



Rodrigo Carvajal Schnettler

El “*judicial review*”: entre la política y el derecho

Aporte del constitucionalismo norteamericano al ideal regulativo de la jurisdicción

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

EL “JUDICIAL REVIEW”: ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO.

Aporte del constitucionalismo norteamericano al ideal regulativo de la jurisdicción

© Rodrigo Carvajal Schnettler

2022 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 160, oficina 404, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

info@derediciones.com

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° EN TRÁMITE

ISBN 978-956-405-091-1

Primera edición, junio de 2022 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	III
1. INTRODUCCIÓN	1
2. LAS DOS VERTIENTES DEL “JUDICIAL REVIEW”	10
2.1. El ámbito del juzgamiento.....	48
A) Las consecuencias del ejercicio del poder público: Richard J. Fallon	48
B) La afirmación del poder de “judicial review” como poder jurisdiccio- nal en el servicio del individuo: el derecho a la audiencia	55
2.2. El reino de la política.....	60
A) Derechos y estructuras constitucionales	65
a. Acuerdo estructural mínimo.....	68
b. Esencialismo en materia de derechos constitucionales.....	90
B) La imparcialidad de las decisiones públicas.....	107
3. CONSTELACIÓN DE ARREGLOS VINCULADOS AL “JUDICIAL REVIEW”	116
3.1. Selectividad	118
3.2. Precedente constitucional	120
3.3. Implementación constitucional.....	131
3.4. Cuestiones políticas	138
3.5. Legitimación (“standing”).....	140
3.6. “Determinación frontal versus en su aplicación”	144
3.7. El límite del jurado	147
3.8. La restringida supremacía de las cortes.....	149
3.9. Federalismo judicial	150
4. CONCLUSIONES	152
BIBLIOGRAFÍA	157

ABREVIATURAS

coord.	: coordinador
ed.	: edición / editor
<i>e.g.</i>	: por ejemplo
<i>et al.</i>	: <i>et alteri</i> (y otros)
<i>i. e.</i>	: esto es
<i>infra</i>	: más abajo, posteriormente en la obra
Nº	: número(s), número(s)
n. marg.	: nota al pie de página o marginal
<i>passim</i>	: concepto tratado por el autor a lo largo de toda la obra
p. / pp.	: página / páginas
ss.	: siguientes
<i>vid.</i>	: <i>videtur</i> (del latín: véase)
vol.	: volumen

1. INTRODUCCIÓN

El orden jurídico fundamental que se gesta y desarrolla en los Estados Unidos de Norteamérica (EE. UU., en adelante) ha prodigado diversos aportes al constitucionalismo. Uno de ellos corresponde a un rasgo que conforma a la función judicial en Norteamérica. Se trata del *judicial review* o, con cierto reduccionismo, el *judicial review of legislation* (*judicial review* o revisión judicial, en adelante), esto es, una práctica constitucional cuyo origen se remonta a las primeras experiencias de autogobierno de las colonias inglesas en América¹.

Esta práctica no escrita es, en cuanto tal, una convención constitucional. Su propósito es habilitar un test judicial sobre la validez constitucional de las leyes, pero también de otras regulaciones y políticas escritas o no. De hecho, puede acontecer que la acción de los oficiales públicos infrinja derechos constitucionales de maneras que no involucran el texto ni la aplicación de preceptos legales y estas desviaciones no quedan relevadas del control que ofrece este arreglo². Hacia 1820, en EE. UU., el “principio de revisión judicial” fue, según se lee en la sentencia de la Suprema Corte “Houston v. Moore” (1820), afianzado suficientemente en la opinión pública, los abogados litigantes, la judicatura y las asambleas legislativas³.

El *judicial review*, conviene adelantar en esta parte, funge como un medio para revincular al individuo con el acuerdo básico de sociedad y gobierno. En este sentido, concierne a uno de los “deberes estrechos impues-

1 TOCQUEVILLE (2009), p. 107.

2 FALLON (2019), p. 111.

3 NELSON (2018), p. 110.

tos a la profesión del magistrado” que, al cumplirlo, “él representa el papel del ciudadano”, desplegando “una de las más poderosas barreras que se hayan levantado nunca contra la tiranía de las asambleas políticas”⁴. Esta fisonomía de la función judicial en Norteamérica impregna al *judicial review* de tal suerte que encuentra en este un cauce privilegiado de expresión.

Se sostendrá en estas líneas que la génesis, desarrollo y consolidación del mencionado *judicial review* permite identificar y explicar, *vis a vis*: (1) una labor compleja que distingue a la función judicial de los restantes departamentos del poder público, la que admite conectar a esta función como rasgo del constitucionalismo⁵ y (2) debe ser entendida comprensi-

4 TOCQUEVILLE (2009), p. 110.

5 El nacimiento del constitucionalismo aparece marcado por el surgimiento, primero en Estados Unidos de Norteamérica y luego en Francia, de textos constitucionales escritos, que definían a los órganos del Estado e institucionalizaban la limitación de sus potestades a través de reglas que distribuían las diversas funciones estatales entre varios detentadores o repartían un mismo cometido entre varios agentes, y, de tal modo, permitían el control recíproco entre ellos, tanto extra órganos como intra órganos. Estos textos también proclamaban un conjunto de libertades fundamentales. LOWENSTEIN (1979), pp. 150 ss., 217 y 232. Se destaca que el nacimiento del constitucionalismo tuvo lugar en las postrimerías del siglo XVIII, y representó la culminación de múltiples esfuerzos dirigidos a la limitación del poder político con miras a proteger los derechos fundamentales individuales mediante constituciones escritas. SALAZAR (2008), pp. 72 y 89. Estas “leyes constitucionales” se consideraron superiores a las “leyes ordinarias” aprobadas por el Parlamento y establecieron, de ese modo, un grado superior de normatividad. DUVERGER (1980), p. 173. Para otros, el constitucionalismo surge como una corriente de pensamiento que, a partir de mediados del siglo XVII, pugna por la limitación y división del poder soberano y la garantía de la Constitución. Se trata de dos técnicas: división y limitación de un poder que, sin embargo, sigue siendo expresión de la soberanía. La primera es la división del poder soberano a través de diversos poderes públicos contrapesados entre ellos y, de tal manera, limitados recíprocamente. La segunda, concierne a la prefiguración de un límite jurídico a la extensión de los poderes del soberano a través de una norma fundamental. FIORAVANTI (2001), pp. 85 y 86. En una visión de síntesis, se estima que corresponde a un movimiento intelectual y político, cuyo origen puede vincularse a la Constitución estadounidense de 1787, y que implica un intento de establecer el imperio de la ley con el fin de limitar el poder político, específicamente por medio de constituciones escritas. Sus ideales corresponden a la exención de ciertos aspectos de la vida social de la regulación pública, la determinación de la estructura de gobierno y, a partir del siglo XX, limitar al poder legislativo a través del control judicial de constitucionalidad de la ley. CRISTI y RUIZ-TAGLE (2006), pp. 29 y 30. Sobre el punto, Gargarella contrae el constitucionalismo a las reglas que organizan el poder, típicamente a partir de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, y que lo limitan, especialmente a partir de una