

KING, JEFF (2012): *JUDGING SOCIAL RIGHTS* (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS) 370 PP.

En el último tiempo la doctrina ha estado atenta a la recepción de los derechos sociales en el derecho chileno<sup>1</sup>. Sin embargo, no es de extrañar que, como en otras partes del mundo, se generen candentes debates sobre la manera en que debe concretarse la justiciabilidad de aquellos derechos.

En *Judging Social Rights*, Jeff King trata de dar cuenta de la aparente paradoja entre un activo Estado social y un rol también activo de los tribunales respecto de él. King argumenta a favor de la judicialización de los derechos sociales en un marco de deferencia y colaboración respecto de otros órganos estatales. El autor sostiene que su propósito es elaborar una doctrina que evite sentencias que anulen la legislación que sustenta una política progresiva de bienestar y a la vez promueva una actividad multiinstitucional en el contexto de la adjudicación de derechos sociales.

El argumento central consiste en que los derechos sociales son derechos humanos cuya constitucionalización no debe provocar temor a una intervención descontrolada por parte de los jueces. King sostiene que si bien estos derechos son justiciables, cuando los jueces resuelven casos de derechos sociales deben tener en cuenta ciertos “principios de contención” y deben operar de una manera “incremental”.

Estructurado en tres partes, el texto se inicia con una discusión del alcance de la noción de derechos sociales (parte I). Ellos están asociados a la idea de que una sociedad justa debe garantizar un “mínimo

social” que hace referencia a un conjunto de recursos que satisfagan un umbral de subsistencia saludable, de participación social y de capacidad para actuar. Esto se traduce en que el Estado debe otorgar una protección multiinstitucional a los derechos sociales, en donde el principal motor debe ser la legislación, complementada por la Administración y, por último, por órganos de adjudicación de disputas. Respecto de la perspectiva constitucional, King defiende que los derechos sociales deben tener más que una dimensión meramente expresiva. Ellos deben ser derechos justiciables porque esto puede llevar a que la legislatura y la Administración tomen pasos serios en pos de hacerlos efectivos. La manera en que esto se lleva a cabo es el tema del resto del libro.

A continuación el autor defiende que los tribunales pueden brindar una serie de “beneficios potenciales” en sí mismos y en comparación con otras alternativas institucionales. Según King, otros mecanismos de rendición de cuentas deben actuar complementando a los tribunales, pero no sustituyéndolos. Por otro lado, el autor hace frente a la tradicional objeción de que los jueces son enemigos más que colaboradores de los pobres. En otras palabras, discute el argumento de que los tribunales son una esperanza vacía respecto del cambio social. Tras revisar concienzudamente la literatura respectiva, el autor sostiene que los estudios sobre el impacto de las decisiones judiciales descartan tener esperanzas en que cambios revolucionarios provengan de las cortes de justicia, pero ello es precisamente lo que aconseja promover que los jueces actúen con conciencia de sus limitaciones y de

<sup>1</sup> AGUILAR, Gonzalo (edit.) (2012): *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno* (Santiago, Librotecnia).

manera incremental. La segunda parte del libro (parte II) es probablemente la que resulta más interesante. En ella King elabora una teoría de la “contención judicial”. Su punto de partida es una aproximación institucional y contextual que propone definir el área propia de las cortes poniendo atención a sus rasgos institucionales a la luz de las características de otras instituciones (tales como las legislaturas o la Administración). Además, propone que los jueces deben actuar con conciencia de sus limitaciones y adoptando estrategias de decisión que minimicen sus defectos y maximicen aquellos rasgos que pueden llevar a un resultado beneficioso. La aproximación “institucional contextual” de King propone 4 principios de contención que los jueces deben tener en cuenta. Un análisis detallado de cada uno de estos principios permite al autor ofrecer una receta minuciosa de en qué circunstancias es aconsejable contención y cuándo los tribunales pueden actuar con más confianza de sus capacidades institucionales.

El primer principio es la legitimidad democrática. Este principio, evidentemente, aconseja especial deferencia respecto de la legislación. Sin embargo, en ciertas circunstancias la contención es más débil. King sostiene que esto es así cuando existen obligaciones constitucionales absolutas, cuando se trata de derechos procesales, cuando se trata de casos claros de vulneración de derechos y, el supuesto más interesante, cuando se trata de grupos particularmente vulnerables a prejuicio o desatención por parte de las mayorías.

Un segundo principio de contención es policentrismo. Esta noción hace referencia a aquellos asuntos que se presentan como una red interconectada de relaciones de manera que cualquier decisión respecto de un aspecto puede tener consecuencias

desconocidas o imprevistas respecto de otros asuntos. Esto es importante para los mecanismos judiciales de toma de decisiones porque ellos suponen la participación de los afectados quienes intervienen presentando argumentos y pruebas en defensa de sus intereses. Dado que cuando un asunto es policéntrico la participación de los afectados se hace imposible, la intervención judicial sería desaconsejable. Con varias precisiones, King acepta la importancia de este factor en la litigación de derechos sociales. Él sostiene que no es posible objetar que se trata de un asunto policéntrico si existe competencia expresa de los tribunales para actuar respecto de esa materia. Asimismo, argumenta que el policentrismo es una cuestión de grado y que los jueces deben actuar usando la intuición desarrollada en su rol para identificar casos de tan extenso policentrismo que su intervención sea desaconsejable. Por otro lado, él sugiere que para remediar los efectos del policentrismo, los jueces recurran a varios mecanismos procesales usuales en casos de litigación de interés público, tales como intervención de terceros. Los jueces también deben tener en consideración si existen o no otras instituciones con competencia en el asunto. Si no existen, entonces el carácter policéntrico puede no tener prioridad al momento de definir la necesidad de la intervención judicial. Por último, el autor sugiere que este rasgo de los casos de derechos sociales aconseja no declarar que un asunto es no justiciable, sino ser cauteloso respecto de los remedios que la corte otorgaría en caso de acoger la demanda.

Experticia es el tercer principio defendido por Jeff King. Él afirma, sin embargo, que existen distintos tipos de experticia y que la contención judicial no se justifica igualmente respecto de todos ellos. Es más,

en una serie de casos no se justifica que los jueces sean deferentes, tales como los supuestos en que existe un rechazo a aplicar la experticia por parte del órgano bajo control o cuando existe contradicción con evidencia científica establecida. El autor examina con detalle los distintos supuestos, y propone estándares de revisión judicial y en su caso modificaciones institucionales en línea con sus conclusiones.

El último principio de contención se relaciona con la flexibilidad que deben tener los órganos activos para adaptarse a nuevas circunstancias. El riesgo acá es que decisiones judiciales provoquen inflexibilidad para la Administración o la legislación que haga más difícil realizar los derechos sociales en el futuro. King estudia los peligros que pueden surgir como consecuencia de reconocer amplios derechos procedimentales que, por ejemplo, aumenten desmedidamente la intervención de terceros, o que judicialicen a la administración. King pone especial preocupación en remedios judiciales estructurales y los riesgos de inflexibilidad que ellos importan. Él propone una serie de estrategias judiciales para impedir que esos riesgos se materialicen en las sentencias, tales como evitar decisiones de carácter constitucional si existen otros foros disponibles, usar estándares legales vagos y recurrir a remedios flexibles o simplemente guardar silencio.

La última parte del libro (parte III) reúne todas las consideraciones anteriores bajo el tema general del incrementalismo. Esto se refiere a un método de toma de decisiones para actores de racionalidad limitada bajo circunstancias de severa complejidad e incerteza. La importancia de esta idea en el enfoque del libro muestra en buena medida la empatía de Jeff King con el Estado de bienestar y sus complejas formas

de operación. Él toma prestada la idea de incrementalismo desde la Administración y la aplica a la forma en que los jueces deben controlar a la autoridad. Cuando decidan casos relativos a vagos derechos sociales bajo condiciones de incerteza, ellos deben (i) evitar generar un impacto en la asignación de recursos que sea significativo o de alcance nacional, y (ii) adoptar decisiones sobre fundamentos estrechos y particularizados o (iii) decidir de una manera que preserve la flexibilidad cuando decidan disputas de nivel macro con implicancias significativas para un extenso número de personas (p. 293). La noción de incrementalismo es el telón de fondo sobre el que operan los principios de contención ya revisados. La estrategia incremental debe ser dejada a un lado cuando algunos de esos principios aconsejen una intervención judicial más agresiva (por ejemplo, respecto de grupos particularmente vulnerables). Pero normalmente la idea debería iluminar los detalles del proceso de toma de decisión judicial a la hora, por ejemplo, de juzgar el tipo de remedio más adecuado respecto de un caso particular. La gran virtud de la idea de incrementalismo, como la entiende King, es que reconocería las limitaciones institucionales de la judicatura en estos casos, pero deja un espacio razonable de intervención judicial para remediar situaciones específicas o para provocar reacciones por parte de los otros actores institucionales.

King aclara que su argumento se aplica a sistemas jurídicos que reúnan ciertas condiciones políticas de fondo, tales como tribunales de justicia razonablemente independientes y renuentes a adoptar decisiones que importen cambios radicales a través de litigación, un compromiso de buena fe respecto de los derechos sociales que se traduce en un buen estado de bienestar o

en las bases de uno, y un sistema de gobierno que respete un principio de colaboración interinstitucional. Si bien varias de estas condiciones pueden no ser aplicables a un país como Chile, esa no es una buena razón para abandonar la lectura de este libro porque igualmente se pueden obtener algunas lecciones de él, como por ejemplo respecto de las limitaciones epistémicas de las cortes de justicia en contextos de litigación de derechos sociales. El propio autor, además, a lo largo del libro hace una serie de referencias a la jurisprudencia sobre derechos sociales en Latinoamérica (“the Latin American model” en pp. 83-85).

*Judging Social Rights* es un libro recomendable para una amplia gama de lectores. Pero puede ser de especial interés para quienes tienen simpatía por una actividad estatal agresiva que procure remediar la injusticia social, y a la vez miren con escepticismo la vía meramente judicial para

la protección de los derechos sociales. Los interesados en el derecho público en el más amplio sentido sacarán el máximo provecho del libro. El autor posee una asombrosa capacidad para moverse en distintos planos de la discusión. Casi con el mismo dominio, King recorre desde el extremo en que el derecho de los derechos humanos se toca con la filosofía política hasta el otro extremo en que se confunden la ciencia política, las ciencias de la administración y el más frío derecho administrativo. Se trata de una obra que amplía los horizontes de esta discusión, pero al mismo tiempo la concretiza en una medida poco habitual. Sin duda, con los matices pertinentes, sus criterios pueden servir de orientación a nuestra propia discusión sobre la judicialización de los derechos sociales.

GUILLERMO JIMÉNEZ  
*Universidad de Chile*