

RICHARD A. EPSTEIN, *THE CLASSICAL LIBERAL CONSTITUTION. THE UNCERTAIN QUEST FOR LIMITED GOVERNMENT (LA CONSTITUCIÓN LIBERAL CLÁSICA. LA BÚSQUEDA INCIERTA DEL GOBIERNO LIMITADO)*, CAMBRIDGE-MASSACHUSETTS-LONDON, ENGLAND, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2014. ISBN 978-0-674-72489-1

*Sergio Verdugo R.**

El profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago y de la Universidad de Nueva York, Richard A. Epstein, nos entrega un libro que muy probablemente constituirá su obra magna. Además de ser un buen resumen de sus ideas en materia de Derecho Público y teoría política y económica, este libro es una sistematización de una doctrina liberal sofisticada y simple, que nos presenta de manera inteligente y con argumentos persuasivos. Esta es, tal vez, la obra más ambiciosa del profesor Epstein, y llega en un momento de madurez de su carrera, profundizando líneas de investigación que viene desarrollando hace ya varios años, al menos desde que publicara su famoso *Takings*¹, probablemente su obra más influyente hasta el día de hoy.

Aunque casi siempre ha participado de posiciones minoritarias dentro del debate constitucional estadounidense (suele rechazar tanto a progresistas como a conservadores en sus doctrinas constitucionales), Epstein se ha caracterizado por ser un conocido defensor de las ideas liberales frente

* Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl.

¹ Richard A. EPSTEIN, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*.

a las regulaciones excesivas². Dentro de su trabajo, el profesor Epstein ha cuestionado la regulación del derecho a la salud³, ha criticado la forma en que los progresistas norteamericanos alteraron el sentido de la Constitución⁴, ha propuesto una doctrina constitucional sobre la propiedad y la libertad de contratación basada en una teoría política y económica liberal⁵, y ha teorizado en términos generales acerca de las razones por las cuales las instituciones del Estado de bienestar son insostenibles⁶. Sus ideas han sido influyentes no sólo en el ámbito jurídico, sino que, también, en el de la economía y las políticas públicas⁷.

Hoy, en su último libro, todas estas ideas están presentes no sólo como una suma de elementos que ha trabajado antes, sino que también como una verdadera doctrina constitucional coherente y unitaria, cuyo objetivo es la defensa de un sistema que promueva las libertades individuales mediante una estructura institucional asociada al liberalismo clásico. Por ello, bien podría decirse que Epstein, pese a sus continuos coqueteos con algunas ideas hobbesianas, pertenece a la tradición de grandes liberales como Locke, Madison y Mill.

Luego de explicar y sintetizar sus ideas liberales desde una perspectiva filosófica e histórica, y de contrastarlas con la respuesta progresista (parte 1), Epstein ataca la jurisprudencia moderna de la Corte Suprema de Estados Unidos revisando sus diversas etapas ordenadas temáticamente. Comienza este análisis con cuestiones orgánicas (parte 2): examina la forma en que los casos han lidiado con la relación de los tribunales y la política (incluyendo desde el *judicial review* hasta la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables); el poder del Congreso a través de diversas cláusulas de la Constitución como el *commerce clause*; y los poderes del

² El profesor Epstein tiene una larga carrera académica y hoy es un reconocido intelectual de la derecha libertaria estadounidense. Está asociado a importantes *think tanks* como el Cato Institute y el Hoover Institution de Stanford. Si bien sus opiniones son muy influyentes en áreas como comunicaciones, libre competencia, regulación económica, derecho constitucional y regulación de derechos sociales, su carrera académica también comprende cuestiones diversas, como cátedra en Derecho Romano y el estudio de la responsabilidad civil extracontractual (*torts*), donde es coautor de uno de los manuales más importantes en el área. Véase Richard A. EPSTEIN and Catherine M. SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*.

³ Richard A. EPSTEIN, *Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care?*.

⁴ Richard A. EPSTEIN, *How Progressives Rewrote the Constitution*.

⁵ Richard A. EPSTEIN, *Supreme Neglect: How to Revive Constitutional Protection For Private Property* y EPSTEIN, *Takings...*, *op. cit.*

⁶ Richard A. EPSTEIN, *Why Progressive Institutions are Unsustainable*.

⁷ Entre otras obras, ha sido de particular interés su Richard A. EPSTEIN, *Simple Rules for a Complex World*.

Ejecutivo, tanto desde la teoría crítica de las agencias independientes como otros poderes relevantes. En seguida, el autor dedica una sección (parte 3) a examinar los que para él fueron (y deben serlo hoy) los derechos fundamentales más importantes de la Constitución liberal clásica: la propiedad y la libertad de contratación (con ideas tomadas de varios de sus trabajos anteriores sobre este punto), la libertad de expresión, de religión y la igualdad. Finalmente, Epstein ofrece una síntesis de su “dogmática constitucional”, la que denomina *The Classical Liberal Alternative* (parte 4).

El texto pasa revista a las materias más fundamentales del Derecho Constitucional, desde una óptica unitaria que le permite volver a revisar sus ideas de libertad clásica. En este esfuerzo, profundiza algunos temas técnicos que probablemente no interesarán al lector chileno (como el alcance de algunos preceptos no replicables en nuestro sistema constitucional) y también muchas materias de enorme interés para nosotros. No sólo entrega recetas institucionales (en un tiempo en que nosotros comenzamos un debate constituyente), sino que profundiza y analiza los alcances de importantes derechos que, entre nosotros, todavía no han tenido un desarrollo muy denso.

Con todo, no debe olvidarse que la suya responde a una concepción de principios (*principled*), por lo que su lectura está condicionada por las doctrinas de economía y filosofía que el autor defiende y explicita. Atendidas las diversas materias que trata, y aunque no es necesario leer el libro en el orden que el autor propone (probablemente el lector estará más interesado en alguna materia más que en otra), lo más interesante es su capacidad para ofrecer una perspectiva coherente (aunque pueda tener defectos y ser criticable por lo pragmática) con explicaciones que se encuentran conectadas entre sí bajo principios unitarios. Y bajo ese prisma, el libro es provocador.

En efecto, el autor parece sugerir que casi todos los problemas de la vida moderna en Estados Unidos, desde el déficit fiscal hasta los problemas de salud pública, no habrían sucedido con la estructura constitucional original (p. 569, entre muchas otras), la que fue modificada por jueces progresistas en la primera mitad del siglo xx. Esta evolución interpretativa, asociada a teorías económicas keynesianas, a doctrinas constitucionales evolutivas (*living constitution*) y a una visión optimista del Estado, produjo un cambio constitucional que implicó abandonar la tradición liberal clásica que orientó el proceso de redacción de la Constitución.

Epstein rechaza esta aproximación progresista de la Constitución. Su posición implica una interpretación cercana al texto constitucional, al análisis histórico y a una teoría política y económica de Gobierno cercana a las ideas políticas de los redactores inspirados en la idea liberal

del gobierno limitado. Esta tesis del gobierno limitado, el federalismo, la separación de funciones, la protección de la propiedad y la libertad de contratación son parte de una tradición unitaria que ha perdido terreno desde que las recetas progresistas del *New Deal* triunfaron en la Corte Suprema federal, cuestión que hoy sirve de causa a muchos de los males que experimenta la sociedad norteamericana.

Las estructuras institucionales de la Constitución estaban diseñadas para proteger las libertades individuales, lo que impacta en la manera en que los debates actuales adquieren forma, desde la legislación que protege la salud de las personas hasta la crisis financiera. Para hacer frente a este tipo de problemas, la Constitución disponía de un plan que tenía sentido liberal en lo político y económico, y que el autor aborda desde una perspectiva múltiple (histórica, filosófica, jurídica y económica). Dicho plan de gobierno limitado, protector de la libertad política y económica mediante estructuras asociadas a la libertad de expresión, el control constitucional (*judicial review*), la atomización del poder político y el establecimiento de derechos de propiedad, disponía de las mejores recetas para eludir los problemas que hoy vive Estados Unidos. En el largo plazo, y esta es la tesis que el autor ha venido defendiendo desde hace muchos años, un régimen de libertad individual produce mejores condiciones para optimizar la protección de las personas que la regulación estatal excesiva.

Este libro es importante porque es capaz de ofrecer una teoría simple para explicar los ideales liberales de manera multidisciplinaria. Con él, no sólo se ofrece una alternativa a la doctrina constitucional de los intelectuales de la izquierda jurídica norteamericana y de algunos conservadores que participan de ideas contrapuestas, sino que se fortalece y sofisticada una tradición filosófica y económica de la cual el autor participa. Y ello tiene consecuencias concretas en cuestiones de mucho interés, como la manera en que los jueces deben revisar las regulaciones estatales, en la forma en que se organizan las agencias, los estándares de protección de la libertad de expresión, los *tests* para evaluar la aplicación de expropiaciones, la diferenciación de competencias normativas entre el Presidente y el Congreso, entre muchísimas otras.

Las explicaciones del libro serán útiles tanto para quienes estén interesados en la historia de las ideas políticas como para aquellos que buscan explicaciones económicas al diseño institucional de Estados Unidos. Pese a que el libro examina muchos casos de la Corte Suprema y ofrece explicaciones sistemáticas del ordenamiento constitucional norteamericano, la obra no reemplaza los manuales tradicionales que se usan en las escuelas de Derecho para estudiar Derecho Constitucional (los *casebooks*), debido a que ofrece una visión de principios liberales sin revisar todas las

aproximaciones doctrinarias disponibles, aunque rechaza explícitamente las más influyentes (como las del juez Breyer, por ejemplo).

Los constitucionalistas chilenos pueden extraer muchas lecciones de un libro como este. Recoger lo mejor de la tradición constitucional propia, ofrecer explicaciones sistemáticas *aplicadas*, polemizar con las distintas opiniones jurídicas disponibles e intentar analizar la Constitución bajo teorías que van mucho más allá del ordenamiento jurídico positivo, son elementos que hacen falta en el debate constitucional chileno actual.

Bibliografía

- EPSTEIN, Richard Allen, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Harvard University Press, 1985
- EPSTEIN, Richard Allen and Catherine M. SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, New York, Tenth ed., Wolters Kluwers Law and Business, 2012.
- EPSTEIN, Richard Allen, *Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care*, Boston, Addison-Wesley Publishing Company Inc, 1997
- EPSTEIN, Richard Allen, *How Progressives Rewrote the Constitution*, Washington D.C., Cato Institute, 2007.
- EPSTEIN, Richard Allen, *Supreme Neglect: How to Revive Constitutional Protection for Private Property*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- EPSTEIN, Richard Allen, *Why Progressive Institutions are Unsustainable*, New York, Encounter Broadside, 2011
- EPSTEIN, Richard Allen, *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.