

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas? Comentarios en torno al caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala**

Diana Guarnizo-Peralta**

I. INTRODUCCIÓN

El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* representa un hito en la protección de los derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Aunque no es el primer caso que protege el derecho a la salud de manera autónoma¹ ni el primero que hace referencia a los derechos de la población portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH),² sí avanza en la jurisprudencia aclarando el entendimiento de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA); profundizando sobre el entendimiento del principio de progresividad en las obligaciones estatales en materia de DESCA,

* Las opiniones contenidas en este artículo son personales y no involucran a las instituciones participantes.

** Doctora en Derecho y *magister legum* por la Universidad de Essex. Especialista en Derecho Constitucional y abogada por la Universidad Nacional de Colombia. Directora del área de Justicia Económica en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

¹ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

² Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

DIANA GUARNIZO-PERALTA

y detallando el contenido del derecho a la salud para la población con VIH.

Pero, tal vez, en el aspecto que más destaca esta sentencia es en la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte) emite las órdenes de reparación. A diferencia de otros fallos, esta sentencia hace un llamado concreto al Estado para que adopte políticas inclusivas; establece unos objetivos mínimos y metas concretas a los que deben orientarse dichas políticas, y concede un peso importante a la participación de la comunidad médica, personas con VIH y usuarios del sistema en general en la construcción de la misma. Sin embargo, esta forma de reparación no ha sido ajena a críticas. Para el juez Humberto Sierra Porto, este tipo de órdenes implican decisiones presupuestarias que exceden el margen de competencia de la Corte, por lo que resultan inadecuadas como modelo de acción para casos relacionados con la protección de derechos sociales.

Este ensayo busca profundizar en el debate sobre la forma más adecuada de dictar remedios en el Sistema Interamericano, particularmente en casos de DESCAs. Para ello, el presente trabajo indagará sobre: *i*) el entendimiento de la Corte sobre la obligación de desarrollo progresivo en materia de DESCAs; *ii*) las reparaciones en el caso concreto; *iii*) el entendimiento de las garantías de no repetición en el derecho internacional actual; *iv*) el rol de los tribunales en la protección de DESCAs en el constitucionalismo moderno y la concepción de un “activismo dialógico”; *v*) los tipos de remedios en la protección de derechos sociales; *vi*) el rol de los tribunales internacionales al determinar remedios en materia de DESCAs y, finalmente, *vii*) aportará algunas conclusiones finales.

II. EL ENTENDIMIENTO DEL DEBER DE DESARROLLO PROGRESIVO DE LOS DESCAs: ENTRE EL “CONTENIDO MÍNIMO” Y LA “RAZONABILIDAD”

El señor Cuscul Pivaral y otras 48 personas fueron diagnosticadas en Guatemala con VIH entre 1992 y 2003. Hasta 2004, estas

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?...

personas no habían recibido atención médica alguna, lo que, sumado a su condición de pobreza, impactó de manera desproporcionada en su vida. En los años siguientes a 2004, la atención fue deficiente. Al momento de dictar sentencia, 15 de las 49 personas de este grupo habían fallecido. A pesar de la presentación de un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala buscando la protección del Estado, esta no resolvió de fondo declarando el recurso “sin materia.”

Quince años después de esta decisión constitucional, la Corte IDH reconoció que la ausencia de atención antes de 2004, así como la deficiente atención en los años siguientes, configuraba una violación de los derechos a la salud, a la vida, las garantías judiciales y la integridad personal de este grupo de personas y sus familias. La Corte reiteró la decisión establecida en sentencias anteriores, para señalar que el derecho a la salud era autónomamente justiciable y que se derivaba del artículo 26 de la Convención.³

La Corte, además, profundizó en su entendimiento de las obligaciones progresivas en materia de DESCAs, aclarando que “[...] la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.⁴ Para la Corte, esto significa que en aquellos casos en los que el desarrollo de un derecho depende de la creación de una política pública, la Corte debe juzgar no solo que la política exista, sino también que esta cumpla con algunos “*contenidos mínimos*” deseables, los cuales pueden resumirse en que: *i*) la política no puede generar prácticas discriminatorias, por ejemplo, dejando a buena parte de la población desatendida, y *ii*) esta debe cumplir con un mínimo de disponibilidad, accesibilidad y calidad en la atención que le permita proteger la vida de las personas.

³ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, cit.

⁴ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 98.

DIANA GUARNIZO-PERALTA

En el caso concreto de Guatemala, el Gobierno reconoció que, hasta 2004, solo había financiado el tratamiento de 373 personas y que el resto de las personas afectadas habían sido atendidas por una organización no gubernamental (ONG) internacional. En concreto, 48 de las víctimas relacionadas con el caso no habían recibido tratamiento alguno hasta antes de 2004. Es decir que, para ese año, el Estado no había siquiera desarrollado una política que le permitiera atender a toda la población con VIH, por lo que su responsabilidad internacional resultaba implicada.

Posterior a 2004, la Corte constató que si bien hubo un aumento progresivo tanto presupuestal como en el desarrollo de políticas públicas orientadas a la población con VIH, el acceso a tratamiento continuó siendo incompleto o deficiente. Para la Corte, el acceso irregular, nulo o insuficiente a tratamientos anti-retrovirales, la falta de acceso a pruebas periódicas, la ausencia o el inadecuado apoyo social, así como las dificultades para acceder a centros de salud en razón a sus costos o su ubicación geográfica son incompatibles con los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad en la atención a la salud. Para la Corte, tanto la ausencia de una política pública que atendiera a todos antes de 2004, además de las deficiencias en la puesta en marcha de la política existente posterior a 2004, configuran ambas una violación al derecho a la salud autónomamente reconocido en el artículo 26 de la CADH en relación con el artículo 1.1.

Este entendimiento del principio de progresividad como incluyente de una obligación de crear una política que establezca “estándares mínimos deseables” asume a los derechos sociales como derechos exigibles que establecen obligaciones mínimas que requieren la acción estatal inmediata. Dichas obligaciones son *mínimas*, por lo que no pueden ser demasiado ambiciosas en su contenido; sin embargo, al ser *inmediatas*, deben ser desarrolladas por el Estado de manera pronta y efectiva, incluso si no tiene los recursos para hacerlo. Son obligaciones que buscan un *resultado* en concreto y no solo la puesta en marcha de un medio para lograrlo. Así lo explica el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado:

En el análisis del caso se advirtió que Guatemala, a pesar de contar con una serie de leyes y políticas públicas vigentes con anteriori-

¿Cortes pasivas, cortes activos o cortes dialógicas?...

dad al año 2004 para la atención médica de personas con el VIH, prácticamente no proveyó atención médica directa más que a un limitado número de personas, que además no incluía a 48 de las 49 víctimas de este caso.⁵ Esta inacción estatal, con anterioridad al año 2004, ante la epidemia del VIH, derivó en la responsabilidad internacional del Estado por violación al principio de progresividad en materia de protección a la salud.⁶

Esta visión del principio de progresividad contrasta con la visión del juez Humberto Sierra Porto, para quien el análisis de la Corte debió hacerse en el marco de un análisis de “razonabilidad” que tuviera en cuenta si el Estado hizo todo lo necesario para dar cumplimiento a sus propias leyes y políticas en materia de VIH teniendo en cuenta tanto sus recursos internos como otras necesidades, prioridades y objetivos de gobierno en ese momento. Dice el juez Sierra Porto:

Esto no significa hacer un juicio con respecto a la justiciabilidad del derecho a la salud en sí, sino más bien se relaciona con el análisis de *razonabilidad* de la medida ordenada. En un contexto de recursos escasos, como es el caso de la mayoría de los países de la región, es imprescindible analizar cómo la introducción de una determinada medida, por ejemplo, en materia de servicios de salud, puede afectar la capacidad del Estado de garantizar otros derechos también de contenido prestacional. Dicho análisis puede llevar a la conclusión de que, en ciertos casos, es necesario adoptar un enfoque que tenga en cuenta las necesidades de toda la sociedad en su conjunto, en vez de enfocarse en las necesidades específicas de un grupo particular.⁷ (Cursivas añadidas)

De acuerdo con esta segunda tesis, los derechos sociales son vistos, en todos los casos, como *obligaciones de medio* que siempre dependerán de la disponibilidad de recursos del Estado para ser puestos en práctica. En ese sentido, no existe un contenido mínimo, básico o inescindible del derecho en cuestión, sino que todas las obligaciones, incluso las de desarrollo progresivo, esta-

⁵ *Ibidem*, párr. 119.

⁶ *Ibidem*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 6.

⁷ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*, cit. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párr. 14.

DIANA GUARNIZO-PERALTA

rían sometidas a la disponibilidad de recursos y a otras opciones de prioridad política.

El debate sobre la interpretación de los DESCA (contenidos mínimos vs. razonabilidad) es uno de los debates filosóficos más relevantes en la justiciabilidad de derechos sociales.⁸ Resulta positivo que la Corte haya profundizado en este debate y tomado una posición mayoritaria al respecto. Aunque no existe un ganador rotundo en esta disputa, es importante aclarar que luego de que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) señalara en su Observación general 3 que “[...] corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”,⁹ la mayoría de las cortes domésticas que han implementado derechos sociales en América Latina se han inclinado de alguna manera por reconocer la existencia de alguna forma de obligaciones “mínimas” en materia de derechos sociales, aunque no siempre de forma expresa o citando la jurisprudencia internacional.¹⁰ En este sentido, la decisión de la Corte parece consecuente con la doctrina dominante en la región.

Por otro lado, a diferencia de otros casos en donde la protección de derechos sociales implicaba una carga fuertemente onerosa por parte del Estado,¹¹ en este caso, el Estado no explica concretamente cuáles eran esos otros objetivos de relevancia

⁸ Langford, Malcolm, “The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 21-24. Para un análisis de estas dos posiciones en la protección del derecho a la salud, véase Young, Katharine y Lemaitre, Julietta, “The comparative fortunes of the right to health: Teo Tales of justiciability in Colombia and South Africa”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 26, núm. 1, 2013.

⁹ Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, U.N. Doc. E/1991/23, 1990.

¹⁰ Alston, Philip, “Foreword”, pp. xi-xii. Para el detalle del desarrollo jurisprudencial en algunos países de América Latina véase Sepúlveda, Magdalena, “Colombia”; Courtis, Christian, “Argentina”, y Piovesan, Flavia, “Brasil”, todos en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence...*, cit.

¹¹ Corte Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa & Ors v. Grootboom & Ors* 2000 (11) BCLR 1169. (CC).

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?...

nacional que impidieron la creación de una política de atención a personas con VIH antes de 2004, o la implementación de medidas efectivas para atender a la población luego de dicha fecha. Simplemente se limita a mencionar que “[...] la realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica, y por tanto no podrá lograrse en un breve periodo”.¹²

Dado que se trata de una defensa del Estado, le correspondía a este la carga de la prueba. Al no sostener una razón suficiente que explique la imposibilidad de establecer una política de atención a pacientes con VIH con cobertura amplia previo a 2004, los argumentos del Estado parecieran entonces ser más alegatos genéricos para excusar su inacción que argumentos reales sobre la existencia de intereses prioritarios que compitan por la asignación escasa de recursos. La posición de la Corte, entonces, parece ser en este aspecto coherente con la protección de los derechos sociales.

III. LOS REMEDIOS OTORGADOS EN EL CASO CONCRETO

Esta visión del principio de progresividad como inclusivo de un deber de desarrollar políticas públicas que incluyan contenidos mínimos esenciales se refleja en la forma en que la Corte IDH ordena las medidas de reparación. La Corte ordena una serie de garantías de no repetición (GnR) orientadas a impactar en la población en general, más allá del grupo concreto de víctimas identificadas al final de la sentencia. En concreto, la Corte ordenó:

1. Diseñar un mecanismo para “[...] garantizar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de los antirretrovirales, los exámenes diagnósticos y las prestaciones en salud para la población con el VIH.”¹³ Dicho mecanismo debe cumplir unos objetivos mínimos¹⁴ que la misma Corte señala, los cuales deberán ser cum-

¹² Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 71.

¹³ *Ibidem*, párr. 226.

¹⁴ *Idem*. Dentro de dichos contenidos mínimos se encuentra: “i) aumentar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de medicamentos antirretrovirales,

DIANA GUARNIZO-PERALTA

- plidos por medio de las acciones que determinen las propias autoridades estatales y en seguimiento a metas e indicadores que deben ser establecidos por medio de una política pública participativa. En la construcción de dicho mecanismo, el Estado deberá convocar a “[...] la comunidad médica, personas con VIH, usuarios del sistema de salud y personas que los representen, así como a la Procuraduría de los Derechos Humanos con el fin de fijar las prioridades en atención, adoptar decisiones, planificar y evaluar las estrategias de atención.”¹⁵
2. Implementar un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud que atiendan a personas con VIH acerca de los estándares internacionales y nacionales en materia de tratamiento integral a pacientes con el virus.¹⁶
 3. Garantizar que las mujeres tengan acceso a una prueba de VIH, dar seguimiento periódico a aquellas que viven con el virus y proveer tratamiento médico adecuado para evitar la transmisión vertical del virus, para lo cual ordena la preparación de una publicación o cartilla que informe los medios de prevención de la transmisión del VIH y los riesgos de transmisión vertical y de las formas para prevenirlo.¹⁷
 4. Realizar “[...] una campaña nacional de concientización y sensibilización dirigida a personas que viven con VIH, funcionarios públicos, y la población general, sobre los derechos de las personas que viven con VIH.”¹⁸

En este listado de órdenes se desatacan dos aspectos. En primer lugar, la Corte IDH, coherente con su entendimiento de las obligaciones progresivas, ordena crear una política, que no es una política cualquiera, sino que debe estar orientada a cumplir ciertos mínimos que garanticen los estándares mínimos estable-

de pruebas diagnósticas para la detección del VIH y para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades oportunistas, ii) mejorar los programas de atención a la población que vive con el VIH y aumentar la cobertura de atención, iii) aumentar y mejorar las medidas inmediatas y urgentes en materia de atención en salud a la población con VIH, iv) mejorar la información disponible para la toma de decisiones por todas las autoridades competentes”.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Ibidem*, párr. 227.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 228.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 229.

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?...

cidos por el Comité DESC en materia de accesibilidad, disponibilidad y calidad de los antirretrovirales (orden 1). En segundo lugar, las órdenes, si bien están determinadas a cumplir con unos contenidos mínimos, no detallan los aspectos más específicos de la política. Al contrario, delegan a los diseñadores de la política y a los afectados por esta crear los mecanismos más adecuados para formular los lineamientos.

Como se verá, este tipo de órdenes tiene varias ventajas para el debate democrático. Sin embargo, en el caso concreto, fueron criticadas por el juez Sierra Porto, para quien el problema con este tipo de remedios puede ser resumido en tres tesis: *i*) cuando las cortes deciden de manera concreta sobre la prestación de derechos que tienen una alta carga prestacional, terminan tomando decisiones trascendentales sobre la distribución de recursos sin necesariamente tener en cuenta otros derechos en juego u otras necesidades imperiosas del Estado; *ii*) los jueces no siempre se encuentran en la mejor posición para determinar el contenido de las políticas públicas; el poder ejecutivo sí, no solo porque cuenta con toda la información relevante para tomar la mejor decisión, sino también porque cuenta con la legitimidad institucional para hacerlo, y *iii*) este tipo de órdenes establecen inflexibilidades o “rigideces” a la Administración Pública que pueden llegar a dificultar el cumplimiento de otros derechos o necesidades más apremiantes.

Con el fin de analizar estas críticas, primero se presentarán unas aclaraciones preliminares sobre el establecimiento de dichas medidas en el entendimiento actual de las GnR en el derecho internacional (sección IV), para luego hacer un análisis sobre cómo se entiende la actividad del juez en el diseño y control de políticas públicas (sección V) y, posteriormente, sobre cómo se ajustan estos remedios dentro de una teoría (sección VI).

IV. LAS GNR EN EL DERECHO INTERNACIONAL MODERNO

Kent Roach ha explicado que, en materia de derechos sociales, estos han sido el centro de una crítica frecuente, según la cual el

DIANA GUARNIZO-PERALTA

otorgamiento de medidas de reparación usualmente requiere de remedios que son orientados al futuro, complejos, obstruyen la competencia de otras ramas del poder y son difíciles de implementar.¹⁹

Lo primero que es necesario aclarar al respecto es que tal tipo de reparaciones, que en este caso coinciden en la forma de GnR, no son del todo exclusivas de las reparaciones en materia de derechos sociales, sino, en general, de todas las reparaciones de derechos humanos que impliquen alguna obligación de hacer o una erogación presupuestaria.

Y es que, superada la existencia de generaciones de derechos que distinguía entre supuestos derechos de naturaleza no prestacional (como se supone que eran los civiles y políticos de “primera generación”) y los de naturaleza prestacional (como serían los socioeconómicos de “segunda generación”), es reconocido por la doctrina dominante más actual que todos los derechos, sean estos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, implican obligaciones de respeto, protección y garantía.²⁰ Dependiendo del tipo de obligación, cada una conlleva obligaciones relativas de hacer o no hacer y, en consecuencia, cada una de ellas puede requerir una mayor o menor designación presupuestaria para su cumplimiento.

No todos los derechos sociales implican obligaciones de hacer, por ejemplo, la obligación de proveer un derecho social sin discriminación alguna es una medida que, en sí misma, no supone nuevas erogaciones presupuestarias, sino la mejor y equitativa repartición de las ya existentes. A su vez, no todos los derechos civiles y políticos implican obligaciones de no hacer, por ejemplo, el derecho a elegir y ser elegido exige poner en marcha un complejo sistema de candidaturas, votación, conteo y monitoreo que con frecuencia importa para el Estado el desembolso de grandes erogaciones presupuestarias.

¹⁹ Roach, Kent, “The challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights”, en Langford Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence...*, cit., p. 2.

²⁰ Shue, Henry, *Basic Rights. Subsistence, affluence, and U.S. Foreign policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980, pp. 35-64.

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?...

En ese sentido, la crítica del juez Sierra Porto no es exclusiva al otorgamiento de reparaciones en derechos sociales, sino una crítica más general al otorgamiento de reparaciones fuertes que, como las GnR, impliquen una erogación presupuestaria importante para su cumplimiento, o el diseño de políticas públicas y programas orientados a garantizar una prestación específica. En esa medida, ¿se equivoca Humberto Sierra Porto al criticar las reparaciones que, tal como lo hacen las GnR, tienden a afectar el diseño, implementación y seguimiento de las políticas públicas?

Valga recordar que el establecimiento de remedios más complejos en la forma de GnR ha sido una constante en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, no solo en materia de derechos sociales, sino también civiles y políticos. Medidas como la modificación y derogación de legislación,²¹ así como el entrenamiento de funcionarios públicos y la realización de cursos en derechos humanos²² han sido medidas frecuentemente dictadas por la Corte IDH para la protección de todos los derechos humanos que protege el Sistema.²³ En este punto, el SIDH ha llevado la delantera en el otorgamiento de medidas de reparación orientadas a prevenir la repetición de violaciones en el futuro cuando

²¹ En relación con medidas legislativas en casos de derechos civiles y políticos véase Corte IDH. *Caso Olmedo Bustos y otros ("La Última Tentación de Cristo") vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73. Respecto a casos de derechos económicos y sociales véase Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, y *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

²² Referente a medidas educativas en derechos civiles y políticos véase Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205. Sobre casos de derechos económicos y sociales véase Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246.

²³ Para una presentación reciente de las garantías de no repetición adoptadas por la Corte IDH véase Grossman, Claudio *et al.* (coords.), *International Law and Reparations The Interamerican System*, Atlanta, Clarity Press, 2018, cap. III-VI.

DIANA GUARNIZO-PERALTA

se le compara con otros sistemas regionales de protección de derechos humanos como el africano²⁴ o el europeo.²⁵

De manera similar, los estándares internacionales de derechos humanos han venido avanzando progresivamente hacia la incorporación de GnR, remedios estructurales y órdenes que involucren políticas públicas. Desde los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas [...] a interponer recursos y obtener reparaciones²⁶ que establecen las GnR como una forma para contribuir a la prevención de los hechos,²⁷ pasando por la reciente jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos,²⁸ el Comité

²⁴ Desde 2003, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha emitido recomendaciones no pecuniarias en casos muy destacados. Por esta vía ha recomendado, por ejemplo, la modificación, rechazo o adopción de legislación y políticas de conformidad con la Carta Africana, la adopción de medidas para evitar que las políticas de inmigración tengan un efecto discriminatorio, y la rehabilitación de la infraestructura estatal de educación, salud, agua y servicios agrícolas, entre otras. Véase Ssenyonjo, Manisuli, “Responding to human rights violations in Africa. Assessing the role of the African Commission and Court on Human and peoples’ rights (1987-2018)”, *International human rights Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2018, p. 14.

²⁵ Reconociendo que los sistemas interamericano y africano son notablemente más avanzados que el Sistema Europeo de Derechos Humanos en lo relacionado con el tipo de GnR que otorgan. Véase Abasshidze, Aslan *et al.*, “The legal analysis of the right to reparations for the victims of the human rights violations in the European, Inter-American and African Human Rights Protection Systems”, *Indian Journal of Science and Technology*, vol. 9, núm. 37, octubre de 2016, p. 7.

²⁶ ONU, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, de 21 marzo 2016, doc. A/RES/60/147.

²⁷ *Ibidem*, principio 23, Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, “[...] la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención [...].”

²⁸ Hay casos en los que el Comité ha recomendado “[...] tomar medidas para prevenir violaciones similares en el futuro”. Véase Comité de Derechos Humanos, *M.I. vs. Sweden*, 2013, Comm. núm. 2149/2012; U.N. Doc. CCPR/C/108/D/2149/2012, párr. 9; *Andrei Olechkevitch vs. Belarus*, 2013, Comm. núm. 1785/2008, U.N. Doc. CCPR/c/107/D/1785/2008, párr. 10; *Zhanna Kovsh vs. Belarus*, 2013, Comm. núm. 1787/2008, U.N. Doc. CCPR/C/107/D/1787/2008, párr. 9; *Slimane Mechani vs. Algeria*, 2013, Comm. núm. 1807/2008, U.N. Doc. CCPR/C/107/D/1807/2008, párr. 10.

¿Cortes pasivas, cortes activos o cortes dialógicas?...

contra la Tortura,²⁹ el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (Comité CEDAW, por sus siglas en inglés)³⁰ y el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CRDP, por sus siglas en inglés),³¹ todos han establecido medidas que de cierta manera reflejan alguna forma de GnR, siendo unos más proactivos que otros. Así, por ejemplo, mientras que el Comité CEDAW y el Comité CRDP han consistentemente incorporado una sección sobre medidas generales en el análisis de comunicaciones individuales, detallando con precisión el tipo de medidas a ser tomadas, el Comité de Derechos Humanos ha recomendado a los Estados “[...] adoptar medidas generales” orientadas a prevenir la futura repetición de los hechos pero sin explicar en detalle cuales deberían ser las medidas.³²

El desarrollo en el derecho internacional de estas medidas de reparación, sumado a los desarrollos recientes del Sistema Africano³³ y del Sistema Europeo de Derechos Humanos³⁴ permiten afirmar que las GnR no son un invento descabellado de la Corte, sino una tendencia creciente en reparaciones dentro del derecho internacional de derechos humanos.

²⁹ Sobre las medidas de reparación ordenadas por el Comité contra la Tortura, véase Comité contra la Tortura, Observación general 3, aplicación del artículo 14 por los Estados partes, 2012, UN. Doc. CAT/C/GC/3, párrs. 2 y 6.

³⁰ El Comité CEDAW ha recomendado, por ejemplo, “formular políticas y programas comprensivos que aseguren que las necesidades de las mujeres en prisión son respondidas”. Véase CEDAW, *Inga Abramova vs. Belarus*, 2011, Comm, núm. 23/2009, U.N. Doc. CEDAW/C/49/D/23/2009, párr. 7.9 (2) (f).

³¹ Este Comité ha recomendado con frecuencia a los Estados tomar medidas legislativas para reparar la violación a un derecho. Véase CRPD, *Zsolt Bujdosó and five others vs. Hungary*, 2013, Comm, núm. 4/201, U.N. Doc. CRPD/C/10/D/4/2011, párr. 10(2) (a y b), *Szylvia Nyusti and Péter Takács vs. Hungary*, 2013, Comm, núm. 1/2010, U.N. Doc. CRPD/C/9/D/1/2010, párr. 10 (2) (a), y *H.M. vs. Sweden*, 2012, Comm, núm. 3/2011, U.N. Doc. CRPD/C/7/D/3/2011, párr. 9 (2).

³² Krsticevic, Viviana y Griffey, Brian, “Remedial Recommendations”, en Langford, Malcom *et al.* (eds.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, Pretoria University Law Press, 2004, p. 11 y cap. 10

³³ Ssenyonjo, Manisuli, *op cit.*

³⁴ Abasshidze, Aslan *et al.*, *op cit.*

DIANA GUARNIZO-PERALTA

En ese sentido, el otorgamiento de GnR en casos de derechos sociales, así como de derechos civiles y políticos, no resulta incompatible con la doctrina dominante en el Sistema Interamericano ni con los más recientes desarrollos en derecho internacional. Al contrario, su otorgamiento forma parte de la evolución normal que el derecho de las reparaciones ha tenido en el derecho internacional, dentro del cual, el SIDH ejerce un rol preponderante.

Ahora bien, una vez asumido que este tipo de medidas son legítimas de acuerdo con el derecho internacional, alguien podría preguntarse si las mismas son deseables en el marco de una teoría apta sobre el rol del juez en la protección de derechos sociales (sección V) y una teoría oportuna acerca de los remedios adecuados en la protección de derechos sociales (sección VI). Ambas cuestiones serán abordadas a continuación.

V. ¿CORTES PASIVAS, CORTES ACTIVAS O CORTES DIALÓGICAS?

En la tensión sobre el rol del juez en el diseño de políticas públicas, el constitucionalismo contemporáneo ha dibujado tres modelos ideales. El primero es un *juez pasivo* que no interviene en políticas públicas, que cuando ordena la protección de un derecho solo lo hace de manera declarativa, dejando a los órganos del poder público la decisión de cómo implementarlo.

El segundo es un *juez activo* que interviene decidida y apasionadamente en la definición de las políticas públicas a tal punto que puede decidir de manera concreta no solo a qué tipo de metas se debe llegar en materia de protección de derechos, sino también qué tipo de acciones se deben tomar para cumplirlas.

El tercer modelo es intermedio, o *juez dialógico*, que existe para declarar la violación de un derecho y ordenar la toma de medidas de políticas públicas para remediarla, pero no establece de manera concreta ni la forma ni los medios para lograr dichos fines. Sin embargo, en este modelo dialógico, el juez asume un rol arbitral que permite un espacio para que los distintos actores

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?...

involucrados participen en la definición, implementación, evaluación y seguimiento de la política pública. Su rol es verificar el cumplimiento de los pasos necesarios para la construcción de una política pública que cumpla con ciertos mínimos esenciales, pero sin llegar a determinar su contenido.

Este último modelo ha sido defendido desde el constitucionalismo latinoamericano por autores como Roberto Gargarella,³⁵ César Rodríguez Garavito,³⁶ Rodrigo Uprimny³⁷ y Víctor Abramovich.³⁸

Para estos autores del modelo dialógico, la intervención judicial en derechos sociales se justifica por varias razones. En primer lugar, si bien con su decisión el juez termina estableciendo una prioridad en la política pública, se trata de una intervención legítima, en tanto busca proteger no el contenido máximo de los derechos sociales, sino contenidos básicos, mínimos e inalienables del derecho que deben ser protegidos constitucionalmente. Se trata de medidas “minimalistas” o “intermedias” de protección con un amplio nivel de deferencia por el actuar de las otras ramas del poder. No pueden entrar a determinar la minucia de la política.

Por otro lado, al no determinar los medios, formas y presupuestos específicos para llevar a cabo los objetivos de política pública, no invaden de manera excesiva el rol de los funcionarios de gobierno, simplemente orientan el norte de su actuar estableciendo prioridades en la agenda que, si bien ya formaban parte

³⁵ Gargarella, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, Flacso, núm. 28, 2006.

³⁶ Rodríguez Garavito, César, “Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.

³⁷ Uprimny, Rodrigo, “Legitimidad, conveniencia del control constitucional a la economía”, en AA.VV., *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma-Vitral, 2006.

³⁸ Abramovich, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Sur*, núm. 11, 2009, y Abramovich, Víctor, *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

DIANA GUARNIZO-PERALTA

del marco normativo constitucional o legal, no eran tomadas en serio por las autoridades, por lo cual se justifica la intervención judicial.

En tercer lugar, y dado que las decisiones son abiertas, amplias en el tiempo y con mecanismos de seguimiento constante, no establecen rigideces peligrosas para el actuar de los diseñadores de la política, por el contrario, abren un campo de posibilidades para que estos puedan ir corrigiendo los planes de agenda sobre la marcha, ajustando las herramientas de política pública a los indicadores y metas que propone el juez.

Finalmente, fomentar el diálogo entre distintos actores relacionados con la política, más allá del poder ejecutivo, cumple una doble misión. Por un lado, este tipo de remedios permiten darle voz y empoderar a aquellos que de otra manera no podrían haber participado en el debate por la construcción de una política pública (p. ej., asociaciones de enfermos, campesinos, desplazados, ciudadanos o afectados en general) y, por el otro, ampliar el nivel de diálogo en la construcción de la política asegura así su mayor legitimidad en el momento de la implementación.

A nivel latinoamericano, varias cortes han avanzado en la aplicación práctica de este tipo de modelo dialógico. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, en varias decisiones estructurales,³⁹ ha establecido reparaciones que siguen la misma línea de acción. Casos similares pueden verse en el constitucionalismo argentino⁴⁰ y costarricense.⁴¹

³⁹ Son casos en los que: i) están involucradas violaciones masivas a los derechos humanos; ii) se presenta una solución que no depende de una sola institución o funcionario sino de un conjunto de acciones estatales, y iii) la Corte interviene protegiendo el derecho en cuestión y estableciendo remedios estructurales que fijan el norte de la política pública en la materia. Véase Rodríguez Garavito, César y Rodríguez, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

⁴⁰ CELS, *Litigio Estratégico y Derechos Humanos. La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008.

⁴¹ Miranda Bonilla, Haideer, “Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica”, *Revista Jurídica IUS Doctrina*, vol. 11, núm. 2, 2018.

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?...

VI. REMEDIOS FUERTES, REMEDIOS DÉBILES O REMEDIOS INTERMEDIOS EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS SOCIALES

Para el juez Sierra Porto, a la hora de dictar las reparaciones, el juzgador debe buscar un balance entre, por un lado, el objetivo de reparar integralmente a las víctimas y, por el otro, otorgar al Estado suficiente margen de maniobra para decidir acerca de la mejor garantía de un derecho que, por su propia naturaleza, tiene carácter prestacional. Si el juez llega a dictar medidas inflexibles se corre el riesgo no solo de que estas sean incumplidas, sino que se termine obligando la asignación de recursos escasos a la protección de derechos que, tal vez, para esa sociedad en concreto, no eran tan urgentes. Dice Humberto Sierra Porto:

Todas estas cuestiones deben ser adecuadamente tenidas en cuenta por esta Corte a la hora de dictar reparaciones, las cuales deben alcanzar un balance entre el objetivo que persiguen- es decir, reparar integralmente las violaciones sufridas por las víctimas- y la necesidad de otorgar a los Estados el margen de acción y la flexibilidad necesaria cuando se encuentran comprometidos derechos de carácter prestacional, como lo es el derecho a la salud. Por ello, en una región donde los recursos son limitados y, más aún, donde existen grandes disparidades dentro de la región en cuanto a los recursos disponibles, el rol de un tribunal regional de derechos humanos como lo es la Corte Interamericana no puede ser ordenar medidas inflexibles. Ello, en tanto que ese proceder podría desembocar, no solo en la imposibilidad de cumplir con las medidas ordenadas, sino en un efecto negativo en la asignación de recursos destinados a otros derechos cuya satisfacción resulta igual o más urgente.⁴²

Esta discusión remite directamente al tipo de remedios que se consideran adecuados para la protección de derechos. En su clásico trabajo de 2008, Mark Tushnet distingue entre dos tipos de remedios contrapuestos frecuentemente usados por los jueces en la protección de los derechos sociales: los débiles y los fuertes. Por *remedios débiles*, Tushnet se refiere a aquellas decisiones en las que el juez hace un requerimiento al Gobierno para que desa-

⁴² Corte IDH. *Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*, cit. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párr. 17.

DIANA GUARNIZO-PERALTA

rolle un plan que ofrezca la promesa de eliminar una violación a un derecho dentro de un tiempo razonablemente corto, pero sin especificar el tiempo exacto ni los medios o formas para lograrlo, de manera que, una vez desarrollados, las cortes den un paso atrás para permitir que los gobiernos desarrollen el plan.⁴³

Por el contrario, los *remedios fuertes* son, de acuerdo con Tushnet, órdenes mandatorias que establecen con exactitud lo que los gobiernos deben hacer por medio de la identificación de objetivos, las cuales pueden ser medidas de manera relativamente fácil.⁴⁴

Esta distinción entre tipos de remedios es retomada y complementada por Rodríguez Garavito, para quien la forma ideal de protección judicial en materia de derechos sociales debe mezclar un reconocimiento fuerte de los derechos con una protección débil o intermedia de remedios. En efecto, para este autor, las sentencias en derechos sociales más exitosas han reconocido de manera clara y decidida la violación de un derecho social en concreto, es decir, han concedido un reconocimiento fuerte a la violación del derecho. Sin embargo, en relación con los remedios, este autor se inclina por un modelo débil o intermedio de remedios que, como veremos, establece de forma genérica los objetivos y resultados de la política, pero sin determinar la minucia de la misma. Para Rodríguez-Garavito, mientras los jueces “monológicos” tienden a dictar órdenes muy precisas y orientadas a resultados concretos, los jueces “diálogos” tenderán por otras más genéricas que establezcan objetivos generales y que, respetando el principio de separación de poderes, pongan el peso en las agencias estatales para diseñar e implementar las políticas públicas. En ese sentido, una protección ideal debería tender por órdenes más débiles que fuertes o, si se quiere, de tipo intermedio.

La Corte IDH parece haber tomado la vía de los remedios intermedios al establecer unos objetivos mínimos a los que debe orientarse la política, pero sin entrar a determinar las medidas concretas para lograrlos. Así, por ejemplo, la Corte ordenó que la política debía establecer unos *objetivos mínimos* tales como:

⁴³ Tushnet, Mark, “Welfare rights and forms of judicial review”, *Texas Law Review*, 2004, p. 1910.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 1912.

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?...

aumentar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de medicamentos antirretrovirales;⁴⁵ un programa de capacitación dirigido a los funcionarios del sistema de salud para que conozcan los estándares internacionales en el tratamiento a personas con VIH,⁴⁶ garantizar el acceso de las mujeres en estado de gravidez a una prueba de VIH,⁴⁷ así como varias campañas de concientización y educacionales dirigidas a funcionarios públicos, personas con VIH y público en general para dar a conocer los derechos de la población VIH positivo.⁴⁸ Sin embargo, la Corte no establece ni los mecanismos concretos ni las formas en que dicho programa debe ejercerse, dejando estos aspectos a los órganos tradicionalmente encargados: Congreso y ejecutivo. Por ejemplo, no establece si la provisión de medicamentos debe ser realizada por medio del servicio público de salud o si puede ser realizada en alianza con la comunidad internacional. Tampoco establece los presupuestos ni la forma concreta en que dicho plan debe ser financiado. La decisión de la Corte se mantiene en un nivel intermedio de interferencia. Es una medida suficientemente fuerte para dar protección al derecho en cuestión, pero sin restringir de manera ilimitada el margen de acción del Gobierno en la definición de sus políticas.

Por otro lado, el hecho de que dentro de las medidas de reparación se incluya la participación de actores distintos a los tradicionales en el diseño de la política pública es, dentro del activismo “dialógico”, una característica positiva, en tanto que empodera a aquellos grupos tradicionalmente excluidos del debate político y, al darles participación, legitima las opciones de política adoptadas y allana así el camino para su implementación

En el caso *Cuscul Pivaral y otros*, la Corte IDH parece optar por este modelo de órdenes dialógicas e integradoras cuando ordena que el mecanismo que garantiza el acceso a las prestaciones de salud para la población con VIH debe incluir metas e indicadores, los cuales deben establecerse “en el marco de una política

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 226.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 227.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 228.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 229.

DIANA GUARNIZO-PERALTA

pública participativa”.⁴⁹ También lo hace al señalar que, con el fin de garantizar que este mecanismo sea efectivo, “[...] el Estado deberá convocar la participación de la comunidad médica, de personas que viven con el VIH que sean usuarios del sistema de salud, de organizaciones que los representen y de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala”.⁵⁰

Bajo la tesis del activismo dialógico, la crítica del juez Sierra Porto no tiene cabida. Al contrario, las medidas de la Corte IDH, lejos de reemplazar la función de las otras ramas del poder público, estarían estableciendo unos mínimos necesarios para dar protección a los derechos ya establecidos en sus ordenamientos internos; orientando el norte de la política pero sin limitar sus formas; fortaleciendo el debate democrático al dar voz a aquellos que no la tenían, y asegurando así el camino para que dichas políticas cuenten con mayor legitimidad en su implementación.

VII. FORMAS DE MONITOREO COMO PARTE DE LOS REMEDIOS

Aunque el juez Sierra Porto no cuestiona de manera concreta esta característica, el hecho de que la Corte incorpore como parte de los remedios un mecanismo para informar acerca de los avances en el cumplimiento de las GnR por un periodo de tres años⁵¹ es una crítica que podría derivarse de las anteriores. Después de todo, si dictar medidas con implicaciones en el erario es una decisión que excede las competencias de la Corte, ¿por qué no habría de serlo una orden que mantenga la competencia de la Corte para revisar el cumplimiento del fallo?

En este aspecto, la perspectiva del juez dialógico muestra que este tipo de medidas son útiles, en la medida en que aseguran la futura implementación de la sentencia. Tal como lo señala Rodríguez-Garavito, en el modelo de análisis para determinar la mejor protección en derechos sociales debe mirarse no solo la decisión

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 226.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 230.

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?...

y los remedios, sino también cuáles son las formas de implementación que establece la sentencia. Para este autor, una decisión dialógica en materia de DESCA es una decisión que tiende a dejar abierto el proceso de monitoreo con el fin de promover la discusión sobre la construcción de la política.⁵² Bajo este modelo, la minucia y los detalles de la política aparecen en el proceso de monitoreo, no de los remedios, por lo que las cortes en esta etapa se limitan a actuar como árbitros impulsando la participación de nuevos actores,⁵³ estableciendo metas apropiadas y verificando su cumplimiento por medio de audiencias de implementación. Concluye este autor que una sentencia ideal en derechos sociales no es solo aquella que protege el derecho de manera fuerte, otorga remedios relativamente débiles, sino también la que establece medidas de implementación relativamente fuertes que garantizan el posterior cumplimiento de la misma.⁵⁴

Considerando este modelo, la orden de la Corte para que el Estado informe anualmente sobre los avances de las GnR por un periodo de tres años⁵⁵ es una medida que promueve el diálogo necesario para la construcción de políticas públicas más adecuadas e impulsa la futura implementación de la sentencia.

VIII. ¿MAYOR GRADO DE CONCRECIÓN EN LOS REMEDIOS DE CORTES NACIONALES QUE EN CORTES INTERNACIONALES?

Ahora bien, resta la pregunta de si este modelo dialógico de análisis constitucional es también aplicable a los jueces de cortes internacionales. En efecto, el entendimiento original del principio de subsidiariedad afirma que las cortes nacionales tienen el deber primario de proteger los derechos, mientras que las cortes internacionales solo lo hacen de manera secundaria. En ese sentido, las cortes nacionales estarían habilitadas para dictar

⁵² Rodríguez Garavito, César, *op cit.*, p. 1691.

⁵³ *Ibidem*, pp. 1691 y 1692.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1692.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit.*, párr. 230.

DIANA GUARNIZO-PERALTA

fallos más concretos y detallados que las cortes internacionales, en tanto que las últimas solo ejercen una competencia residual. Esta idea también supone que las cortes nacionales, al encontrarse más cerca de la situación fáctica, estarían en mejor situación para dictar remedios más adecuados al contexto.⁵⁶ Este argumento es desarrollado por algunos autores como Ariel Dulitzky, para quien, conforme a esta idea, la Corte IDH no debería tener una potestad jerárquicamente superior a la de los jueces nacionales, sino, cuando menos, equivalente.⁵⁷

Este argumento, si bien ha sido relevante para discutir el peso de la tesis del control de convencionalidad en los ordenamientos nacionales, es una crítica que remite en última instancia a la necesidad de reforzar el carácter dialógico entre la Corte IDH y las cortes domésticas al momento de dictar sus sentencias. Entonces, más que un llamado a no otorgar poder alguno a la Corte IDH o a las cortes internacionales para que dicten sentencias o remedios en temas que afecten la política pública, la crítica de Dulitzky está orientada a que en la toma de estas decisiones se tengan en cuenta prontamente los precedentes de jueces nacionales, de manera que la construcción del estándar interamericano sea producto de un diálogo entre jueces y no de una imposición de la Corte IDH.

La sentencia de la Corte en el caso *Cuscul* habría podido incluir referencias concretas a decisiones de otras cortes en la región que también establecen el mismo estándar de protección. Al hacerlo, hubiera demostrado que el precedente establecido en esta sentencia no es un mero dictado de la Corte IDH, sino que se trata de un objetivo ya reconocido por la mayoría de tribunales constitucionales. Sin embargo, esta deficiencia es corregida de alguna manera por las referencias a la jurisprudencia regional en materia de principio de progresividad y protección del derecho a la salud de personas con VIH que en el salvamento de voto hace el juez Ferrer Mac-Gregor.⁵⁸

⁵⁶ Dulitzky, Ariel E., “An Inter-American Constitutional Court? the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas international Law Journal*, vol. 50, núm. 1, 2015, pp. 52 y 53.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 83.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit.*, párrs. 14-30.

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?...

IX. CONCLUSIONES

El caso *Cuscul Pivaral y otros* destaca en la jurisprudencia interamericana como el caso que aclara la doctrina del Sistema sobre la interpretación de la obligación de desarrollo progresivo y adopta medidas innovadoras en materia de reparación. En el primer tema, la Corte se decanta por una interpretación favorable a la idea de la existencia de unas “obligaciones mínimas” en materia de derechos sociales, mientras que, en el segundo, destaca el otorgamiento de órdenes de tipo intermedio (ni muy fuertes ni muy débiles) acompañadas de un mecanismo de monitoreo fuerte.

En ambos aspectos, la sentencia de la Corte parece tomar una decisión que sigue la corriente latinoamericana más reciente en materia de activismo dialógico: es una decisión que toma posición a favor de los derechos sociales, pero sin determinar las medidas concretas de protección y estableciendo un amplio marco deliberativo para que sean los implicados directos en la política (poder ejecutivo, pacientes, médicos y sistema de salud) los que determinen el contenido de la misma. El tiempo dirá si los mecanismos establecidos en la sentencia son suficientes para garantizar o no su cumplimiento; por ahora, este precedente es un recordatorio de que la justiciabilidad directa de los derechos sociales en el Sistema Interamericano llegó para quedarse.

BIBLIOGRAFÍA

ABASSHIDZE, Aslan *et al.*, “The legal analysis of the right to reparations for the victims of the human rights violations in the european, Inter-American and African Human Rights Protection Systems”, *Indian Journal of Science and Technology*, Nueva Delhi, 2016, vol. 9, núm. 37.

ABRAMOVICH, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Sur*, 2009, núm. 11.

—, *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2009.

DIANA GUARNIZO-PERALTA

- ALSTON, Philip, “Foreword”, en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- CELS, *Litigio Estratégico y Derechos Humanos. La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008.
- COURTIS, Christian, “Argentina”, en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- DULITZKY, Ariel E., “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas international Law Journal*, Texas, vol. 50, núm. 1, 2015.
- GARGARELLA, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, FLACSO, núm. 28, 2006.
- GROSSMAN, Claudio *et al.*, *International Law and reparations the Interamerican System*, Atlanta, Clarity Press, 2018.
- ROACH, Kent “The Challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights”, en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- KRSTICEVIC, Viviana y GRIFFEY, Brian, “Remedial recommendations”, en LANGFORD, Malcom *et al.* (eds.), *The optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a commentary*, Pretoria University Law Press, 2016.
- LANGFORD, Malcolm, “The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory”, en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- MIRANDA BONILLA, Haideer, “Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica”, *Revista Jurídica IUS Doctrina*, San José, vol. 11, núm. 2, 2018.

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?...

- PIOVESAN, Flávia, “Brasil”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America”, *Texas Law Review*, Texas, vol. 89, 2011.
- y RODRÍGUEZ, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.
- SEPÚLVEDA, Magdalena, “Colombia”, en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SHUE, Henry, *Basic Rights. Subsistence, affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980.
- SSENYONJO, Manisuli, “Responding to human rights violations in Africa. Assessing the role of the African Commission and Court on Human and peoples’ rights (1987-2018)”, *International human rights Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2018.
- TUSHNET, Mark, “Welfare rights and forms of judicial review”, *Texas Law Review*, 2004.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Legitimidad, conveniencia del control constitucional a la economía”, en AA.VV., *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma-Vital, 2006.
- YOUNG, Katharine y LEMAITRE, Julieta, “The comparative fortunes of the right to health: two tales of justiciability in Colombia and South Africa”, *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, vol. 26, núm. 1, 2013.