretación fijada por la Corte. Hay puntos de vista al respecto. Por una parte, no sería impertinente suponer que la mejor oportunidad para llevar adelante una interpretación de estas características es una opinión consultiva, en la que se interroga precisa y directamente sobre la aplicación general de una norma inscrita en un tratado de derechos humanos, y no un incidente dentro de un proceso específico sobre violación de derechos. Reconozco que este argumento es discutible.
 31. Por otra parte, también cabe suponer que en una etapa anterior del desenvolvimiento de la jurisdicción interamericana resultaba conveniente que los usos y las interpretaciones razonables —pero no indiscutibles e inamovibles— de la Corte contribuyeran a la evolución, la firmeza y el arraigo del sistema, considerando el tiempo y las circunstancias prevalecientes. Ha sido necesario superar muchas dudas y reticencias entre los Estados —también, entre actores de la sociedad civil— y acreditar la independencia, la imparcialidad, el buen desempeño del tribunal, que sólo sirve a la causa de la justicia a través de la preservación de los derechos humanos.
 32. Acaso la presencia de jueces *ad-hoc* contribuyó a la confianza de los Estados, sin ocasionar la desconfianza de otros protagonistas del sistema. Aquéllos pudieron conocer el desempeño de la Corte “desde dentro”, valorando adecuadamente la forma en que el tribunal las adopta. Esta manera de explicar la institución del juez *ad-hoc* ha sido mencionada por algún participante en la reflexión colectiva que se halla en la base de la OC-20. Por lo demás, el uso que apoyó el buen tránsito de la jurisdicción interamericana durante la etapa de establecimiento y desarrollo inicial, no conduce al reconocimiento definitivo de “derechos adquiridos” en el haber de los Estados durante la etapa de consolidación.
 33. A fin de cuentas, la intervención del juez *ad-hoc* quedaría ajustada al ámbito del que esa figura proviene: contiendas entre Estados. A este

ámbito aludió, y no podría ser de otra manera, el ordenamiento de la Corte Internacional de Justicia —que conoce de ese género de litigios— en el que figura la posibilidad de que los Estados litigantes se vean reflejados —no diré representados— por la presencia quizás tranquilizadora de un juez de su nacionalidad, que parecería significar un factor de “equilibrio” frente a la presencia del juez de la nacionalidad de otro Estado contendiente. La OC-20 sostiene que la designación de los jueces a los que nos estamos refiriendo “se restringe a aquellos casos contenciosos originados en comunicaciones interestatales (artículo 45 de dicho instrumento), y que no es posible derivar un derecho similar a favor de los Estados Partes en casos originados en peticiones individuales (artículo 44 de dicho tratado)”.

34. La Corte nunca ha recibido demandas de un Estado contra otro. Hasta hoy, este supuesto —previsto en la Convención Americana— es puramente hipotético. Las demandas efectivamente presentadas y tramitadas provienen de la Comisión Interamericana.
35. Estimo que incluso en los llamados casos interestatales vale la pena volver a la reflexión sobre los jueces *ad-hoc*, así sea de *lege ferenda*. Algunos de los argumentos con los que se cuestiona su intervención en los denominados casos individuales, abonarían su exclusión en la otra categoría. En fin, lo más razonable sería que el tribunal quedase integrado con jueces que no ostentan la nacionalidad de alguna de las partes. Así el tribunal correspondería, con mayor evidencia, a la figura del tercero colocado fuera y por encima de las partes.
36. Concluyo esta parte de mis razonamientos mencionando cuentas mis propios puntos de vista —que expuse a título de interrogantes— expresados públicamente desde el principio de mi ejercicio como juez de la Corte. Entonces pesaban en mi ánimo y hoy conservan vigencia. En un artículo escrito hace poco más de diez años, intitulado “La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas”, publicado en la Revista Mexicana de Política Exterior (México, no. 54, junio de 1998, pp. 116-149) y reproducido en mi libro Estudios jurídicos (México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 279 y ss.), sostuve lo que a continuación transcribo, sin modificar los términos en que se hizo la publicación y conservando las correspondientes notas a pie de página.
37. “En la estructura del tribunal [me referí a la Corte Interamericana de Derechos Humanos] —como en la composición de otros órganos similares— figuran los jueces *ad-hoc*, llamados a intervenir al lado de los jueces titulares cuando ninguno de ellos es nacional del Estado que comparece ante la Corte. Aquí hay materia para futuras reflexio-

- nes.¹⁶ Es evidente que los jueces deben mantener en todo caso una absoluta ‘neutralidad’ frente a los asuntos que se hallan sujetos a su conocimiento. En otros términos, el juez no resuelve al amparo de sus sentimientos nacionales, sino de las normas aplicables al caso”.
38. “Sin embargo, la institución del juez *ad-hoc* parece provenir de una hipótesis poco consecuente con aquella idea, a saber, que es indispensable —o al menos conveniente— que en el tribunal figure un juez con la nacionalidad del Estado litigante, acaso para reforzar —no diré asegurar, que sería excesivo— la objetividad del tribunal, o bien, más suavemente, el conocimiento de éste acerca de las circunstancias del Estado en cuestión”.
39. “No son desconocidos los argumentos a favor y en contra de figuras del proceso colocadas a media vía entre los contendientes y los juzgadores, por más que participen de la condición de los segundos. Sobre ellos recaen expectativas encontradas: de un lado, la esperanza del contendiente de que su posición será vista con simpatía por el juzgador afín; del otro, las exigencias de imparcialidad y objetividad inherentes a la función jurisdiccional.¹⁷”
40. “Desde luego —mencioné en el último párrafo del texto que vengo citando—, la calidad ética y profesional de los jueces *ad-hoc* les permite sortear con acierto esta incómoda antinomia y despachar su encomienda con pulcritud. Esto mantiene viva la institución de este juez ocasional. Empero, subsiste la pregunta: ¿es necesario?¹⁸ Si la interrogante persiste en los órganos jurisdiccionales internos, de composición clasista, por ejemplo, con mayor razón perdura en el caso de juzgadores que volverán a su propio país después de que se ha dictado una resolución que puede ser adversa a éste, y que en tal virtud acaso generará sentimientos encontrados entre los connacionales del juez”.

¹⁶ Este asunto enlaza con el tema de un estudio de Alcalá-Zamora y Castillo Niceto “El antagonismo juzgador-partes: situaciones inmediatas y dudosas”, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, t. II, pp. 239 y ss. Este ilustre jurista se refirió a la situación del juez-defensor, característico de las jurisdicciones paritarias laborales (pp. 252 y 253), a cuyo perfil pueden acomodarse figuras semejantes en otros ordenes jurisdiccionales.

¹⁷ Véase la interesante consideración que hace un ex juez *ad hoc*, Rigoberto Espinal Irías, en torno a determinadas expectativas sobre la CorteIDH, sus jueces titulares y el juez *ad-hoc*, en “Competencia y funciones de la Corte Interamericana”, en Navia Nieto (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derecho Humanos*, San José, Costa Rica, Organización de los Estados Americanos, Unión Europea, 1994, pp. 117 y 118.

¹⁸ Faúndez Ledesma reprueba la institución del juez *ad-hoc* y la considera un “vestigio indeseable del arbitraje”. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos Institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 136.

B. El juez nacional

41. La segunda cuestión planteada por el Gobierno de Argentina se formuló en los siguientes términos: “Para aquellos casos originados en una petición individual, ¿aquel magistrado nacional del Estado denunciado debería excusarse de participar de la sustanciación y decisión del caso en orden a garantizar una decisión despojada de toda posible parcialidad o influencia”. Esto ya no se refiere al juez *ad-hoc* (aunque desde luego afecta a quien sea designado con ese carácter, si es nacional del Estado al que se demanda), sino al juzgador que ordinariamente integra el tribunal, facultado para el conocimiento de cualesquiera controversias y ajeno a la causa en la que se plantea su posible exclusión.
42. La Corte examinó detalladamente este punto y concluyó por unanimidad de sus integrantes: “el juez nacional del Estado demandado no debe participar en el conocimiento de casos contenciosos originados en peticiones individuales”. El tribunal puso a la vista dos posibles interpretaciones o rutas para la solución del tema propuesto, que constan en la opinión consultiva. Por ambas vías se llega a la misma conclusión, aun cuando sean diferentes el método y el razonamiento para alcanzarla.
43. Una de ellas (párrs. 73 y ss.) sugiere que el tema debe analizarse en el contexto del artículo 55 de la Convención Americana, considerado integralmente, que se proyecta tanto sobre jueces *ad-hoc* como sobre jueces nacionales en general, que quedarían excluidos de intervenir en contiendas promovidas por comunicaciones individuales, no así en casos interestatales. La otra posible interpretación o ruta de solución (párrs. 79 y ss.) parte de la idea de que el artículo 55.1 no regula el tema de los jueces nacionales en casos originados por peticiones individuales. Consecuentemente, es preciso instalar la conclusión de la Corte sobre otros razonamientos, habida cuenta de que el juez nacional mantiene el derecho de intervenir en la causa del Estado de su nacionalidad. En esos otros razonamientos pesa la mejor imagen del tribunal desde el ángulo de la “imparcialidad objetiva del juez”, vinculada con la “apreciación de la justicia que imparte la Corte”.
44. Como lo hice en el caso de los jueces *ad-hoc*, dejo a salvo la imparcialidad y la integridad de los jueces que hemos actuado en asuntos concernientes a los países de los que somos nacionales. En las comunicaciones recibidas para la reflexión sobre la OC-20, la gran mayoría de los manifestantes miró con neutralidad, y a menudo con aprobación, la intervención de jueces nacionales, que no son designados para conocer un caso particular, sino la generalidad de los litigios, y cuya investidura no proviene directamente del Estado litigante, sino de los Estados

- partes en la Convención Americana, cuya valoración de candidatos no podría prever las circunstancias de una futura controversia particular. No nos encontramos, pues, en un terreno sembrado de sospechas que mellen el desempeño y el prestigio de la Corte.
45. No está de más observar que los temores sobre el “sesgo” que pudiera tener un juez nacional, que generalmente miran hacia el posible favorecimiento del Estado, también podrían referirse —si operan datos subjetivos: emociones y simpatías por encima de razones y objetividad— al eventual favorecimiento de la otra parte. Inquietaría escuchar que un Estado se refiriese al juez nacional como “mi juez o nuestro juez”, pero tampoco tranquilizaría que la contraparte aludiera al magistrado en esos términos. Y es obvio que cuando se plantea un asunto contencioso, las miradas de los observadores domésticos, cargadas de expectativas, se dirigen ante todo al juzgador de su nacionalidad. Es conocida la pregunta: ¿hay un juez de tal nacionalidad en este caso?
46. Además de subrayar las diferencias que median entre la elección de jueces titulares y la designación de jueces *ad-hoc*, los sostenedores de la intervención de aquéllos destacaron a menudo que los nacionales conocen mejor que sus colegas las condiciones en las que ocurrieron las violaciones de derechos y el orden jurídico interno. Dije antes, y reitero ahora, que la encomienda del juez difiere radicalmente de la del perito. Si la Corte desea ilustración sobre temas que no conoce, debe requerir la presencia de expertos, no constituir en perito a un miembro del tribunal, cuyas explicaciones —vertidas en el curso de la deliberación privada de los jueces— no serían escuchadas y analizadas bajo el principio contradictorio.
47. Por lo demás, si fuese indispensable el conocimiento directo de cierta realidad nacional o determinado ordenamiento interno por parte de la Corte en su conjunto o al menos de uno de sus integrantes, el tribunal no podría actuar en un gran número de asuntos, considerando que sólo cuenta con siete integrantes, de otras tantas nacionalidades, y que los casos contenciosos pueden corresponder a cualquiera de los veintinueve Estados que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte.
48. Como mexicano, he debido resolver sobre mi propia intervención en casos concernientes a México. No han sido frecuentes. Comienzan a serlo. En un primer momento hubo planteamientos sobre medidas provisionales, en cuyo examen participé. Luego llegaron las demandas. Es natural que éstas se presentaran en los últimos años, tomando en cuenta la fecha de admisión —acertada admisión, por cierto— de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte de México, que ocurrió tiempo después de que otros Estados de América Latina habían formulado ese reconocimiento. Sólo integró la Corte

- en el primer litigio referente a México, en 2004, que no llegó a sentencia de fondo. Me acogí al parecer, no cuestionado, que el propio tribunal había observado en esta materia.
49. A partir de ese caso revisé el tema, no sólo en lo que respecta a litigios en que pudiera haber, así fuera remotamente, algún conocimiento personal del asunto o de los contendientes, o alguna antigua expresión de puntos de vista propios. Estos supuestos no dejan espacio para la duda. Hay que excusarse de conocer. Mi pregunta íntima —pero el análisis del tema podía y debía ser compartido— se suscitaba a propósito de la nacionalidad, sin otro dato de relación entre el juez y el caso.
50. ¿Debe intervenir un nacional en el conocimiento de un asunto que concierne al Estado demandado de su nacionalidad o a las víctimas que también tienen —con la mayor frecuencia— esa nacionalidad? ¿Tiene el derecho de hacerlo, a diferencia de los miembros de la Comisión Interamericana, que no lo tienen? Y si lo tiene, ¿Es conveniente que lo ejerza, cuando no se trata de lo que la doctrina denomina un “derecho de ejercicio obligatorio”? ¿Beneficia a la justicia, sirve al tribunal, contribuye a la buena imagen —absolutamente indispensable: ¡se trata de un tribunal!— del órgano que imparte justicia? ¿Entraña un avance o lo pone en peligro? ¿Es posible que exista —pero sobre todo que se crea que existe— esa completa “neutralidad” de un individuo con respecto a su país, como la podría tener frente a otro?
51. En las reflexiones que hice y en las que ahora expongo dejo de lado consideraciones secundarias, que no pueden servir como fundamento a una decisión sobre esta materia. Una de ellas correspondería al simple interés —muy natural— en intervenir en casos nacionales, movido por la importancia de aquéllos, sus características, sus circunstancias o la mera nacionalidad del juzgador. Sin embargo, estos motivos personales no bastarían para justificar una decisión con trascendencia judicial. También dejo de lado, obviamente, el propósito de juzgar los asuntos de un país en el estrado de un tribunal internacional, expresando ahí lo que quizás se debiera decir y defender en el foro nacional.
52. Desde el 7 de mayo de 2007, es decir, hace cerca de un año y medio, he invocado mi nacionalidad —sin perjuicio de otros factores de inhibición, cuando pareció haberlos— para separarme del conocimiento de asuntos concernientes a México. A partir de esa inhibición, en diversas oportunidades he declinado conocer de casos de la misma procedencia, y para ello he presentado los escritos correspondientes: 4 de mayo de 2008, 16 de junio de 2009, 28 de agosto de 2009 y 1 de septiembre de 2009. Mis peticiones fueron resueltas favorablemente por el tribunal.

53. No pretendo reproducir aquí los textos en los que figuran mis razonamientos sobre este punto, que es uno de los temas abarcados en la solicitud de opinión planteada por el gobierno de Argentina. Me limitaré a recoger los párrafos más representativos y explícitos acerca de mi convicción como juez y de mi consecuente posición personal —que no es sólo mía; otros jueces han actuado en el mismo sentido— en torno a la materia que ahora analizo y acerca de la cual se está pronunciando la Corte en la OC-20/2009.
54. En mi comunicación del 7 de mayo de 2007 a la Vicepresidenta de la Corte Interamericana,¹⁹ manifesté lo siguiente, entre otras cosas: “Como es de su conocimiento, el artículo 55.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que ‘[e]l juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo’. Por lo tanto, la intervención en el conocimiento constituye un derecho, no una obligación, del juez nacional del Estado demandado”.
55. En el mismo escrito argumenté: “Tengo nacionalidad mexicana. Este hecho no me excluye, por sí mismo, de integrar la Corte en un caso que concierne al Estado del que soy nacional. Sin embargo, estimo pertinente ponderar esta circunstancia desde la perspectiva del mejor desempeño del Tribunal. Creo que sirve mejor a la Corte que un juez se abstenga de intervenir cuando es nacional del Estado parte en la controversia. La abstención del nacional (en cualquier caso, pero más aún si se trata del presidente de la Corte) no genera problema alguno para la jurisdicción interamericana. Por el contrario, puede resultar conveniente que el Tribunal quede integrado con jueces de otras nacionalidades. Debo recordar que no nos encontramos ante un caso interestatal, sino ante un litigio determinado por la instancia de un particular y llevado ante la Corte por la Comisión Interamericana, no por otro Estado a título de demandante”.
56. Traté esta cuestión con mayor detalle en mi escrito de inhibición del 4 de mayo de 2008,²⁰ en el que expresamente solicité el punto de vista de la Corte Interamericana y el de su Presidenta. Destaqué algunas expresiones del artículo 55.1 de la Convención: éste dice que “el juez nacional ‘conservará su derecho’ (de integrar la Corte), no indica que deberá intervenir. El segundo párrafo señala (que el Estado): ‘podrá designar’, no señala que deberá designar (y, en efecto, en diversos casos los Estados demandados se han abstenido de designar juez *ad-hoc*). Se trata, pues, de una facultad que la Convención asigna

¹⁹ Comunicación en la que hago conocer mi excusa en el caso *Castañeda Gutman Vs. México*.

²⁰ Escrito de inhibición en el caso *Radilla Pacheco Vs. México*.

- tanto al juez nacional del Estado litigante como a éste mismo, en sus respectivas hipótesis”.
57. En seguida recordé la existencia de una corriente de opinión en el sentido de que esas disposiciones se refieren a los llamados casos interestatales. Agregué que aun cuando la Corte no había acogido entonces esa interpretación restrictiva, ello “no significa que no pueda revisar este punto —como lo ha hecho en otros temas, y espero lo seguirá haciendo cada vez que sea necesario— y adoptar las orientaciones y decisiones que estime más adecuadas para la evolución de su jurisprudencia, en bien de la justicia y sin quebranto de la seguridad”.
 58. Advertí que en ese momento no me refería a la institución del juez *ad-hoc*, aunque reconocí la repercusión que sobre ésta pudieran tener mis consideraciones a propósito del juez nacional. Sostuve: “Si el juez nacional puede analizar, al amparo del artículo 55.1, la pertinencia de intervenir o abstenerse de hacerlo —es decir, reclamar o no su derecho, que no obligación—, es natural que se pregunte por las ventajas y desventajas que esa intervención representa para la jurisdicción interamericana y para los fines a los que ésta sirve, pregunta que está desvinculada, por supuesto, de cualquier preferencia estrictamente personal del juzgador. Se trata de asuntos que conciernen a una institución y a la función que ésta cumple, no a un individuo y a su mayor o menor disposición de participar en el conocimiento de cierta causa”.
 59. Luego me referí a las condiciones de independencia e imparcialidad del juzgador, que son consustanciales al juez natural y condición del debido proceso, y reconocí la posibilidad de que “un juzgador sea absolutamente imparcial en el análisis y la decisión de un litigio contra el Estado de su nacionalidad, en el que también suele figurar otro nacional del mismo Estado, es decir, que no tenga juicio previo ni vinculación alguna —de ningún carácter, cualquiera que éste sea— que pudiera influir en su decisión”.
 60. Observé, sin embargo: “Si es posible que el juzgador ostente tal imparcialidad, neutralidad, distancia absoluta del tema y de las partes en conflicto, no siempre lo es que quienes observan la contienda y aguardan la decisión consideren que efectivamente existe —en la intimidad de su conciencia— la completa neutralidad que es condición de imparcialidad. A este respecto, conviene recordar, no menos, que el buen desempeño de las funciones jurisdiccionales no reposa solamente en la integridad y capacidad del juez —que son indispensables, por supuesto—, sino también en la valoración que se haga sobre aquéllas. Ser, pero también parecer”.
 61. Concluí señalando, como lo hago en otras líneas de este voto: “el juez que examina con profundidad y serenidad este asunto, debe respon-

der la pregunta que formulé al inicio de la presente comunicación. Tomando en cuenta que la Convención faculta al juez para ejercer o no el derecho de intervenir, ¿Qué ventajas y desventajas ofrece la participación de un juez en casos que atañen al Estado del que es nacional y a la persona —probablemente un compatriota— que reclama y aguarda justicia? ¿Qué elementos militan en un sentido y en otro? ¿Cuál debiera ser la opción a favor de la justicia, no de la preferencia personal o profesional del juzgador que enfrenta la pregunta y el correspondiente dilema? Creo que son más fuertes y persuasivas las razones para abstenerse que para participar”.

62. Al resolver este punto, la Corte expresó su posición ante un tema que implica una profunda mirada sobre sí misma y la mejor manera de cumplir su elevada misión. Ya invoqué la conclusión, que comparto: “el juez nacional del Estado demandado no debe participar en el conocimiento de casos individuales”. Como mencioné, el tribunal aportó dos caminos para arribar a esta conclusión: en una destacan los razonamientos asociados estrictamente a la norma del artículo 55, interpretado desde una perspectiva integral; en otra quedan de manifiesto, sobre todo, los motivos o, mejor aún, las razones para excluir al nacional del conocimiento de un litigio.
63. Acaso sería excesivo decir que esta última visión entraña un principio clásico del debido proceso: “nadie debe ser juez en su propia causa”. El nacional no es juez en “su propia” contienda, pero lo es en una controversia que de alguna manera le atañe como integrante de cierta nación. En este sentido —y sólo en él— no le es ajena. El punto es opinable. No insisto en esta apreciación —no necesariamente mía, sino de algunos observadores—, que es posible compartir o rechazar. Sea cual fuere el camino que transitó cada juez de la Corte para fundar su interpretación, lo más importante es que todos llegaron al mismo destino, cuya cercanía advertí tiempo atrás, como he mostrado en párrafos anteriores.

III. ADIÓS A LA CORTE: CONSIDERACIÓN FINAL

64. Con detalle mayor al acostumbrado en un voto particular, me he referido a un tema central de la jurisdicción, y más aún, de la justicia: el juez, hacia quienes dirigen sus pretensiones y sus expectativas los personajes primordiales: los justiciables. La Corte Interamericana, que constituye un gran proyecto de humanismo y justicia, con acentuado signo garantista, seguirá su desarrollo en el servicio —directo y, sobre todo, indirecto: por la trascendencia de sus decisiones, multiplicadas en muchos cauces— a este universo de compatriotas americanos.

65. Este tribunal forma parte, con relevancia y dignidad, del sistema interamericano de protección, siempre en proceso de construcción y en actitud de guardia. Aquello, porque el desarrollo del sistema, iniciado hace mucho tiempo, proseguirá durante todos los años por venir; esto, porque cualquier receso, cualquier reposo o descuido, comprometen los espacios adquiridos, que nunca se hallan seguros en definitiva. El Estado de Derecho —y en él los tribunales que lo garantizan— sufre el asedio constante, notorio o sigiloso, del poder autoritario.
66. Creo firmemente que la Corte Interamericana, con tres décadas en su haber, ha servido bien a la causa para la que fue concebida. Lo ha hecho con buena voluntad y laboriosidad, abriendo caminos y sugiriendo horizontes. Ha sabido resistir y construir, lo mismo en condiciones favorables que en circunstancias adversas. Entre éstas figuran, evidentemente, las severas restricciones presupuestales —únicas en el ámbito de los tribunales internacionales— en que debe actuar y en las que ha llevado adelante, contra viento y marea, su labor jurisdiccional.
67. La Corte puede rendir buenas cuentas que abarcan tanto las etapas de establecimiento y desarrollo inicial como de consolidación. Sin duda, es un órgano jurisdiccional independiente. En el cumplimiento de este deber —que es una cuestión de principio para la administración de justicia— no ha habido salvedad alguna. Por otra parte, es un tribunal permanente, porque es constante el ejercicio de su jurisdicción, aunque no sea cotidiana la reunión formal del colegio de magistrados. Ha sabido renovar sin extraviar el rumbo, emprender interpretaciones plausibles sin incurrir en aventuras, conciliar las exigencias de la razón con el impulso creativo de la imaginación, justificar su condición de tribunal de derecho sin ignorar la circunstancia en la que actúa y la necesidad de abrir el espacio de los derechos humanos y afianzar el imperio de la democracia. En el haber de estos años —un formidable capítulo en la historia del Derecho interamericano de los derechos humanos— figura la creciente recepción de la jurisprudencia de la Corte en el orden jurídico nacional. Por supuesto, hay que esperar, procurar y exigir más, mucho más.
68. En la hora de fundación de la Corte se dijo que ésta debería reducir la distancia —a menudo muy grande— que media entre las exigencias de la libertad y la justicia y las condiciones de la realidad, que resiste y a menudo combate los esfuerzos del progreso. En aquel sentido debe militar la Corte, como efectivamente lo ha hecho, al lado de otros agentes de renovación.
69. En los años recientes, intensos en el desempeño de la jurisdicción, la Corte resolvió casi el sesenta y cinco por ciento de todos los litigios que llegaron a su conocimiento a lo largo de treinta años, redujo a

menos de la mitad el tiempo para el despacho de los asuntos contenciosos, introdujo la costumbre de celebrar períodos de sesiones extraordinarias fuera de su sede —llegó a doce países de América, además de Costa Rica—, modificó la estructura y extensión de sus sentencias. Lo hizo conforme a nuevas normas y prácticas judiciales, que ensancharon el acceso a la justicia y mantuvieron la calidad de la jurisprudencia. En esos mismos años hubo otras novedades plausibles que fortalecieron a esta institución y dieron pasos adelante en la tutela internacional de los derechos humanos. El signo dominante ha sido de progreso.

70. Por supuesto, el trabajo de los últimos tiempos tiene un cimiento claro y firme: la obra realizada por anteriores generaciones de jueces, desde la primera que abrió la marcha en 1979. Admiro —lo he dicho muchas veces, en múltiples foros, y hoy lo reitero— el trabajo cumplido entonces y la respetabilidad asegurada por quienes lo tuvieron a su cargo. Existen puntos de referencia que recordamos con gran reconocimiento. Baste mencionar, como ejemplo notable, el *Caso Velásquez Rodríguez*, entre los más conocidos y más frecuentemente invocados.
71. El futuro de la Corte, al que muchos dirigen sus vaticinios, se halla asociado al futuro de una serie de datos de la vida contemporánea, con profunda raíz histórica. Sobre él gravitan los movimientos que se produzcan en conceptos, políticas y prácticas a propósito de la democracia, los derechos humanos, la comunicación entre los órdenes jurídicos nacionales e internacional, la seguridad, las jurisdicciones domésticas, las corrientes y las vertientes de la mundialización. Son diversos los escenarios de estos movimientos, que influirán en el desenvolvimiento y la fuerza de la jurisdicción interamericana: el mundo, América, los Estados de este hemisferio.
72. En lo que llamaríamos la “agenda” de la jurisdicción interamericana figuran muchos temas en proceso, ninguno consumado: universalización de los derechos y sus jurisdicciones —una larga marcha hacia un destino elusivo: “derechos y tribunales para todos”—; papel de la opinión pública —más todavía: la cultura de los derechos humanos—; condición de la Corte como tribunal de casos paradigmáticos, forjador de criterios de gran alcance y definiciones progresivas que impulsen la reconstrucción de la normativa nacional a la luz de la normativa internacional; amplia recepción interna de esos criterios y definiciones; fortalecimiento estructural que establezca la indispensable congruencia entre los fines proclamados y los medios disponibles; cumplimiento puntual de las resoluciones provistas por un tribunal instituido por la decisión soberana de los Estados, que aportan la garantía colectiva para el ejercicio efectivo de los derechos.

73. El sistema se halla en constante transición: tránsito hacia sus elevados objetivos, hacer y rehacer dinámico, perfeccionamiento sobre la marcha. El éxito de la transición implica diagnóstico, autocrítica, definición, serenidad, perseverancia, laboriosidad. En este horizonte hay tareas pendientes y perfiles renovados para los actores del sistema interamericano, que no son únicamente —he insistido siempre— la Comisión y la Corte. El sistema tiene su cimiento en profundas coincidencias ideológicas en torno al ser humano, la sociedad y el Estado, discurre con un *corpus juris* adecuado y suficiente, y opera en la conducta de actores comprometidos y diligentes, todos sobre el mismo camino —con variantes propias— y hacia el mismo destino.
74. Conviene redefinir el quehacer de los Estados en esta hora, que es tiempo de tensiones; redefinir para progresar, no para regresar. Cabría reflexionar sobre su estrategia en el proceso, si se conviene en que el gran propósito del Estado democrático es la protección de los derechos humanos. Asimismo, es pertinente reflexionar sobre el papel de la Organización de los Estados Americanos, que ha proclamado la prioridad de la democracia y los derechos humanos y que podría cultivar aún más el arraigo de esa prioridad y mejorar los medios con que las atienden las instituciones interamericanas, modestamente dotadas. Desde luego, la Organización se vale de los recursos que le allegan sus miembros; esta es la principal dimensión de su fuerza, que pone rumbo y fija marco a sus proyectos. Sin esos recursos —que debieran llegar en forma sustancial y decisiva del propio Continente, no navegar desde otras fuentes— la voluntad política y el progreso efectivo parecen, por lo menos, frágiles.
75. No sobra examinar la posición renovada de la sociedad civil y sus agentes, las organizaciones no gubernamentales, militantes antiguos y estupendos de esta batalla, y de los nuevos combatientes que llegan a ella y cuyo compromiso es indispensable —esta es una experiencia viva de la Corte, en los últimos años— para ampliar el acceso a la justicia y multiplicar los beneficios de la jurisdicción: el ombudsman, la defensa pública, los comunicadores sociales, la academia. La “conciencia crítica” es indispensable, y tanto más saludable en la medida en que favorezca el acceso a la justicia, examine con rigor y objetividad el “estado de la cuestión”, opere para la fuerza del sistema, distinga entre lo circunstancial y lo esencial, no ceda espacios ganados para los derechos humanos y pugne por nuevos territorios en el progreso de esta causa.
76. En la medida en que el oficio jurisdiccional queda a la vista de un creciente número de personas —tanto por los medios de comunicación social como por la práctica de celebrar períodos de sesiones en diversas capitales americanas—, crece la eficacia de la “publicidad”, princi-

- pio del procedimiento y estímulo para el respeto de los derechos del ser humano. Por este medio también se ejerce el control democrático —de los poderes nacionales y de la justicia internacional—, se atiende a la función pedagógica de la jurisdicción de los derechos humanos y se alienta el progreso impulsado por la opinión pública.
77. La revisión de la que hablamos compromete, ante todo, a la propia Corte Interamericana. El buen juez por su casa empieza. Este tribunal ha promovido la evolución del sistema, en lo mucho que le concierne, y colaborado con otras fuerzas e instancias, formales e informales, con gran apertura y solidaridad manifiesta. De ello da prenda la renovación del reglamento —en un insólito proceso de consulta abierta, que hace unos años ofrecimos ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA—, y no menos la renovación de las prácticas judiciales —alguna vez resistidas y cada vez mejor comprendidas—, que permite al tribunal convocar a cambios una vez que se ha convocado a sí mismo y los ha planteado y cumplido, no obstante la modestia de los recursos disponibles y la existencia de piedras en el camino.
78. La Corte renovadora no es una Corte alejada de su pasado ni reticente frente al progreso. Sería pueril. Reconoce el pasado y construye sobre él. Y entiende la necesidad del cambio. Lo acepta y lo alienta en toda la línea del horizonte: normas, prácticas y jurisprudencia. Habrá que evitar —me parece— que el cometido pedagógico de la jurisdicción, que no sólo es saludable, sino también indispensable, pudiera deslizarse hacia una “justicia como espectáculo”. El propio juez no es un actor en la escena, sino un factor de la justicia. Su ejercicio requiere ponderación, rigor, austeridad, desvelo, humildad intelectual, que son rasgos y virtudes judiciales, adversos al autoritarismo, la vanidad, la complacencia, el protagonismo, la intolerancia.
79. El desempeño judicial no se confunde con el ejercicio académico, que ha hecho y hace ahora mismo excelentes aportaciones al desarrollo del sistema. La tarea jurisdiccional enfrenta problemas reales de gran magnitud que debe resolver con firmeza e inteligencia, mirando en todo momento por la protección efectiva del individuo y el progreso auténtico del sistema de protección. El sereno cumplimiento de la encomienda jurisdiccional, sin alarde ni estrépito, contribuye a la procuración de los ideales que justifican la existencia y conducen el quehacer de un órgano jurisdiccional.
80. El tribunal interamericano vigila con rigor el ejercicio de su propia competencia. No se atribuye facultades jurisdiccionales que no le han sido conferidas —atribución que pondría en crisis la seguridad jurídica y, a la postre, el prestigio y la eficacia misma del sistema— ni es foro para la confrontación política entre las fuerzas que disputan

- el poder en un país, que pueden y deben zanjar sus diferencias por la vía democrática interna.
81. Las sentencias del tribunal no entrañan calificaciones de la gestión política, pero tampoco se desentienden de los hechos violatorios de derechos humanos. No se pronuncian sobre aquélla a través de proclamaciones políticas que no le conciernen, sino sobre éstos por medio de sentencias fundadas en el orden jurídico internacional del que la Corte recibe su competencia, un orden que los Estados hacen suyo en el momento en que soberanamente contraen los compromisos y aceptan las fuentes de responsabilidad —y sus consecuencias jurídicas— que constan en el *corpus juris* interamericano de los derechos humanos.
 82. La comunidad interamericana debe observar, con objetividad y constancia, el desempeño del tribunal. La conciencia crítica, el juicio informado y ponderado, el análisis lúcido cumplido con buena fe, son factores indispensables para el adecuado desempeño de este órgano jurisdiccional, como lo son para el buen ejercicio de cualquier instancia judicial doméstica que sirve a los fines de una sociedad democrática.
 83. El tribunal internacional —al igual que el juez constitucional interno— está llamado a cumplir una función de primer orden en la sociedad emergente y el Estado que aquélla genera. Esta función, creciente y compleja, concurre a integrar los nuevos espacios para el ejercicio del poder en la democracia.
 84. Forjador de una jurisprudencia de valores, el juez internacional de derechos humanos debe comprender y apreciar la enorme trascendencia de sus resoluciones, llamadas a orientar los órdenes jurídicos internos a través de la creciente recepción nacional del Derecho internacional de los derechos humanos; ejercer la razón y evitar la “aventura judicial” que pondría en riesgo la seguridad y la justicia; advertir que la resolución que emite en cada caso contribuye a la fortaleza y dignidad del sistema en su conjunto, o lo menoscaba si es desafortunada; en suma, subordinar su actuación al austero cumplimiento de su encomienda. Todo ello permite al juzgador internacional justificar su misión y, por lo tanto, consolidar su presencia.
 85. Reconozco que este voto con el que acompaño la OC-20/2009 —última decisión de la Corte Interamericana a la que agregaré un sufragio de esta naturaleza— se ha extendido en relación con sus límites naturales: de forma y de fondo. Sin embargo, como antes dije y ahora reitero, pudiera obrar en mi beneficio la circunstancia en que lo emito: al cabo de doce años de actividad jurisdiccional. Y sobre todo el hecho de que estas reflexiones giran, finalmente, en torno a lo que hemos sido y somos mis colegas y yo mismo: jueces en un tribunal interna-

cional, y a lo que éste ha sido, es y será como garantía de justicia, en ocasiones última y a veces única, que opera precisamente en el espacio de nuestros intereses primordiales: la vigencia efectiva de los derechos humanos.

86. No olvido la pregunta que hacen algunos abogados litigantes a las presuntas víctimas que comparecen en la audiencia: “¿Qué espera usted de este tribunal?”. Tampoco olvido la frecuente respuesta. Y mucho menos lo que aquélla y ésta significan para un juez y para el colegio de magistrados que oye y resuelve la vehemente demanda de justicia.