
Libertario por accidente^(*)

Richard A. Epstein

Abogado y Filósofo. Profesor James Parker Hill en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Miembro del Comité Consultivo Internacional de *Ius et Veritas*.

1. Por qué soy libertario.

Me han pedido que comente brevemente las influencias en mi formación que me llevaron a lo que se conoce como el terreno libertario. Uso este término con precaución porque, como todos los conceptos amplios, ha adquirido múltiples significados que pueden fácilmente entorpecer el análisis. Muchas personas se llaman a sí mismos libertarios civiles. Pensando lógicamente, este grupo parece un subgrupo del ámbito libertario más amplio, con un especial énfasis en actividades no económicas, como la expresión, religión y conducta sexual. Si bien este breve resumen ofrece una precisa descripción de los libertarios civiles, pasa por alto el hecho de que muchos de estos mismos libertarios civiles apoyan activamente la extensión de regulación gubernamental inapropiada a áreas propias de la economía. Consideran adecuado creer en la libertad de asociación para grupos religiosos, o para parejas del mismo sexo, o el matrimonio entre homosexuales; pero al mismo tiempo apoyan la fuerte imposición de normas anti-discriminación en materia económica. Mi posición libertaria va más lejos y considera tanto el comportamiento económico como el no económico como dos caras de la misma moneda.

Hay un segundo sentido en el que mis instintos libertarios son menos persistentes que aquellos de muchos libertarios modernos. Para la mayoría de libertarios el tema constante es una variación del famoso principio de daño de Mill: que el Estado debería ser mínimo y proteger **sólo** contra el uso de la fuerza y el fraude. Los libertarios son en general bastante optimistas respecto de la habilidad de negociadores ingeniosos para superar los diversos problemas de

dilación y coordinación que surgen en cualquier escenario social complejo. Para ello rechazan o recortan seriamente poderes estatales de imposición tributaria y dominio eminente. Mi propia visión es que es adecuado que existan algunas limitaciones a estos dos poderes (que se interrelacionan) y que es un exceso de libertarianismo utópico pensar que toda la fuerza coercitiva puede ser eliminada de la vida colectiva. La decisión del libertario consciente de evitar la existencia de una autoridad y enaltecer las alianzas voluntarias podría llevar a situaciones de fuerte conflicto en las que *gangsters* establezcan el nuevo gobierno territorial liquidando a sus adversarios. Gobierno habrá; los libertarios deben tratar de establecerlo así como limitarlo a la esfera colectiva.

¿Cuál es entonces el núcleo de mi convicción libertaria? La organizaría alrededor de algunos lemas familiares: autonomía individual, como regla propia pero restringida por los derechos de otros; propiedad privada, prestando atención a los espacios públicos; libertad de contratación, estando pendiente de las externalidades; gobierno limitado, con temor de las excesivas concentraciones de poder. Pero en la mayoría de interacciones sociales ordinarias, incluyendo toda la colección de relaciones bilaterales -comprador-vendedor, dueño-inquilino, empleador-trabajador, asegurador-asegurado, socio-socio-, el contrato debería normalmente primar. Y mientras tengamos que tolerar el uso del poder coercitivo del Estado para construir carreteras, deberíamos trabajar duro para mantener el gobierno fuera de las transacciones de empleo privado y propiedad. No salarios mínimos; no (o muy pocas) normas de seguridad; no leyes anti-discriminación; no regulación laboral; no controles al

(*) Publicado originalmente bajo el título *The Accidental Libertarian*. Fue publicado originalmente en www.lewrockwell.com, como parte de la recopilación de artículos autobiográficos de libertarios realizada por Walter Block. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor, estuvo a cargo de Carla Fosca Bákula, alumna del séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Asociación Civil *Ius et Veritas*.

En casos en los que una mayor explicación resultó necesaria, se ha incluido notas de traducción para facilitar y enriquecer la lectura del texto.

arrendamiento; poca (y estrictamente protegida) zonificación; no subsidios absurdos al maní o las pasas; no barreras comerciales contra importaciones de precios bajos, y similares. Este es un modelo de Estado pequeño en comparación con lo que tenemos hoy. Especulando, podríamos eliminar más de la mitad de las funciones del gobierno y recortar o tercerizar muchas otras. Todo esto nos deja con un Estado más grande de lo que muchos defensores de un orden puramente libertario podrían desear. La policía y el ejército se mantendrían; calles, alcantarillas, telecomunicaciones y electricidad tendrían algún tipo de propiedad o control gubernamental. Los tributos mínimos, vehículos motorizados, electores, terrenos, derechos de autor y patentes necesitarían constante actualización y servicio. Pero la esperanza es que un gobierno pequeño producirá intervenciones más sensatas en estas áreas clave. El mío es un liberalismo más prudente y clásico, suficientemente alejado de la corriente para garantizar la inclusión bajo el más amplio -de algún modo mal definida propaganda del-liberalismo clásico, o liberalismo de gobierno limitado.

2. Mis raíces intelectuales, por así decirlo.

¿Qué fue entonces lo que me llevó a sostener este peculiar conjunto de convicciones? Normalmente uno busca experiencias personales que demuestren los males de la intervención estatal. Pero como un niño neoyorquino que floreció en el excelente sistema escolar público de finales de los 40 y los 50, primero en Brooklyn y más tarde en Great Neck Long Island, no puedo dar cuenta de tales historias. Recibí una buena educación de instituciones públicas que estuvo en su mayor parte notoriamente libre de varias formas de adoctrinamiento, al menos para un jovencito que no se daba cuenta de que hablaba sobre relaciones raciales cuando a los siete años cantaba a voz en cuello “You get white milk from a brown skin cow, the color of the skin doesn’t matter no how”⁽ⁱ⁾. Tampoco se puede encontrar en mis antecedentes un personaje influyente abanderado del Estado restringido. Mis padres nacieron y crecieron en la ciudad de Nueva York, y como la mayoría de los miembros de la clase media superior judía fueron (y en el caso de mi madre, es) una liberal del New Deal que comparte una enorme suspicacia tanto hacia las grandes empresas como hacia el Partido Republicano -sabía opinión en ambos casos. Mis amigos y parientes

se dedicaron a la gama de las emociones y hubo pocos con posiciones extremas sobre política, y mucho menos sobre teoría política, aunque todos estaban de acuerdo en que el éxito dependía de una combinación de inteligencia, suerte, personalidad y trabajo duro. Sin lugar a dudas, mi tío Sammy tenía un amigo que era un darwinista social empedernido que protestaba porque la caridad debilitaba la columna vertebral del sistema. Pero murió trágicamente de una picadura de abeja que siempre me pareció una señal de alarma contra los peligros del individualismo excesivo. Además, los libertarios apoyan con contribuciones voluntarias a los pobres y nunca las prohibirían por la posibilidad de alguna forma de daño indirecto al bienestar de la especie en el largo plazo.

Pero, ¿de dónde viene todo esto? Aquí me gustaría señalar dos actitudes intelectuales arraigadas en mí que ayudaron a definir mis posiciones. Las llamo arraigadas porque no puedo recordar un momento en que haya tenido una orientación intelectual diferente. Primero, me desagradan las explicaciones complejas y sofisticadas de fenómenos rutinarios. No tengo quejas de ser matemático o físico, aunque estudié ambas materias con por lo menos modestas distinciones con algún detalle en la universidad. Sin embargo, lo que me gustó fue la parsimonia de las explicaciones y la búsqueda de leyes generales que conectaran patrones de eventos o comportamientos que parecían en un comienzo completamente dispares.

De alguna manera, siempre he sido un campeón para encontrar el punto de vista ingenuo de cada tema filosófico en todas las materias, desde la metafísica hasta la epistemología y la ética -que estudié con alguna profundidad. Ni una vez me desanimé de mi creencia en el mundo exterior debido a la demostración aprendida de cómo se adquiere el conocimiento a través de los sentidos que pueden, por lo tanto, ser todo lo que tenemos. Esta sospecha contra las verdades “profundas” y sofisticadas me ha llevado siempre a sostener teorías que acentúan el orden en los eventos naturales y el comportamiento social y detenerme en todas las anomalías, independientemente de su fuente, salvo que ofrezcan una ventana a una teoría general más poderosa. Por ejemplo, mi instinto se opone a los **extraños** resultados de la economía del comportamiento que se inclina a sostener que las preferencias individuales son inestables. No he visto mucha gente actuar de manera extraña y pienso que algunas

(i) La traducción literal de la canción sería “Obtienes leche blanca de una vaca marrón; no importa el color de la piel.” (nota de la traductora).

contendientes suposiciones sobre racionalidad y propio interés explican mucho más sobre cómo las reglas legales e instituciones sociales operan que cualquier otra explicación muy *ad hoc* o contextual. Aprecio los argumentos a favor del pragmatismo o relativismo, a pesar de que en el mundo de la acción o las ideas, como signo de debilidad intelectual, funcionen como pobres excusas de no tener nada inteligente que decir sobre un determinado problema. No hay nada especialmente razonable en una inclinación por razonabilidad, si no se tienen guías. Las normas deberían venir primero y el análisis complejo quedar sólo al margen.

Esta perspectiva de la verdad influencia nuestra perspectiva de las normas legales. Si bien puede haber algo de razón para las justificaciones *ad hoc* en el campo de la metafísica, por lo menos seamos cuidadosos con el uso de estrategias similares en discusiones sociales. Si hay amplias verdades generales, entonces el instinto de dividir en secciones debiera ser adoptado con cierta suspicacia. Por ende la perspectiva moderna para encontrar una norma particular para cada ocasión va en contra de la perspectiva estética de la unidad fundamental del orden legal. Es la misma fascinación con los juicios *ad hoc* la que interfiere con la mejor comprensión de la regularidad del fenómeno empírico. Una razón por la que la Corte Suprema ha tolerado tanto caos en la Ley de Expropiaciones, por ejemplo, es que se ha persuadido a sí misma de que no puede hacer nada mejor que formular juicios *ad hoc* respecto de lo que es o no es permisible. Apunta bajo y nunca podrás corregir las cosas. El gusto libertario por la corriente de la generalización es una fortaleza. A pesar de que no es la última palabra, el intento libertario de expresar proposiciones legales en términos arrolladores que pretenden maximizar la libertad de todas las personas consistente con la libertad de otros, es un punto de partida para mayor refinamiento que se opone a estrechar reglas que abran oportunidad al favoritismo o el vicio. La preocupación constante por la minimización de la fuerza y el fraude parecieron crear un simpático programa deductivo y virtual que se acomodaba a mis propios presupuestos metafísicos. Mi ingenua fe en el orden básico de los asuntos naturales y humanos me ha llevado a sentir aversión frente a las reglas especiales y afinidad por las generalizaciones que se encuentran en el núcleo del sistema libertario. La política no ha tenido, ni tiene, nada que ver con ello.

Estas tendencias intelectuales no siempre afloraron a una edad joven. Una razón por la cual me gustan las reglas pulcras es que soy muy desordenado para

mantener mis propios papeles. Pero a través del colegio, el énfasis en la lectura, la escritura y la aritmética no me condujeron al estudio de filosofía política o leyes, sino que me volqué a estas áreas por primera vez en mi último año de secundaria, cuando uno de mis profesores, Franklin Watson, recién llegado de un viaje de trabajo a la Universidad de Brown, nos encargó leer el volumen de filosofía sobre la Edad de la Ilustración editado por Sir Isaiah Berlin. Leer a Locke, Berkeley y Hume en temas como las sensaciones y las pasiones y la relación entre las ideas y los hechos captó mi interés. Rápidamente aprendí que era fácil desviarse al abordar cuestiones filosóficas tratando de manera muy sofisticada las relaciones fundamentales. Siempre creí, por ejemplo, en la fuerte distinción entre verdades lógicas y empíricas, y con el tiempo llegué a creer que cualquiera que creyera que su propia filosofía política descansaba en verdades necesarias estaba necesariamente equivocado.

Fue recién en la Universidad que tuve que leer enormes cantidades de doctrina de una forma más o menos sistemática. Mi profesor en la Universidad de Columbia era un profesor nuevo llamado Paul Noyes que había estudiado Historia en Oxford (creo) con una beca Marshall (creo) y a una edad joven (murió demasiado temprano) tenía puntos de vista conservadores sobre temas que lo ponían en conflicto con los liberales estudiantes neoyorkinos puestos a su cargo. Todavía recuerdo cuando hábilmente defendió las posiciones de Andrew Ure sobre las virtudes del sistema industrial contra los cargos apasionados -si no inapropiados- de tipos literarios como Henri Balzac. Me convenció de que las transacciones rutinarias que funcionaban eran mucho más importantes que las emocionantes anécdotas de casos extraños que fracasaban y mostraban la conexión entre la perspectiva de temas epistemológicos y políticos. Después de todo, las leyes industriales eran un tema de gran importancia a inicios del siglo XIX, tomados en cuenta en el primer *round* de debates. Las fuerzas del *laissez-faire* fueron ampliamente ridiculizadas diciendo que sólo el tiempo podía promover el avance del trabajo físico. Pero en gran parte tenían razón. La regulación que fue pensada para proteger a los trabajadores y sus familias fue usada frecuentemente para reducir sus oportunidades y una lección a tomar de ese debate es estar siempre pendientes de los motivos privados de individuos que pregonan varias formas de legislación por el bien que traerá a otros. Demasiado frecuentemente, sus propias motivaciones se esconden detrás del aparente nivel de

generosidad. En este contexto me vienen a la mente, sin lugar a dudas, los sindicatos de maestros.

La Universidad que dejé en 1964 fue completamente diferente del lugar al que entré sólo cuatro años antes. Todos llevábamos puestas gorritas azules en Morningside Heights el día de la bienvenida de cachimbos y algunos de nosotros usamos camisa y corbata (yo no, debo precisar) en la graduación, o incluso o algo peor. En el ínterin, recibí una educación de primera en filosofía y sociología, con conocimientos elementales de economía que recibimos de refilón. Los profesores que más influyeron en mi no fueron particularmente libertarios, pero sí fueron todos por lo menos reaccionarios. Ernest Nagel, el gran filósofo de la ciencia, siempre defendió el sentido común contra sus detractores intelectuales y me enseñó Filosofía del Derecho con el entonces nuevo libro *El concepto del Derecho* de H. L. A. Hart. David Sdorsky nos obligó a leer con verdadera atención el *Teetetos* de Platón, las *Meditaciones* de Descartes y *Ética* de G. E. Moore. El último captó mi interés porque no podía entender cómo a alguien podía importarle si el bien era una cualidad natural o no natural, pero por lo menos me convencí, sin saber realmente por qué, de que tenía que haber alguna conexión entre lo que era bueno, lo que era deseable y lo que era deseado. Puede que Moore no tuviera las respuestas correctas pero por lo menos tenía las preguntas adecuadas. Y con una dosis de metaética de Sydney Morgenbesser me quedó claro como el cristal que no era nada fácil atravesar el matorral de la Filosofía. Arthur Danto era ingenioso, pero siempre pensé que a fin de cuentas estaba equivocado porque prefería la ingenuidad filosófica a la información psicológica. Y Daniel Bell, en gran medida mi mentor, me introdujo a la Sociología y Teoría Política. El suyo era un mundo de detalle y matiz, pero me dejó claro que no obstante Marx se hubiera descarriado, había entendido por lo menos una cosa, que era posible entender la política sin el poder.

Este último mensaje me impactó porque las enclaustradas discusiones en el Hamilton Hall no eran inmunes a las presiones políticas masivas que poco a poco se fueron construyendo después del asesinato de Kennedy. Fueron tiempos apasionantes, con los movimientos en pro de los derechos civiles en su mejor momento y los terribles eventos de Vietnam que comenzaron a conocerse públicamente. Nadie dejaba de pensar en los problemas raciales y en la guerra; y recuerdo el gran apoyo a la declaración de derechos civiles como un antídoto poderoso a la maldición de la segregación en el Sur. Pero aún recuerdo, siendo alumno

de la clase de gobierno de Alan Westin, cómo todos alababan la naturaleza daltoniana de la ley de derechos civiles, salvo Stephen Kahan (uno de mis antiguos compañeros del colegio Great Neck) protestó con su voz chillona que las nuevas leyes eran defectuosas porque ignoraban la distinción público/privada que todos asumían era ininteligible u obsoleta. Fue ese comentario inicial que sembró la semilla de duda que luego se convirtió en un asalto frontal contra las leyes anti-discriminación en la medida en que se aplicaban a empleadores privados en mercados competitivos. Desde ese entonces he llegado a creer que la línea público/privada no cierra el tema y que la pregunta por la estructura del mercado -monopolio, natural o legal, versus competencia- también cuenta. Pero esos refinamientos llegaron sólo después de esas dudas iniciales sobre los alcances del poder público; dudas que en ese tiempo no eran tratadas por ninguna teoría política.

Ese elemento faltante de teoría política me llegó casi por accidente en la escuela Oriel de la Universidad de Oxford donde estudié leyes (sólo por el título) inmediatamente después de graduarme de Columbia. La educación legal de Oxford es bastante diferente que la americana y, a primera impresión, no creí poder formarme una opinión general del mundo trabajando entre las rumas de la librería de la escuela Oriel. Los ingleses tienen una visión estrecha y limitada de lo que constituye el objeto propio de la educación jurídica. En parte esto se origina en la división de poderes de la estructura inglesa, donde las decisiones críticas se toman en el Servicio Civil, lejos de la mirada atenta de la revisión judicial. El resultado fue que los derechos del desarrollo provenientes del campo en las afueras de Londres pudieran ser nacionalizados por decreto después de la Segunda Guerra Mundial; cosa que un estudiante de Derecho diligente sólo aprendería por alguna jurisprudencia administrativa sobre algún punto de revisión judicial. Como fuera, al socialismo inglés le bastaba que las Cortes inglesas se mantuvieran al margen.

Igualmente importante fue la aproximación definitivamente no teórica de la educación inglesa respecto a los textos del *common law* que leímos. Inglaterra es una jurisdicción unitaria, así que no es descabellado esperar que el potencial abogado efectivamente sepa “la ley”, lo cual es una real ventaja para el trabajo legal. Pero el asunto de atar la ley a principios generales no era parte central de mi misión; y mis profesores allá pensaban, por mi propio bien, que de vez en cuando yo era demasiado

obstinadamente sociológico y funcional. Pero había una razón para todo esto. La eliminación del Estado de bienestar de la currícula de leyes y la creación de un único sistema legal significó que en 1964 (antes de la gran proliferación de normas y la membresía de Gran Bretaña a la Unión Europea) uno tenía que leer un montón de sentencias del siglo diecinueve escritas por jueces que tenían en algunos casos una muy explícita orientación liberal y un nivel de curiosidad en algún sentido más amplio que el exigido por la currícula de Oxford. Así, dejado a mi suerte, con la tutoría ocasional y las clases, me sumergí en estos textos y poco a poco me convertí en un libertario convencido que vio en el *common law* una perspectiva jurídica que era consistente con cuestionamientos más importantes de organización política. Baron Bramwell, Lord Jessel (un juez extraordinario)⁽ⁱⁱ⁾, Lord Bowen, Lord Blackburn; todas mentes formidables con una real orientación política que me dejaron ver el *common law* como un sistema de titularidad de derechos. Y cuando leí los grandes casos de precios predatorios y competencia sindical, me quedó claro que la conexión entre el *common law* y los temas importantes de ese momento era más estrecha que lo que la currícula formal reconocía. Una pista de ello la obtuve de la lectura de grandes escritores ingleses. La *Historia del Derecho Inglés* de Maitland fue uno de mis libros favoritos. El autor tenía un sentido intuitivo de cómo las instituciones sociales encajan entre sí. Hart y Honore eran mis favoritos en causación, pero aquí por la insistencia filosófica consistente con mi educación temprana de que los conceptos difíciles pueden ser analizados si se presta atención al detalle y se trabaja a través de ejemplos con la aspiración de entender, antes de confundirse en la teoría -una regla para la que la causación no tiene excepción. Yo en absoluto era un fanático del Análisis Económico del Derecho, pero lo práctico y lo dogmático se revolvían en mi cabeza. La pregunta era cómo organizar eso mejor. Y de nuevo, la política en el sistema inglés era un telón de fondo pero no una fuente. Así pues, mi desarrollo intelectual vino del estudio, mas no de la experiencia personal.

De vuelta a los Estados Unidos regresé a Yale. Ahí tuve brillantes profesores en diferentes cursos, pero sentía que en algún modo estaba aislado intelectualmente del popular mundo de las decisiones de la Corte Suprema en los grandes casos constitucionales de ese momento. Más concretamente,

en ese momento la cercanía al sistema inglés me había convertido en un escéptico del estilo americano de la revisión judicial, en parte porque vi que la mayoría de innovaciones de finales de los 60 estaba basada en valores liberales clásicos, mas no puesta a su servicio. En ese sentido, la educación de Oxford fue un buen sustituto porque me dio un punto de referencia con el cual podía comparar las novedades y modas del Derecho moderno. También significó tener un punto de vista que me ayudó a pensar crítica e independientemente de mis obstinados profesores. Tenía toda la intención de empezar a enseñar, pero ninguna vocación de ser el discípulo de nadie. Lo que necesitaba aprender era a pensar sobre las complejidades del sistema americano que fueron más allá de mi influencia inglesa. Tenía que aprender de sistemas con regulación gubernamental directa, algo totalmente ausente de la currícula inglesa, que estaba íntegramente orientada al Derecho privado. Para mi sorpresa me convertí en un experto en tributación, concentrando en esa materia los cursos que dicté durante mis primeros diez años como profesor. Y aprendí, básicamente de Ward Bowman (que hoy en día se describe a sí mismo, de manera equivocada en mi caso, como “no pasado, sino olvidado”) quien me introdujo al Análisis Económico del Derecho, al estilo de Chicago, donde se había formado bajo la conducción del Director Aaron.

De alguna manera, Bowman fue la mayor influencia en mi desarrollo intelectual porque fue el profesor que añadió piezas al *kit* de herramientas que todavía no había usado. Como pionero del Análisis Económico del Derecho, me obligó a pensar sobre las consecuencias de las organizaciones sociales en formas que francamente empezaron a minar mi fuerte sentido deductivo libertario. Desde las cláusulas contractuales podía explicar por qué las sentencias anti-monopolio carecían de justificación práctica o de eficiencia y comenzó a preguntarme, para comenzar, por qué la gente contrata. Era también un creyente de que los monopolios estaban mal, lo que no era central desde mi perspectiva inglesa. Un día en clase lo presioné mucho y le pregunté si creía que monopolio equivalía a coerción, a lo que respondió que sí. Le dije en todos los términos que pensaba que estaba loco. Pero me hizo pensar. Quizás monopolio no era coerción, pero era un problema en el que valía la pena pensar. Es un problema que aparece todo el tiempo en todas las

(ii) En el original, el autor destaca las cualidades de Lord Jessel refiriéndose a él como “*Master of the Rolls*”, lo que en español equivaldría a “Custodio de las Escrituras”.

actividades, desde *common carriers*⁽ⁱⁱⁱ⁾ hasta licencias o Derecho Constitucional. Y me tomó años darme cuenta que puede que el monopolio sea malo, pero que la coerción es peor, lo que parece a la vez obvio y profundo mientras lo escribo.

Con esas armas me fui a enseñar a la Universidad de California del Sur. El día que llegué, conocí a Michael Levine y Lou Brown en la oficina de Dorothy Nelson. Lou había sido un experto en lo que él llamaba Derecho preventivo, que se ocupaba de cómo lograr un buen acuerdo en la oficina para evitar un litigio posterior. El conocía este tema porque su esposa, Hermione Brown, era una abogada comercial líder en Los Ángeles que contaba entre sus clientes a varios artistas a quienes sólo se les podía redactar un contrato *inter vivos* una vez. Ella me enseñó el principio fundamental de los contratos con un poco de sabiduría callejera: “la forma de saber si un contrato es justo es si deja a ambas partes descontentas”. Los tratos^(iv) son juegos de suma positiva o mejoras en el sentido de Pareto. Los arreglos^(v) son juegos de suma negativa en relación con las expectativas iniciales, pero positiva en relación con los abismos que acecharían de no existir éstos.

Pero Michael Levine, por su parte, insistía en su posición del sistema de precios como modo de asignación y era un decidido defensor de las normas anti-monopolio que consideraban a mi escepticismo libertario desquiciante (un contrato es tan bueno como otro, después de todo). Después de jugar billar, cosa que ninguno de nosotros sabía hacer bien, echaba abajo mi elegante defensa a los cárteles preguntando por qué tener un arreglo que deja a todos peor y a nadie mejor. La semilla estaba plantada. Robert Ellickson, quien había entrado a la facultad en 1970, iba en la misma línea, comenzando por el uso de la tierra en vez de la regulación económica. De pronto la fuerza y el fraude no eran los únicos absolutos. Había una nueva forma de mirar adelante y predecir un mundo en el que esa pregunta -¿por qué escoger una transacción si otra dejaría por lo menos a una persona mejor y a nadie peor?- jugaba un papel protagónico. El se volvió aún más insistente y al final me convirtió de un consecuencialista deontológicamente suspicaz a un consecuencialista que encontró nuevas justificaciones para casi todos los pensamientos libertarios que había desarrollado durante mis días en Oxford.

Cuatro años en la Universidad de California del Sur y de ahí comencé en Chicago. Todavía me creía un

Gobierno habrá; los libertarios deben tratar de establecerlo así como limitarlo a la esfera colectiva.

libertario de corazón, y de hecho empecé a escribir sobre temas de responsabilidad extracontractual que involucraban interacciones entre dos partes, para lo que el modelo libertario funcionaba bastante bien. Pero al mismo tiempo, mi llegada al templo del Análisis Económico del Derecho me valió un bombardeo de ataques, muchos del conocido boxeador académico Richard A. Posner, que encontraba la eficiencia del *common law* en cada regla que examinaba. Fue una de mis primeras discusiones con él la que me llevó a escribir *A Theory of Strict Liability* en la que traté de seguir y pulir el trabajo que Hart y Honore hicieron en causación para explicar por qué la fórmula Hand, tan defendida por los economistas, no tenía mucho sentido; y promover la regla libertaria que negaba toda obligación de rescatar a un extraño. En parte llegué a pensar que la fórmula Hand era equivocada no porque no representaba el uso de la Economía sino porque malinterpretaba la Economía. Para casos de daño a extraños, una regla de responsabilidad objetiva invita a un actor a tomar en cuenta las pérdidas de otros individuos como si fueran propias. Para casos consensuales, llegué a pensar que ninguna de las partes elegiría esta regla particular por las dificultades de información y de incentivos que creaba. De hecho, luego descubrí que esto era lo correcto: en los contratos explícitos en Inglaterra en la década de 1860 y después, tanto en los sectores de minería como de ferrocarriles, se logró un sistema de compensación al trabajador por negociación. El asunto no se puso mejor cuando traté de explicar el daño intencional en términos económicos, pero sin referencia a la Economía, lo que llevó a Posner a escribir una serie de comentarios titulada, si mal no recuerdo, *Intentional Harms: An Essay in Self-Destruction*, que supongo que en parte lo era.

Conforme avanzaron los 70 sentí más confianza en mi habilidad para encontrar argumentos consecuencialistas para explicar varios arreglos legales. Mientras que el centro de gravedad en los ambientes legales cambió, del daño entre dos partes y los contratos simples, a problemas de acción colectiva de

(iii) Proveedores comunes de servicios.

(iv) La palabra en el original para “tratos” es “*deals*”.

(v) Hemos traducido como “arreglos” la palabra “*settlements*”.

zonificación, bancarrota, Derecho Laboral y similares, las formas libertarias de propiedad, responsabilidad extracontractual y contratos parecían encajar menos. En estas transacciones, una solución colectiva era muy vulnerable a problemas de dilación y *free riders* que las teorías consecuencialistas explicaban mejor que las rígidas teorías libertarias, que tendían a pasar por alto costos de transacción e incertidumbre en su formulación de reglas legales. Todo esto me vino a la mente cuando pasé un año en el campus de Standford en el Centro para estudios avanzados en Ciencias del Comportamiento. En ese momento se me ocurrió que cualquier teoría de responsabilidad adecuada tenía que tomar en cuenta explícitamente el tema de los costos de transacción, que básicamente yo había considerado una cuestión menor. El Derecho de inmisiones, que trata varias formas no invasivas de interferencia, tales como olores, emisión de gases y descargas ofrece un excelente espacio para analizar la magnitud de estos costos de transacción en el sistema legal. Muchas de estas inmisiones son relaciones de uno a uno en las que las reglas tradicionales de responsabilidad -tomar distancia, básicamente- funcionaban bastante bien. Pero las inmisiones pueden venir en todas las tallas y descripciones. Una sola fábrica podría contaminar todo un vecindario. Un montón de tubos de escape podrían contaminar a los contaminadores y a sus amigos. Un sistema de acciones de responsabilidad extracontractual que busque rastrear cada partícula para identificar su fuente es tan engorroso que nadie podría pensar seriamente en adoptarlo. Pero la decisión de qué inmisiones (de bajo nivel) ignorar y de cuáles detener por acción pública mostraron la inmensa diversidad de casos que caían en una única categoría legal. Mirándolo bien, resultó que la pesada regla de los costos de transacción influenciaba aquellos casos en que los principios ordinarios de daño debían dejar paso a una serie de reglas específicas sobre inmisiones que tomaran en cuenta la distribución del daño entre la fuente y la víctima. La teoría también parecía proporcionar fuertes antídotos, como lo era la teoría de justicia correctiva, que con el tiempo empezó a darse cuenta que todo lo que un sistema legal trata de hacer puede resumirse en una proposición simple, que llevaba a resultados libertarios en muchos de los casos sencillos, pero que sonaba muy diferente: minimizar el nivel de los costos de transacción para maximizar el nivel de bienestar social. Las semillas del consecuencialismo habían dado por fin fruto.

Ese mismo año en el centro para estudios avanzados tuvo frutos de otras formas. Primero, casi

de casualidad, David Barasch de la Universidad de Washington organizó un programa que trataba el entonces novedoso tema de la sociobiología, que hoy se conoce bajo la menos controversial etiqueta de psicología evolutiva. Más allá de los nombres, el propósito de esta aventura era aplicar los principios estándares del interés propio racional para explicar la evolución del comportamiento animal, tanto para seres humanos como no humanos. La herramienta clave en esta aproximación incluía la contribución original de W.D. Hamilton en bienestar inclusivo. Resulta que la racionalidad no se mide solamente por el comportamiento individual, sino casi al contrario, depende de la habilidad de los genes de expresarse en el largo plazo. Los individuos se preocupan de sus dependientes en la medida de sus genes comunes y se hacen cargo de ellos sólo hasta el límite en que los beneficios para sí, descontando el nivel de conexión genética, excedan los costos que generan. El padre que puede gastar 4 unidades para dar más de 8 unidades de beneficio a su hijo lo hará. Pero si el beneficio del niño es sólo 6, entonces el mismo padre se abstendrá. Al inicio del ciclo, el ratio de dos (o más) de ganancia (para el niño) en comparación con el costo (para el padre) se logra tan fácilmente que vemos grandes esfuerzos de la parte adulta en beneficio del menor. Pero tarde o temprano -llamémoslo destete- los conflictos de interés comienzan a aparecer. La sociobiología me cayó como anillo al dedo porque significó que existía una forma de unir la evolución humana con la personalidad humana, así que, en lo relativo a la escasez, el interés propio (en sentido extensivo) se convirtió en una conclusión biológica en vez de una simple premisa para la economía. Las complicaciones inducidas por gente con funciones de utilidad interdependientes añadieron valor a la mezcla porque dieron buenas razones para entender la necesidad de varias formas de altruismo. El estudio de la sociobiología, entonces, permitió construir el puente entre el comportamiento y la regla legal. Toma ventaja de impulsos innatos o naturales donde los incentivos para la acción individual se alinean con el beneficio social -como con la crianza de los niños. Ten cuidado de esos impulsos naturales cuando los incentivos son más perversos -como con la agresión. Se aclararon inmensas áreas del comportamiento y del mismo modo las premisas de que los individuos en espacios públicos no deberían presumir poseer virtudes que la teoría biológica niega que podían tener.

En los años que siguieron, todas estas hebras de pensamiento se juntaron en el trabajo que hice sobre

expropiación, en particular, e interpretación constitucional, en general. El primer punto de cruce vino de mi estudio de Derecho de Inmisiones. Aquí me quedó claro que las reglas de compromiso que gobiernan las relaciones entre vecinos no necesariamente consideran las reglas que gobiernan la regulación pública del uso de la tierra -de hecho, por lo general se apartan de ellas. Todas las cosas que la gente podría hacer sin que sus vecinos los detuvieran se convirtieron en cosas que la gente podía *no* hacer si las normas así lo declaraban. Y la posibilidad de compensar la pérdida de derechos fue meticulosamente evitada. Había llegado a rechazar cualquier discontinuidad entre derecho público y privado (como en casos de derechos civiles) y pensé que sería en efecto extraño que la gente que pudiera no lograr acciones por acuerdo privado, pudiera lograr aprobación legislativa para esos mismos resultados y no tener que pagar por ello. Todo esto me llevó a empezar a trabajar en mi libro *Takings*, que me marcó como un hombre fuera de la corriente del New York Times, en este caso, de por vida. De hecho, el Estado podía hacer a los privados lo que sus vecinos podían hacer, pero sin tener que pagar por ello: construir un edificio alto para la oficina del correo y no pagar por la pérdida de vista del vecindario. Pero impedirle al Estado construir en su propio terreno requiere una restricción que debe ser *comprada* por los mercados privados. El Estado puede forzar el cambio, pero sólo si se justifica la pérdida de valor. La cláusula de expropiación, con su simple requisito de compensación, viola el ideal libertario porque permite intercambios forzados cuando los costos de transacción son altos. Pero justifica la coerción reportando mejoras sociales que todos pueden disfrutar siempre que haya una compensación en dinero o en especie. Del mismo modo, el Estado puede dirigir la conducta (por ejemplo, inmisiones bien definidas) sin tener que pagar un centavo porque los vecinos tienen el derecho a librarse del daño. Esta simple teoría de la autoridad podría extenderse a todos los tributos, regulaciones, todos los esquemas de responsabilidad, desde daño hasta beneficios sociales. Fue bastante ingenioso -pensaba entonces y sigo pensando. Al mismo tiempo es la fórmula para tirarse abajo el New Deal con razones que tienen poco que hacer con pasiones anti-Roosevelt, que misteriosamente nunca he compartido. La habilidad de combinar el punto de partida libertario con las mejoras

sociales desde los intercambios forzados me dio una poderosa herramienta de análisis: dejar que las cosas caigan por su propio peso.

Y cayeron. Fuerte. Las leyes anti-discriminación fueron materia de mi libro *Forbidden Ground: The Case Against Employment Discrimination Laws* (1992), que hace un llamado por la abolición de todas esas normas que regulan mercados privados competitivos. Aquí, los problemas de coordinación que encontré en casos de inmisiones y expropiaciones no aparecieron. Así, la acción afirmativa sobrevive en las organizaciones privadas no por una especial necesidad de desviación de algún principio de una sociedad daltónica, sino como consecuencia natural de nuestra apuesta por la libertad de asociación. Las universidades públicas, creo yo, deberían estar autorizadas a hacer lo mismo, asumiendo que en modo alguno deberían ser dirigidas, dado que lo están por la competencia con instituciones privadas. No tengo idea si la posición combinada es liberal o conservadora; sólo espero que esté bien.

Habiendo hecho todo esto, me dediqué a escribir sobre casos en los que la libertad contractual no opera debido al poder monopólico del gobierno. En las turbulentas aguas de *Bargaining With the State* (1993) intenté explicar que aún cuando el gobierno produce algún beneficio neto, lo importante es maximizar el beneficio total limitando su habilidad de redistribuir riqueza a sus amigos. Luego vino mi libro *Reglas simples para un mundo complejo* (1995)^(vi) que buscaba desarrollar los principios elementales de la organización de la sociedad que había encontrado en mis trabajos iniciales de una manera que estuvieran libres de argumentos constitucionales, haciendo énfasis en los conceptos generales de teoría política.

Mi incursión en temas de salud, *Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care?* (1997) se ocupó de los temas de contratación voluntaria en un mundo donde los problemas de acción colectiva no son predominantes y argumenté contra la idea de los derechos positivos -derecho a vivienda, salud, educación o lo que fuera- que han sido utilizados frecuentemente para justificar la intervención estatal masiva en los mercados de salud. Este esfuerzo constante para crear subsidios gubernamentales cruzados asusta a la gente de oponerse a cualquier posición que limite su beneficio especial, aún si tienen que pagar un ojo de la cara para mantener programas en beneficio de otros. Es aquí donde encontramos los

(vi) El título original, publicado en 1995, es *Simple Rules for a Complex World*. La primera traducción al español será publicada por *Ius et Veritas* y el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú en los próximos meses.

grandes peligros del uso aunque sea limitado del Estado. Cualquier programa de intercambios forzados requiere que el Estado tome de A y le de a B, repitiendo la operación miles y miles de veces. Pero para que esto funcione, algo se le tiene que dar también al mundo de A para que el resultado sea parejo. La gran tentación de los actores políticos es usar un programa designado para fomentar amplias mejoras sociales para redistribuir ingreso y riqueza, lo que excede los fines del Estado, pero que es muy difícil de impedir cuando se está llevando a cabo. Mientras escribo este ensayo, el programa Medicare triunfa en transferencias explícitas, pero hace poco para crear algún bien público valioso. Buscamos un punto medio, pero es muy difícil mantener una posición inamovible, especialmente ante la ausencia de consenso real respecto de lo que el Estado debería hacer.

Principios para una sociedad libre - reconciliando la libertad individual con el bien común (1998)^(vii) profundiza en la idea de cómo un sistema de propiedad privada y mercados libres puede ser consistente con el bien común y explora en detalle un tema que había pasado por alto en escritos anteriores: cuándo es razonable mantener los espacios públicos en el largo plazo, sea con agua o *common carriers* e industrias de red. El tema ha desencadenado de hecho mucho trabajo mío sobre propiedad intelectual -cuándo comienza y cuándo acaba- de modo que sepamos siempre cómo debe ser e integramos a una comunidad de bienes públicos.

Y finalmente, en *Skepticism and Freedom: A Modern Case for Classical Liberalism* (2003), busco resumir un trabajo previo y explicar detalladamente por qué las modas de la vida académica en temas de relativismo moral, duda conceptual, formación de preferencias y economía del comportamiento no socavan la síntesis liberal clásica, con fuertes derechos individuales y un poder de expropiación con una simple compensación, que por mucho tiempo he procurado se deje de lado.

En suma, hay una fuerte veta liberal en lo que escribo. Las reglas de fuerza y fraude son la primera reforma que cualquier sistema sensible buscará hacer del estado de naturaleza. Pero si la lógica de las expropiaciones e intercambios forzados es correcta, entonces el pensamiento libertario es sólo el inicio de una teoría más comprensiva que debe explicar las desviaciones del principio libertario, así como su sujeción a él. Espero que la mezcla que he propuesto atraiga ataques de la izquierda, en la medida en que es muy hostil a la intervención estatal, y de la derecha en la medida en que deja mucho al poder estatal. Ahora que he llegado a la edad de 60 pero que continuo escribiendo, la idea de que podría ser un “moderado” tiene después de todo un gran atractivo. Pero serán otros los que decidan si las posiciones intelectuales que he buscado integrar se mantienen sólidas o se caen como una torre de naipes. Dejaré que sean otros los que calculen las probabilidades. \square

(vii) El título original, publicado en 1998, es: *Principles for a Free Society – Reconciling Individual Liberty with the Common Good*. El Fondo Editorial de la UPC publicó la traducción al español de este libro en el año 2003 bajo el título *Principios para una sociedad libre - reconciliando la libertad individual con el bien común*.