AMERICA'S CONSTITUTION: A BIOGRAPHY*

AMAR, AKHIL REED, RANDOM HOUSE, ESTADOS UNIDOS, 2006. 625 PP.

EDESIO CARRASCO QUIROGA**

El profesor de derecho constitucional de la Universidad de Yale, Akhil Reed Amar, es probablemente uno de los exponentes más prestigiosos de esta disciplina en los Estados Unidos. Haciendo honor a su prestigio, el autor, en un libro bien escrito, explica el origen y sentido de uno de los textos políticos más importantes de la historia: la Constitución de la Estados Unidos de Norteamérica.

Así, recurriendo al derecho, pero muy especialmente a la historia y a la ciencia política, Amar desempolva cada palabra y frase de la Constitución explicando que dice cada una de ellas, pero también por qué lo dicen y cuáles fueron sus consecuencias. Es una obra que por su rigor historiográfico y jurídico merece ser comentada, pero que para su cabal comprensión requiere de cierto conocimiento previo.

Esta obra merece ser comentada, pues ubica a la Constitución americana desde su contexto histórico: el término del siglo XVIII. Con sus luces y sombras, esta es una época que marca no sólo la forma en que este documento fue diseñado, sino también el modo en que otras constituciones y procesos políticos fueron desarrollados. Ideas como separación y limitación del poder, reconocimiento de derechos y elección democrática de representantes (directa o indirecta), cruzan una época que también repercutirá en la independencia de Latinoamérica y Chile.

Pero el autor no se queda ahí. Si bien dedica una extensa explicación y contextualización a la primera etapa (fundacional) que lleva a la independencia y posterior consolidación de Estados Unidos como república independiente, continúa con la narración de las otras etapas que marcan, a su juicio, la vida de este documento: la reconstrucción, las reformas progresistas y el movimiento por los derechos civiles. En cada uno de estos momentos, todos con

* Colaboración recibida el 7 de octubre y aprobada el 22 de octubre de 2010.

** Abogado P. Universidad Católica de Chile y Máster en Derecho (LL.M.) en la Universidad de California, Berkeley; Abogado Extranjero Morgan Lewis & Bockies LLP, Washington D.C., Estados Unidos. Correo electrónico: ecarrasc@uc.cl.

consecuencias constitucionales, el autor nos muestra cómo la Carta Fundamental americana se adapta dando paso a una nueva era, no ajena a sucesos dolorosos y alterada, muchas veces, por una revisión judicial intensa.

De este modo, el autor analiza en 12 capítulos, palabra por palabra y frase a frase, el texto americano, recurriendo a su texto y al originalismo, a veces de manera intensa, para justificar muchas de sus posiciones. Para ello, el libro parte reconociendo una cuestión dolorosa para la mayoría de los americanos: su Carta Fundamental, pese a su aporte al constitucionalismo moderno y sus posteriores modificaciones, plasmó disposiciones esclavistas en su origen. De igual manera, subraya que han sido las personas, con conciencia de sus derechos y de la propia Constitución (la que originalmente no contemplaba ninguno), quienes permitieron, posteriormente, terminar con la esclavitud y plasmar un régimen de igualdad para los ciudadanos americanos.

En su primera parte, el documento explica el sentido del preámbulo de la Constitución de 1787, haciendo especial mención al rol que las personas tienen y deben tener en la construcción de dicho país, reconociendo el lugar que la Constitución tiene en la cultura y la sociedad americana. Prosigue, explicando las reglas estructurales que Estados Unidos dispuso para construir su República. Para ello, destaca el rol del Congreso y la función que tienen los representantes al ser elegidos por la gente, cómo se determinó la cantidad final de éstos y la configuración de la triste regla de los “tres quintos”; todo, con valiosas y precisas referencias de lo discutido en la Convención de Philadelphia.

Respecto a la regla de los “tres quintos”, la que Amar comenta en repetidas oportunidades, consistía en que los esclavos serían contados, numéricamente, sólo como “tres quintos” de la población general en ciertos estados, tanto en la distribución de impuestos como en el reparto de los miembros de la Cámara de Representantes. Lo anterior, tal como el autor y la historia se encargarán de demostrar posteriormente, llevó a una aguda tensión, creciente en el tiempo, entre los estados del Norte y del Sur, especialmente por la sobre-representación parlamentaria de estos últimos (partidarios de dicha regla), gatillando parte de las causas que originaron la Guerra Civil o de Secesión (1861-1865).

Más adelante, los tres poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo, Judicial) son explicados aludiéndose al contenido de éstos en la Constitución, pero circunscribiendo el análisis principalmente a una primera fase, de la *fundación* a la *reconstrucción*, es decir, unos 80 años aproximadamente. Para ello, sigue el mismo orden de la Constitución americana: Congreso, Presidente y Judicatura.

En el primer caso, enumera los poderes del Congreso reafirmando que aquellos no otorgados a éste residen en los estados miembros de la federación. Asimismo, alude a que las atribuciones del órgano legislativo (artículo I § 8) se extienden más de manera horizontal que vertical, reforzando, en su opinión, la primacía del Congreso por sobre las otras ramas del gobierno federal (p. 111).

Con todo, en ningún caso el Congreso podía interferir en el comercio de esclavos entre los estados. En otras palabras, no tenía, de acuerdo a la interpretación de la época, facultades para emanciparlos, cuestión que el rechazo prematuro a la decimatercera enmienda comprueba.

En el caso del Presidente, el autor explica que la continuidad presidencial y el principio sobre el cual los gobiernos están en manos de civiles y no de militares, siempre fue, desde la Convención de Philadelphia y la posterior gesta de George Washington (quien protegió a los americanos de la tiranía sin transformarse en un tirano), un atributo fundamental de la institucionalidad americana. A lo anterior se suma la detallada argumentación que Amar hace de la desconfianza de los “padres fundadores” hacia la democracia directa al crear un sistema indirecto de electores (que continúa hasta hoy) y un sufragio censitario en su origen. No obstante, reconoce la virtud de haber establecido un mínimo de 35 años de edad para ser presidente, cuestión que permite hacer un aporte a la política desde temprano y por medios propios.

En la narración de los “jueces y jurados” (Judicatura) el libro avanza describiendo la estructura orgánica del Poder Judicial americano, remitiéndose a aspectos más formales que sustantivos. Destaca la explicación “constitucional-formal” de *Marbury v. Madison*, pero relegando el análisis únicamente a los poderes otorgados por el Congreso a la Corte Suprema por medio de la “jurisdicción original”. El autor lamentablemente no entra en las ideas fuerza que subyacen en dicho conflicto: supremacía constitucional y el rol que deben tener los tribunales en relación con otros poderes públicos que realizan funciones públicas. Lo que sí hace, y muy bien, es explicar el origen y funcionamiento de la institución del Jurado. Primero explicando su competencia y luego el principio central sobre el cual, después de la experiencia colonial, los ciudadanos son juzgados por sus iguales. Termina esta primera parte dando cuenta de asuntos más complejos, tales como la anexión de territorios y la forma en que fueron incorporados, el sentido republicano (no hereditario) del gobierno, la forma en que deben realizarse las enmiendas a la Constitución y rol del vicepresidente.

Luego de la guerra civil, Estados Unidos vive un proceso de *reconstrucción constitucional* que lo lleva desde 1865 en adelante a incorporar una serie de enmiendas basadas en los principios de igualdad y en el nacionalismo. Se elimina la esclavitud en 1865 (enmienda decimotercera); se reconoce a todos los nacidos en Estados Unidos, sin distinción, la igual protección de sus derechos en sentido amplio en 1868 (enmienda decimocuarta), y se otorgan derechos políticos a los afroamericanos en 1869 (enmienda decimoquinta). Estas reformas cambiarán todo el escenario social y constitucional posterior, siendo la enmienda decimocuarta el vehículo sobre el cual los principales cambios sociales y culturales se apoyarán en adelante. Ha sido dicha enmienda la que

en los últimos ciento cincuenta años ha permitido canalizar, gracias también a una interpretación funcional de la Corte Suprema, una demanda creciente de derechos en un contexto cultural diverso y donde las minorías y los grupos más vulnerables de la sociedad americana han encontrado un espacio de protección. En todo caso, para el autor ha sido el Congreso el factor de cambios.

Al comenzar el siglo XX se incorporan una serie de reformas (llamadas progresistas por el autor) que imponen un nuevo sello a la Constitución al profundizar las que venían implementándose desde la reconstrucción, especialmente en materias de igualdad. Por ejemplo, el Senado comienza a elegirse en votación directa desde 1912 (sin necesidad de representantes estatales) por medio de la enmienda decimoséptima, lo que demuestra una sociedad consciente de sus derechos y que exige cuentas a sus representantes. Por otra parte, en 1920 las mujeres consiguen el derecho a voto por medio de la ratificación de la enmienda decimanovena. Es importante dejar constancia que estos avances se ven complementados años más tarde, pese a que el autor no se refiere mayormente a ello, con las políticas del *New Deal* que el ex presidente Franklin D. Roosevelt (FDR) a partir de la década del treinta comenzó a implementar. Éstas llevaron a un explosivo crecimiento del gobierno federal (que llega hasta hoy) y contaron con una Corte Suprema extremadamente deferente ante dichas políticas.

Termina esta apretada síntesis con el proceso vivido durante la década de los sesenta ("movimientos modernos" como la llama el autor). Para Amar constituye una segunda reconstrucción o más bien el cierre de una etapa no finalizada del todo que comienza con el término de la esclavitud, pero que en materia de reconocimiento de derechos seguía, ya entrado los sesenta, deficitaria en cuanto al trato igualitario que los ciudadanos merecían.

En resumen: la segunda reconstrucción cumple las promesas de la primera. Se extiende el voto a gente joven (se reduce a 18) y pobre (el no pago de impuesto no impide votar) en las enmiendas veinticuatro y veintiséis y el movimiento por los derechos civiles logra articular una agenda que sigue vigente hasta nuestros días.

Del escueto resumen previo se aprecia que estamos ante documento (la Constitución americana) que se ha construido como una historia de larga duración, esa es la tesis central. Un conjunto de artículos sobre los cuales, más allá del tiempo y de las reformas, mantiene una estructura original que la hace distinguible desde un comienzo hasta nuestros días. Por ello, Amar recuerda que este es un documento abierto, sujeto a los cambios que vendrán y de cuyo final nada se ha escrito. La Constitución se ha construido en el tiempo, generación a generación, pero conservando una estructura que ha demostrado ser flexible y también mejorable. Ahí radica la habilidad de Amar: presentar un documento estructuralmente bien diseñado, pero al cual había que –y de

hecho se hizo— corregir en los diversos momentos, ya sea con la finalidad de salvar la unión de la federación o integrar a grupos más desaventajados a la toma de decisiones del proceso político. En ese trance o cambio, no exento de conflictos y de retrocesos, la sociedad americana ha podido utilizar los cauces democráticos (particularmente, el Congreso) para dar respuesta a sus problemas. La Corte Suprema también en ciertos momentos ha cumplido un rol como medio de transformación social.

Una mirada que no se comparte del libro, es la visión excesivamente originalista y textualista del autor sobre la Constitución. Parece apropiado, cuando se escribe sobre la “biografía” de un texto jurídico que se recurra a sus raíces para justificar muchos de sus alcances, lo mismo referido al texto. Sin embargo, si algo nos han enseñado los americanos es que el derecho es mucho más que eso. Por eso, se echa de menos un mayor recuento, por ejemplo, al rol que la Corte Suprema ha jugado en las etapas que el autor identifica como cruciales en la historia constitucional americana. Especialmente, llama la atención que no haga una revisión, salvo pequeñas remisiones, a lo que se ha vivido en los últimos cuarenta o cincuenta años en materia constitucional en Estados Unidos, especialmente, por el rol que la Corte Suprema ha jugado. Este último período ha sido escaso en reformas, pero rico y variado en jurisprudencia. Hace falta ver con más fuerza, por ejemplo, cómo se inserta *Brown v. Board of Education* y sus sentencias previas y posteriores sobre discriminación racial, en la etapa denominada como de movimientos modernos en la década del sesenta.

Asimismo, hay escasas menciones a derechos que han marcado la agenda en los últimos años: me refiero a los derechos reproductivos y al derecho a la orientación sexual. Desde *Rode v. Wade* en adelante, con avances y retrocesos (dependiendo de cómo se le mire) dichos derechos han experimentado una explosión en la litigación constitucional y son parte, también, de la vida constitucional, pues su significado trasciende el texto de la decimocuarta enmienda y de la historia de su establecimiento. Las decisiones ahí adoptadas se han transformado, nos guste o no, en parte de la Constitución, la que los jueces en virtud de la teoría del precedente están obligados a respetar con la misma fuerza que los mandatos que la Constitución contiene. Lo anterior también aplica para lo ocurrido desde el 11 de septiembre de 2001 en adelante, en lo referido a la aplicación del derecho internacional en procesos seguidos ante sospechosos de actos terroristas privados de libertad en Guantánamo y la aplicación que a ellos puede hacerse de dicho derecho, especialmente aquél de carácter humanitario (*Amdt v. Rumsfeld* y *Gherebi v. Bush*), cuestión que tampoco ha estado exenta de polémicas.

No puede negarse el papel que ha cumplido el Congreso americano en las conquistas y avances sociales, siendo siempre un motor de cambio, pero se debe reconocer que la Corte Suprema ha hecho su aporte al ir, muchas veces, más

lejos en lo que a reconocimiento de derechos se trata. No se trata de reivindicar el activismo judicial o el gobierno de los jueces, sino de otorgarle a la Corte Suprema el rol que ha cumplido, cuestión que el libro parece no equilibrar bien, pues centra principalmente la vida de la Constitución americana en una cuestión normativa (reformas sucesivas en el tiempo), siendo el Congreso su principal actor. Lo anterior es saludable y habla muy bien de la institucionalidad americana, pero no puede olvidarse el rol expansivo en materia de derechos que la Corte Suprema ha tenido a lo largo de la historia.

Por último, en pleno bicentenario de la República de Chile ¿podemos decir que tenemos una biografía de la Constitución chilena? ¿Sería posible construir una? A lo largo de nuestra historia los reglamentos constitucionales (1812), las constituciones con apellido, tales como la “moralista” (1823) o la “liberal” (1828), o simplemente aquellas que han sido “reformas” de antiguas constituciones (1833) que luego se hacen llamar nuevas (1925), o las que son derechamente nuevas (1980) han sido una constante en nuestra historia. Pese a eso, ¿es posible encontrar un hilo conductor entre tanto desorden constitucional? Si bien hay varios manuales de Derecho Constitucional que explican nuestra historia constitucional, no hay, en general, obras que permitan entender el fenómeno constitucional en su larga duración, como un todo continuo al estilo de Amar.

En ese sentido, el esfuerzo de los profesores Cristi y Ruiz-Tagle por medio de su libro *La República de Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano* (2006) es un aporte que contribuye a entender de mejor forma lo que comentamos. Si bien no hacen una biografía de nuestras constituciones, sí hacen algo similar a Amar: sitúan nuestra historia republicana como un fenómeno de larga duración, alterado muchas veces en el tiempo, pero continuo.

Más allá de lo discutible y de lo odiosas que son las clasificaciones, los autores señalan que ha existido en vez de una Constitución, una República, la que ha tenido distintas etapas en Chile y de la cual hacen su propia biografía. Estas son la República Independiente (1810-1833), la República Autoritaria (1833-1871), la República Liberal (1871-1924), la República Democrática (1932-1973) y la República Neoliberal (1990 en adelante).

Junto a lo anterior, y pese a realizar un trabajo más normativo, más segmentado y breve en cuanto a historia constitucional, don Alejandro Silva en su monumental *Tratado de Derecho Constitucional* (1997-2010) también ha hecho un aporte relevante en esta materia. Ya con sus XIII tomos a cuestas, prueba que es alguien que entiende –probablemente mejor que nadie– no sólo la historia de nuestra república, sino principalmente la de sus instituciones a lo largo de nuestra historia. Ambas obras, representando tradiciones constitucionales distintas (Ruiz-Tagle, la liberal y Silva, la socialcristiana) tienen puntos de contacto y de lejanía, pero ambos logran con realismo explicar la vida constitucional de

nuestra república bajo un esquema de continuidad republicana. No obstante, porque no hemos tenido una única Constitución, sus trabajos no tienen el mismo alcance que el de Amar en relación a la Constitución americana.

El libro de Amar hace pensar y relacionar. No sólo provoca respecto al rol que cabe a cada poder del Estado en la construcción y desarrollo de una nación, sino porque además sus categorías y razonamientos, pese a provenir de la cultura anglosajona, cobran plena validez para un país que en pleno Bicentenario de su existencia intenta configurar un relato constitucional acorde con su historia.